

## **Gastbeitrag von Georg Melzer: Der Beirat bei der GmbH**

### **Der Beirat bei der GmbH - Rechtsnatur und Gestaltungsmöglichkeiten**

Haben die Gesellschafter der GmbH beschlossen, bei der Gesellschaft einen Beirat einzurichten, stellt sich die Frage, wie dessen Implementierung rechtlich erfolgt und welche Zwecke damit verfolgt und erreicht werden können. Das (GmbH)-Recht stellt zwei unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung: Den Beirat als echtes, in der Satzung verankertes Organ der Gesellschaft und den Beirat als lediglich vertraglich gebundene Gruppe von Personen, die die Gesellschafter auf Basis eines Beratungsvertrages begleitet. Beide Lösungen, also der sog. organisationsrechtliche, wie der schuldrechtliche Beirat weisen strukturelle Unterschiede auf und haben Vor- und Nachteile, die hier erläutert werden sollen.

#### **Einrichtung**

Die Schaffung eines Beirats als gesellschaftsrechtliches Organ der Gesellschaft setzt zunächst zwingend eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag voraus. Als „Kann-Vorschrift“ ausgeführt, stellt sie die Bildung eines Beirates zunächst lediglich als mögliche Option der Gesellschaftsverfassung dar, von der aber nicht unbedingt (sofort) Gebrauch gemacht werden muss. Solche Regelungen lauten zum Beispiel:

„Die Gesellschafter können beschließen, dass die Gesellschaft einen Beirat hat.“

Oder etwas konkretisierender:

„Die Gesellschafter können beschließen, dass die Gesellschaft einen aus drei Mitgliedern bestehenden Beirat hat. Die Beiratsmitglieder sollen fachlich und persönlich für die Übernahme des Beiratsamtes geeignet sein und darüber hinaus Branchenkenntnis besitzen. Alles Weitere regelt eine von den Gesellschaftern zu erlassende Beiratsordnung.“

Die Einrichtung des Beirates erfordert in diesem Fall zusätzlich noch die Abfassung eines Gesellschafterbeschlusses.

Im Unterschied dazu kann die Satzung die Einrichtung eines Beirates aber auch bereits als zwingend regeln („... die Gesellschaft hat einen Beirat, der aus drei Personen besteht.“), was aber aus Praktikabilitätsgründen nicht unbedingt angezeigt ist. Die starre

Einrichtung hat gegenüber der flexibleren Kann-Vorschrift keine Vorteile in rechtlicher Hinsicht, sie zwingt die Gesellschafter andererseits aber, bei Abschaffung des Beirats zudem die Satzung der Gesellschaft zu ändern.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sind Gesellschafterausschüsse, die ähnlich einem Beirat organisiert sind, aber nur die Interessen einer bestimmten Gesellschaftergruppe vertreten. Hier wird die betreffende Gruppe darauf achten wollen, dass das Gremium in der Satzung als verpflichtend verankert ist. Auch im Beirat vertretene Kapitalgeber werden unter Umständen auf eine feste Verankerung des Gremiums in der Satzung Wert legen.

Sieht die Satzung keine der o.g. Regelungen vor, muss sie dahingehend geändert werden, was – wie alle Satzungsänderungen – der notariellen Beurkundung bedarf. Zusätzlich sind die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mehrheitserfordernisse für einen entsprechenden Beschluss zu wahren.

Eine solche Änderung mag, je nach Zahl und „Beweglichkeit“ der Gesellschafter dazu führen, auf die Einrichtung eines organisationsrechtlichen Beirates zu verzichten und stattdessen einen Vertragsbeirat einzurichten.

Für einen solchen schuldrechtlichen Beirat ist eine Satzungsregelung oder -änderung nicht erforderlich, wohl aber ein Gesellschafterbeschluss, der die Einrichtung und Schaffung des Gremiums mit Mehrheit beschließt. Die Bindung der Beiratsmitglieder erfolgt sodann nicht durch deren Ernennung, sondern durch den Abschluss eines Vertrages, der letztendlich als Beratervertrag (und damit als Dienstvertrag) abgeschlossen werden wird. Dieser Vertrag enthält sowohl die den einzelnen Beiratsmitgliedern zugewiesenen Aufgaben, als auch die Laufzeit des Vertrages, Vergütungsregelungen und Pflichten der Beiratsmitglieder / Berater. Auch wenn es sich dabei um einen Vertrag handelt, ist für dessen Abschluss je nach Beratungsspektrum u.U. nicht die Geschäftsführung der Gesellschaft zuständig, sondern die Gesellschafterversammlung.

