

Prof. Dr. Gerald Spindler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht
Rechtsvergleichung
Institut für Wirtschaftsrecht



Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Spindler, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Tel.: (0551) 39 - 7374
Fax: (0551) 39 - 4633
E-Mail: info@gerald-spindler.de

29. April 2010

Gutachten

zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG

auf die mitbestimmte GmbH

Im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

Inhalt

I.	Einleitung.....	3
II.	Statische versus dynamische Verweisung?.....	4
III.	Die angemessene Vergütung des Geschäftsführers	4
	1. Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG.....	4
	2. Aufsichtsrat nach MitbestG 1976.....	5
IV.	Die Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsfragen	8
	1. Fakultativer Aufsichtsrat	9
	2. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem MitbestG 1976.....	9
	3. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem DrittelbG.....	12
	4. Fazit	13
V.	Zusammenfassung.....	13

I. Einleitung

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)¹ hat zu teilweise grundlegenden Änderungen im Recht der Vorstandsvergütung gesorgt: So wurden neben den Kriterien für die angemessene Vorstandsvergütung in § 87 Abs. 1 AktG und der Herabsetzung der Vorstandsbezüge in § 87 Abs. 2 AktG auch Fragen der Zuständigkeit innerhalb des Aufsichtsrats neu geregelt, indem in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG neue Verbote der Delegation auf Ausschüsse aufgenommen wurden. Demnach ist nunmehr der gesamte Aufsichtsrat für Fragen der Vergütung von Vorstandsmitgliedern zuständig, eine Delegation auf einen (Personal-) Ausschuss kommt nicht mehr in Betracht. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber die Verweisung in § 52 Abs. 1 GmbHG auf das Recht des Aufsichtsrats dergestalt neu gefasst, dass auf das Gebot des Selbstbehaltes bei einer D&O-Versicherung in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nicht über § 116 AktG (mittelbar) verwiesen wird. Allerdings blieb es auch bei der Prüfung dieser Verweisungen, die grundsätzlich nur den fakultativen Aufsichtsrat betreffen; eine Anpassung der Verweisungen im DrittelbG oder im MitbestG fand nicht statt.

Aus dieser „Hektik“ im Gesetzgebungsverfahren² resultiert das Problem, wie weit die einzelnen Verweisungen im GmbH- und Mitbestimmungsrecht auf die jeweiligen Normen des Aktienrechts im Bereich der Vergütung der Geschäftsführer und der Zuständigkeit innerhalb des Organs Aufsichtsrat reichen. Denn gerade die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften des DrittelbG sowie des MitbestG rekurren für die GmbH häufig auf pauschale Verweisungen in das Aktienrecht, die damit auch die geänderten Bestimmungen in Bezug nehmen. Das Meinungsbild reicht hier von vollständiger Verweisung³ bis hin zu völliger Ablehnung der Inbezugnahme der aktienrechtlichen Normen.⁴ Um das Ausmaß und die Reichweite zu klären, bietet sich jedoch eine differenzierte Sichtweise je nach der entsprechenden Norm, auf die Bezug genommen wird, und der jeweiligen Verweisung an. Im Zentrum stehen dabei zum einen das Verhältnis zu § 87 Abs. 1 AktG (III.), zum anderen zu § 107 Abs. 3 AktG (IV.).

¹ BGBl. I 2009, 2059 ff.

² S. dazu die Kritik von *Habersack* ZHR 174 (2010), 2.

³ *Gaul/Janz* GmbHG 2009, 959, 962.

⁴ So etwa *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 3 ff.

