

---

**Datum:** 16.06.2011  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 27. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 27 W 3/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2011:0616.27W3.11.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Essen, HRB 14612

---

**Tenor:**

Auf die Beschwerde der Beteiligten wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Essen vom 29.11.2010 aufgehoben.

Der Verfahrenswert der Beschwerde wird auf 3.000,-€ festgesetzt.

---

- Gründe:** 1
- I.** 2
- Die Beteiligte ist die alleinige Gesellschafterin der F. Gegenstand der F sind der Erwerb, der Besitz, die Verwaltung und die Unterhaltung von Fahrzeugen für den Bereich des Konzerns Stadt D und die Organisation und Durchführung von Wochenmärkten für die Stadt D. Die F beschäftigt 37 Mitarbeiter. 3
- Der Gesellschaftsvertrag der F sieht in § 8 die Bildung eines Aufsichtsrates vor. Nach der bisherigen Regelung in § 8 Abs. 1 besteht der Aufsichtsrat aus acht Mitgliedern, die vom Rat der Stadt D entsandt werden. Diese Aufsichtsratsmitglieder haben nach § 8 Abs. 8 die Interessen der Stadt D zu verfolgen und sind an die Beschlüsse des Rates der Stadt D gebunden (§ 113 Abs. 1 GO NRW). 4
- Die Beteiligte hat beschlossen, § 8 der Satzung der F zu ändern. § 8 Abs. 1 soll nunmehr folgenden Inhalt haben: 5
- „Der Aufsichtsrat besteht aus acht stimmberechtigten Mitgliedern sowie aus bis zu vier Mitgliedern mit beratender Funktion. Die stimmberechtigten Mitglieder werden vom Rat der Stadt D entsandt; ...Ratsfraktionen, die dem Aufsichtsrat nicht bereits nach Satz 2 6

angehören, benennen jeweils ein beratendes Mitglied, das vom Rat der Stadt D entsandt wird.“

Mit Verfügung vom 29.11.2010 hat das Amtsgericht die Zulässigkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages gerügt. Die Neuregelung verstoße gegen § 109 AktG. Diese Vorschrift sei nach ihrem Sinn und Zweck entsprechend anzuwenden, obwohl § 52 GmbHG auf § 109 AktG nicht Bezug nehme. Im Übrigen wird auf den Inhalt der Verfügung verwiesen. 7

Gegen diese Verfügung, ihr zugestellt am 01.12.2010, hat die Beteiligte mit beim Amtsgericht am 27.12.2010 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt, der das Amtsgericht mit Verfügung vom 28.12.2010 nicht abgeholfen hat. 8

## II. 9

Die nach §§ 382 Abs. 4 Satz 2; 58 ff FamFG zulässige Beschwerde ist begründet. Der Eintragung der Änderungen zu § 8 des Gesellschaftsvertrages der C GmbH gemäß der Urkundenrolle Nr. ####/2010 des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten steht nicht das in der angefochtenen Zwischenverfügung genannte Hindernis eines Verstoßes gegen § 109 AktG entgegen. 10

### 1. 11

Nach § 54 Abs. 1, Abs. 3 GmbHG ist jede Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, und ist die Änderung wirkungslos, bevor sie nicht in das Handelsregister am Sitz der Gesellschaft eingetragen ist. Daraus folgt für das Registergericht die Pflicht und das Recht, die beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrages darauf zu überprüfen, ob sie inhaltlich im Widerspruch zu gesetzlichen Regelungen steht und deshalb unwirksam oder nichtig ist. Die in § 9c Abs. 2 GmbHG für die GmbH-Gründung geregelte eingeschränkte Prüfungskompetenz findet keine Anwendung (Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 54 Rz. 14, 18). 12

### 2. 13

Die zu § 8 des Gesellschaftsvertrages beschlossenen Änderungen verstoßen nicht gegen § 109 AktG. Nach dieser Vorschrift können grundsätzlich Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand angehören, nicht an den Sitzungen des Aufsichtsrats teilnehmen. Diese Regelung steht dem in der Änderung zu § 8 des Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Teilnahmerecht von nicht stimmberechtigten Mitgliedern der Ratsfraktionen aber nicht entgegen. Das beruht auf folgenden Erwägungen: 14