## **Aufgaben**

Dem organisationsrechtlichen Beirat kommen grundsätzlich vergleichbare Aufgaben wie einem fakultativen Aufsichtsrat zu, also die Überwachung und Beratung der Geschäftsführung. Eine Besonderheit und Gestaltungsmöglichkeit im Vergleich zum fakultativen Aufsichtsrat besteht allerdings insoweit, als nur der Aufsichtsrat überwachend tätig sein muss, andernfalls er nämlich kein Aufsichtsrat wäre. Die gesellschaftsrechtliche Satzungsfreiheit bringt es mit sich, dass die konkrete Ausgestaltung der Beiratstätigkeit und -befugnisse auch auf die Überwachungstätigkeit verzichten und den Schwerpunkt in der Beratungstätigkeit setzen kann. Je nach Näheverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung (Familienmitglieder

oder Fremdgeschäftsführung, eigenfinanziertes Unternehmen oder fremde Kapitalgeber, die im fakultativen Aufsichtsrat vertreten sind) sind hier unterschiedliche Ansätze denkbar.

Ist die Überwachungskompetenz Bestandteil der Beiratstätigkeit, erfolgt ihre Ausgestaltung entweder durch direkte Anweisungen oder durch die Aufstellung von Zustimmungserfordernissen, die die Geschäftsführung zu beachten hat.

Gleich dem fakultativen Aufsichtsrat können auch dem organisationsrechtlichen Beirat dabei Aufgaben zugewiesen werden, die grundsätzlich den Gesellschaftern zustehen. So kann der Beirat damit betraut werden, die Geschäftsführer zu bestellen und abzurufen, sowie deren Dienstverträge abzuschließen. Der Beirat kann Grundsätze für die Geschäftsführung aufstellen und den Geschäftsführern Rahmenanweisungen erteilen. Er kann jedoch nicht zwingend der Geschäftsführung zugewiesene Aufgaben übernehmen, also z.B. die organschaftliche Vertretung oder Buchführungspflicht.

Bestimmte Kernkompetenzen der Gesellschafterversammlung können auf den Beirat nicht übertragen werden: Änderungen der Satzung, Zustimmungsvorbehalte zu solchen Änderungen, strukturverändernde Beschlüsse, die einer  $\frac{3}{4}$  Mehrheit bedürfen oder eine Entziehung von Kompetenzen des Beirats können die Gesellschafter nicht abgeben, ohne ihre Souveränität über die Gesellschaft zu riskieren.

Der organisationsrechtliche Beirat bildet seinen Willen durch Beschlüsse. Deren Mehrheitserfordernis wird sich in der Regel aus einer Beiratsordnung ergeben, die vom Beirat selbst oder von der Gesellschafterversammlung erlassen wurde.

Die für den organisationsrechtlichen Beirat geschilderten, zum Teil umfassenden Überwachungsbefugnisse stehen dem lediglich vertraglich eingerichteten Beirat nicht zu und können ihm auch nicht übertragen werden. Seine Rolle ist auf die reine Beratung der Gesellschaft(er) oder von Gesellschaftergruppen gerichtet. Weder kann er der Geschäftsführung Weisungen erteilen, noch sie überwachen oder Tätigkeiten übernehmen, die der Gesellschafterversammlung zustehen. Als Folge daraus kann er auch keine Beschlüsse fassen, jedenfalls keine solchen, die für die Gesellschaft oder die Gesellschafter in irgendeiner Weise bindend wären. Ein Geschäftsführer, der vermeintliche Weisungen eines solchen Beirats beachtet, macht sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.

### **Vergütung / Steuer**

Noch wird die Beiratstätigkeit häufig als Ehrenamt (miß)verstanden, zunehmend setzt sich aber die Erkenntnis durch, dass auch eine wertvolle Beiratsleistung nicht ohne eine angemessene Vergütung erwartet werden kann. Diese wird für den organisationsrechtlichen Beirat entweder bereits in der Satzung festgeschrieben sein

(was aus Praktikabilitätsgründen, aber auch mit Hinblick auf eine i.d.R. nicht gewünschte Publizität nicht angeraten ist) oder durch Gesellschafterbeschluss festgelegt werden. Ähnlich einer Aufsichtsratsvergütung wird sie in der Regel als Festvergütung ausgestaltet sein, möglicherweise ergänzt um einen kleineren variablen Anteil. Ein möglicherweise wechselnder Umfang der Tätigkeit wird bei der Bemessung in der Regel keine Rolle spielen, eine Erhöhung oder Verdopplung der Vergütung des Beiratsvorsitzenden ist nicht unüblich und je nach Arbeitsaufwand auch angezeigt. Sitzungsgelder können, aber müssen nicht geregelt sein.

Die Vergütung des schuldrechtlichen Beirates hingegen wird im Beratervertrag ausgehandelt und wird wohl meist den Umfang der Tätigkeit und vor allem der abzufahrenden Leistungen zu Grunde legen. Der Berater-Beirat wird sich zu bestimmten Mindestleistungen verpflichten, die angemessen und möglicherweise je nach Arbeitsanfall auch in wechselnder Höhe vergütet werden müssen. Eine variable Komponente dürfte hier selten anzutreffen sein, wiewohl sie natürlich je nach Aufgabenstellung und zu erreichender Ziele nicht ausgeschlossen ist.