II. Statische versus dynamische Verweisung?

Abgeschichtet werden kann von vornherein die Auffassung, die jegliche Bezugnahme auf das VorstAG außerhalb der Neufassung des § 52 Abs. 1 GmbHG mit der Begründung in Abrede stellen will, dass hier keine dynamische, sondern eine statische Verweisung vorläge. Demgemäß sollen die Verweisungen sowohl im DrittelbG als auch im MitbestG nicht auf das durch das VorstAG novellierte AktG verweisen, sondern nur auf Vorfassungen.⁵ Dies steht nicht nur im Widerspruch zur ganz hM,⁶ sondern auch dazu, dass der Gesetzgeber schon ausweislich seiner Beschäftigung mit § 52 Abs. 1 GmbHG sehr wohl die Frage der Verweisungen erkannt hatte. Auch andere Gesetzgebungsvorgänge im Rahmen der Novellierung des Aktienrechts, etwa des BilMoG, zeigen deutlich, dass keineswegs nur eine statische Verweisung etwa in § 52 Abs. 1 GmbHG oder in den mitbestimmungsrechtlichen Verweisungsnormen gemeint ist. Kaum anders wäre es etwa zu erklären, dass die mit dem BilMoG umzusetzende Einführung eines Prüfungsausschusses für die kapitalmarktorientierte GmbH lediglich eine Novellierung des § 52 Abs. 1 GmbHG (mit Aufnahme von § 107 Abs. 4 AktG) erforderte; bei einer statischen Verweisung hätte der Gesetzgeber sämtliche mitbestimmungsrechtlichen Verweisungsnormen ebenfalls ändern müssen, was deutlich vor Augen führt, dass der Gesetzgeber diese stets mit der ganz hM als dynamische Verweisungsnormen begriffen hat.

III. Die angemessene Vergütung des Geschäftsführers

Eine der zentralen Änderungen durch das VorstAG betrifft die Ausformung der Vorschriften über die angemessene Vorstandsvergütung in § 87 Abs. 1 AktG. Ob dies indes auch für die GmbH verhängt, ist zweifelhaft:

1. Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG

Für den fakultativ nach § 52 GmbHG gebildeten Aufsichtsrat genauso wie für den nach dem DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat bleibt die Rechtslage weiterhin klar: Denn § 52 Abs. 1 GmbHG lässt die Personalkompetenz der Gesellschafterversammlung unberührt, auf §§ 84 ff. AktG wird nicht verwiesen. Ebenso wenig bezieht § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG die Regelungen des Aktiengesetzes zur Bestellung und Anstellung ein.⁷ Zwar könnte auf § 116 AktG abgestellt wer-

⁵ So *Feddersen/v.Cube* NJW 2010, 576, 578 f. – welche AktG-Fassungen dann allerdings relevant sein sollen, bleibt im Dunkeln.

⁶ Ausdrücklich etwa *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 6; davon gehen auch aus: *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, *MitbestR*, 2. Aufl. 2006, § 25 *MitbestG* Rz. 117a; *Greven* BB 2009, 2154, 2159; *Gaul/Janz* *GmbHR* 2009, 959, 962; wohl auch *Seibert* WM 2009, 1489, 1490.

⁷ *Allg.M.*, s. *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 3; *Baeck/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121, 1124 ff.; *Greven* BB 2009, 2154, 2157 f.

den, der auch die Aufsichtsratspflichten zur Bestimmung einer angemessenen Vergütung umfasst, mithin auch § 87 Abs. 1 AktG – über die Verweisungen in §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG würde dann § 87 Abs. 1 AktG auch für die hierunter fallenden GmbHs gelten. Doch wäre ein solcher systematischer Rückschluss verkürzt: Denn § 116 AktG nimmt nur die jeweiligen Pflichtenprogramme in Bezug, begründet sie jedoch nicht.⁸ Anders gewendet setzt § 116 AktG bestehende Pflichten voraus.⁹ Darüber hinaus bezieht § 87 AktG teilweise selbst nur börsennotierte Aktiengesellschaften ein (Abs. 1 S. 2), da der Gesetzgeber explizit davon ausging, dass bei anderen Gesellschaften die Eigentümer bzw. Aktionäre über genügend Einflussmöglichkeiten verfügen, um die Angemessenheit der Vergütung zu beeinflussen. So führt der Rechtsausschuss ausdrücklich für GmbHs aus¹⁰:

„Der Nachhaltigkeitsgedanke sollte grundsätzlich auch von nichtbörsennotierten Gesellschaften berücksichtigt werden; hier wird aber von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen, da sonst Fragen zum Verhältnis zur GmbH und den Personenhandelsgesellschaften aufgeworfen würden und man es den Eigentümern überlassen kann, die richtigen Instrumente zu finden. Auch über die Verweisungen auf § 116 AktG bei der GmbH mit Aufsichtsrat wird der geänderte § 87 AktG nicht für die GmbH anwendbar“