#### a) 15

§ 109 AktG, der unmittelbar ausschließlich für die Aktiengesellschaft gilt, ist weder über § 52 GmbHG oder eine andere Verweisungsnorm anzuwenden. § 52 Abs. 1 GmbHG, der den durch Gesellschaftsvertrag vorgesehenen, fakultativen Aufsichtsrat betrifft, verweist nicht auf die Regelungen des § 109 AktG. Eine entsprechende Verweisung enthalten allein die Gesetze, die die Einrichtung eines Aufsichtsrates unabhängig von dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages vorsehen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbeteiligungsG; § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG; § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Die F unterliegt aber aufgrund der Anzahl ihrer Beschäftigten und ihrem Unternehmensgegenstand nicht den Anwendungsbereichen dieser Gesetze. 16

#### b) 17

Aus der fehlenden Verweisung auf § 109 AktG in § 52 GmbHG folgt zunächst der Grundsatz, dass die F bei der Gestaltung der inneren Ordnung des in ihrem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Aufsichtsrates frei und nicht an die Regelungen des AktG gebunden ist. Der Gesellschaftsvertrag kann daher grundsätzlich Regelungen beinhalten, die vom gesetzlichen Leitbild des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft abweichen. Nur wenn der Gesellschaftsvertrag zur inneren Ordnung des Aufsichtsrates schweigt, ist ein Rückgriff auf das AktG möglich und ggf. geboten (allgemeine Auffassung: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Marsch-Barner/Diekmann, Bd. 3, 2009, § 48 Rz. 64 ff, 70; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 52 Rz. 7; Scholz-Uwe H. Schneider, GmbHG, Bd. 2 10. Aufl. 2007, § 52 Rz. 385; Ulmer-Raiser/Heermann, GmbHG, 2006, § 52 Rz. 69; Michalski-Heyder, GmbHG, Bd. 2 2002, § 52 Rz. 341; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rz. 79; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rz. 27). 18

Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Aufsichtsrat der F Mitglieder haben soll, die nicht stimmbefugt sind, aber denen das Recht zusteht, an den Sitzungen des Aufsichtsrates beratend teilzunehmen. 19

c) 20

Der dargestellte Grundsatz soll nach einer verbreiteten Meinung keine Anwendung finden, wenn die Gestaltungsmacht der Gesellschafter dazu benutzt wird, die grundlegende Funktion des Aufsichtsrates zu beseitigen (Ulmer-Raiser/Heermann, GmbHG, 2006, § 52 Rz. 69; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rz. 79; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rz. 27). Ob dem zu folgen ist, kann dahin gestellt bleiben, weil die beabsichtigten Änderungen zu § 8 des Gesellschaftsvertrages die Stellung und die Aufgaben des Aufsichtsrates der F nicht beeinträchtigen: 21

Die F ist ein Unternehmen der kommunalen Wirtschaft. Deswegen sieht § 8 des Gesellschaftsvertrages bereits in seiner jetzigen Fassung vor, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates von dem Rat der Stadt D entsandt werden. Nach § 8 Abs. 8 des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit § 113 Abs. 1 GO NRW üben die Aufsichtsratsmitglieder ihre Funktion im Interesse der Stadt D aus und sind an Beschlüsse des Rates und dessen Ausschüsse gebunden. Damit hat der Aufsichtsrat der F kein von der Stadt D unabhängiges Mandat, sondern die Aufgabe, im Zusammenwirken mit dem Rat der Stadt D das Unternehmen zu überwachen. Dieser Funktion der vom Rat der Stadt D entsandten Aufsichtsratsmitglieder entspricht ein Kontrollbedürfnis des Rates, und damit der Fraktionen des Rates. Nach § 56 Abs. 2 GO NRW wirken die Fraktionen bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung des Rates mit. Es besteht deshalb ein Interesse der Fraktionen, die nicht schon ein stimmberechtigtes Mitglied des Aufsichtsrates stellen, an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilzunehmen. Dem entspricht das Interesse der stimmberechtigten Mitglieder des Aufsichtsrates daran, durch Einbindung aller Fraktionen des Rates frühzeitig Unklarheiten über die Beschlusslage des Rates zu beseitigen. Dies geht schließlich konform mit dem Interesse der F an einem funktionsfähigen Aufsichtsrat und der Vermeidung von Reibungsverlusten. 22

Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 2 KostO. 23