In steuerlicher Hinsicht unterscheiden sich die Vergütungen für beide Beiratsformen auf Seiten des Empfängers (Beiratsmitglieds) nicht, sie sind „normales“ und zu versteuerndes Einkommen und je nach Höhe und sonstiger Tätigkeit des Beiratsmitglieds eventuell der Umsatzsteuer unterworfen.

Einen Unterschied gibt es unter Umständen aber auf Gesellschaftsseite: So wie die Aufsichtsratsvergütung auch, kann die Beiratsvergütung lediglich zur Hälfte als Betriebsausgabe geltend gemacht werden, wenn dem Gremium eine Überwachungstätigkeit zukommt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Überwachungsfunktion in der Praxis auch tatsächlich ausgeübt wird, bereits deren Festlegung in der Satzung führt zur teilweisen Aberkennung der Vergütungszahlung als Betriebsausgabe.

Diese Problematik stellt sich beim schuldrechtlichen Beirat nicht, da dieser bereits qua Gesetz keine Überwachungstätigkeit ausüben kann. Gezahlte Vergütungen sind in diesem Fall daher immer als Betriebsausgabe zu behandeln.

Das bedeutet in Konsequenz, dass im Bereich des organschaftlichen Beirats durchaus ein gewisser Gestaltungsspielraum genutzt werden kann, um zu Lasten der Überwachungsfunktion die steuerliche Anerkennung der Vergütung als Betriebsausgabe zu erhalten. In der Praxis wird natürlich davon abzuraten sein, die Einrichtung des Beirats unter steuerlichen Gesichtspunkten zu betrachten, die mit ihm verfolgten Ziele (und damit eben u.U. die Überwachungsfunktion) müssen im Vordergrund stehen. Sollte eine solche Überwachung im organisationsrechtlichen Beirat aber ohnehin nicht gewollt sein, ist darauf zu achten, dass sie nicht vielleicht aus falsch verstandener Gründlichkeit in die Satzung aufgenommen wird.

## **Haftung**

Schließlich muss der Haftungsaspekt beleuchtet werden. Die Rechtsprechung hat eindeutige und als Richtlinien nachvollziehbare Regelungen insoweit noch nicht vorgegeben, gleichwohl wird man aber davon ausgehen müssen, dass die Haftung der Mitglieder des organisationsrechtlichen Beirats derjenigen beim fakultativen Aufsichtsrat entspricht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Gremium eine Überwachungstätigkeit zugeordnet ist. Maßstab für eine mögliche Pflichtverletzung ist dann die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Beiratsmitglieds, entsprechend der Regelungen zu Aufsichtsratsmitgliedern. Eine Verletzung dieser Pflicht führt zu einer Schadensersatzhaftung der Aufsichtsratsmitglieder.

Die Mitglieder des schuldrechtlichen Beirats sind mit der Gesellschaft hingegen nicht gesellschaftsrechtlich, sondern „nur“ vertraglich verbunden. Eine Haftung besteht hier im Falle von Vertragsverletzungen und richtet sich nach den insoweit maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen zum Vertragsrecht, genauer zum Dienstvertragsrecht. Da eine Haftung von Beiratsmitgliedern zumindest derzeit noch deutlich weniger Brisanz hat als die von Aufsichtsratsmitgliedern, wird die Haftungsfrage bei der Gestaltung eher eine untergeordnete Rolle spielen.

### **Fazit:**

Je nach Einrichtung und Ausgestaltung des Beirats als organisationsrechtliches oder schuldrechtliches Gremium können einem Beirat unterschiedliche Aufgaben zugewiesen werden, die stärker oder schwächer in die Rechte der Gesellschafter eingreifen. Daraus folgend ergeben sich Auswirkungen nicht nur im Hinblick auf die mit dem Beirat zu erreichenden Zwecke, sondern auch bezogen auf die tägliche Arbeit des Gremiums, auf dessen Vergütung sowie nicht zuletzt auf dessen Haftung. Die Entscheidung für eines der beiden Modelle sollte daher unter Berücksichtigung möglichst aller dieser Gesichtspunkte erfolgen, wobei die zentrale Frage und sozusagen „Weggabelung“ bei der Entscheidung wohl die nach der Überwachungsfunktion sein dürfte

\* \* \* \*

Georg Melzer ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei KMO Kestler Mielert & Partner in Frankfurt. Er berät Organmitglieder und Aufsichts- sowie Beiräte insbesondere in Fragen der Gestaltung und -verhandlung von Dienstverträgen und Aufhebungsvereinbarungen.

[www.kmo-legal.de](http://www.kmo-legal.de)  
[melzer@kmo-legal.de](mailto:melzer@kmo-legal.de)