Eine Verweisung auf § 87 Abs. 1 AktG kann daher für den fakultativen Aufsichtsrat oder den nach DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrat nicht angenommen werden – was nicht ausschließt, dass vergleichbare Kriterien auch hier Anwendung finden.¹¹

2. Aufsichtsrat nach MitbestG 1976

Anders als in § 52 Abs. 1 GmbHG oder § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweist § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG zunächst auf die §§ 27 bis 29 MitbestG sowie §§ 31 und 32 MitbestG, sodann über § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG auf die §§ 90 Abs. 3, 4 sowie 5 S. 1, 2 und §§ 107 bis 116 AktG, was die Rechtsstellung des Aufsichtsrats angeht. Neben den besonderen Regelungen der §§ 31 Abs. 2 bis 5 MitbestG wird im Hinblick auf Bestellung und Widerruf des zur gesetzlichen Vertretung befugten Organs einer unter das MitbestG fallenden Gesellschaft gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ergänzend auf §§ 84, 85 AktG verwiesen – mithin auch für die GmbH, die dem MitbestG unterliegt. Die Bestellungs- und Anstellungskompetenz für den GmbH-Geschäftsführer liegt daher hier unzweifelhaft beim Aufsichtsrat¹².

⁸ Greven BB 2009, 2154, 2157; Habersack ZHR 174 (2010), 2, 6 f.

⁹ Ebenso Habersack ZHR 174 (2010), 2, 7.

¹⁰ Bericht Rechtsausschuss BT-Drucks. 16/13433, S. 10.

¹¹ Dazu unten bei Fn. 16.

¹² Geklärt seit der Reemtsma-Entscheidung des BGH vom 14.11.1983, BGHZ 89, S.48

Die Verweisung erfasst indes nicht § 87 Abs. 1 AktG, so dass trotz der gegebenen Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats und damit auch der Befugnis zur Regelung der Vergütung fraglich ist, welchen Kriterien die Entscheidung über die Vergütung für den Geschäftsführer unterliegt. Hier offenbart sich eine der ersten und zu Diskussionen führende Schwächen der Neuregelung durch das VorstAG: Während nach der bisherigen Rechtslage weitgehend geklärt war, dass der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH zwar nicht § 87 Abs. 1 AktG bei der Festsetzung der Vergütung zu berücksichtigen hatte, wohl aber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens im Ansatz an vergleichbare Kriterien wie in § 87 AktG gebunden war, könnte die Rechtslage nach dem VorstAG sich anders darstellen.

Zwar ging der Gesetzgeber hinsichtlich des Verweises auf die GmbH nur auf die Frage der Nachhaltigkeit ein; auch scheint der bereits zitierte (und einzige) Hinweis des Gesetzgebers darauf, dass die Eigentümer schon die richtigen Instrumente finden mögen, eher auf die nicht-mitbestimmte bzw. auf die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH gemünzt zu sein, bei denen der Aufsichtsrat nicht über die Kompetenz zur Regelung der Anstellungsfragen verfügt. Doch liegt der Einwand nahe, dass es dann der präzisierenden Aussage des Gesetzgebers nicht bedurft hätte, da die Aufsichtsräte der nicht dem MitbestG 1976 unterliegenden GmbHs ohnehin nicht über die Kompetenz zur Bestellung und Anstellung verfügen.¹³ Auch wenn oftmals im gleichen Atemzug auf das hektische Gesetzgebungsverfahren hingewiesen wird,¹⁴ was eigentlich eher dazu Anlass geben sollte, gegenüber einer allzu sehr auf den Wortlaut gerichteten Auslegung der Gesetzgebungsgeschichte Zurückhaltung zu üben, bleibt dennoch die Frage offen, ob eine sinnvolle Differenzierung in dem Ausmaß der Mitbestimmung bei einer GmbH liegen kann, wenn es um die Kontrolldichte gegenüber der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Vergütung geht. Der Gesetzgeber hat ersichtlich nicht auf die Frage der Arbeitnehmergröße der jeweiligen Gesellschaft abstellen wollen, sondern ob die Eigentümer selbst in der Lage sind, das Gebaren und die Vergütung bzw. die Anreize der geschäftsführenden Organmitglieder zu kontrollieren und Auswüchsen entgegenzusteuern. Die Börsennotierung ist hierfür als solche nur ein Indiz. Der Gesetzgeber ließ sich dabei offensichtlich von der Vorstellung leiten, dass es einer intensiveren rechtlichen Regulierung bei börsennotierten Gesellschaften bedarf, da hier die fehlende Kontrolle über die Verwaltungsorgane durch eine intensivere rechtliche Flankierung ausgeglichen werden muss. Ob eine GmbH dagegen mitbestimmt ist oder nicht oder welcher Mitbestimmungsform sie unterliegt, erscheint hinsichtlich der Festlegung der materiellen Vergütungskriterien und

¹³ So *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 8.

¹⁴ So jedenfalls auch *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 2 f., der von etlichen handwerklichen Mängeln spricht; anders *Seibert* WM 2009, 1489, 1489.

der Konkretisierung des Ermessens des Aufsichtsrats nicht ausschlaggebend; denn im Rahmen der Mitbestimmung geht es weniger um die materielle Absicherung von Ermessensentscheidungen des Aufsichtsrats – abgesehen von der Ausrichtung auf das Unternehmensinteresse – als um die verfahrensrechtliche Flankierung durch die zwingende Repräsentanz von Arbeitnehmern in den zur Entscheidung berufenen Gremien.

Dies bedeutet nun aber keineswegs, dass der Aufsichtsrat völlig frei in der Festlegung der Vergütung und des Vergütungssystems wäre: Wie schon der BGH in der Reemtsma-Entscheidung ausgeführt hat, muss der Aufsichtsrat generell in der GmbH – egal ob mitbestimmt oder nicht – „ähnliche Grundsätze [...] beachten, wie sie die §§ 87 – 89, insbesondere § 87 Abs. 1 AktG für das Anstellungsverhältnis der Vorstandsmitglieder aufstellen [...]“.¹⁵ Selbst für die aufsichtsratslose GmbH unterwirft die Rechtsprechung die Vergütung des (Gesellschafter-) Geschäftsführers einer Angemessenheitskontrolle, hier im Interesse des Minderheitenschutzes aus Treuepflichtwägungen heraus.¹⁶ Dementsprechend geht auch die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum von einem Gebot der Angemessenheit abgeleitet aus dem Gesellschaftsinteresse aus, nicht aber von einer Analogie zu § 87 AktG.¹⁷ So sind nach der Rechtsprechung alle Umstände in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen, insbesondere Art, Größe, Leistungsfähigkeit des Unternehmens, Alter, Ausbildung, Berufserfahrung und sonstige Fähigkeiten des Geschäftsführers sowie Umfang und Bedeutung seiner Tätigkeit.¹⁸ Letztlich spielt es aber hinsichtlich der materiellen Kriterien kaum eine Rolle, ob man von einer Analogie zu § 87 AktG oder von einem Gesellschaftsinteresse ausgeht.¹⁹ Symptomatisch ist dementsprechend, dass die Vertreter der Auffassung, die – an sich zutreffend – eine analoge Anwendung des § 87 Abs. 1 AktG im Gefolge des VorstAG unter Berufung etwa auf Äußerungen des Referatsleiters des BMJ²⁰ als quasi authentische Interpretationsquelle für den Gesetzgeber ablehnen, eine Aussage darüber schuldig bleiben, worin die konkreten Unterschiede gegenüber der Kontrolle anhand des Gesellschaftsinteresses

¹⁵ BGHZ 89, 48, 57 – Reemtsma.

¹⁶ BGH ZIP 2008, 1818, 1820; näher dazu *Wübbelsmann* GmbHR 2009, 988, 989 und *Axhausen* in Beck'sches Handbuch GmbH, 4. Aufl. 2009, § 5 Rz. 41 ff. je m.w.Nachw.

¹⁷ *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2006, § 35 GmbHG Rz. 182; *U. H. Schneider/Sethe* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 GmbHG Rz. 218; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 GmbHG Rz. 183; *Baek/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121, 1122; dies räumt auch *Greven* BB 2009, 2154, 2157 ein; a.A. *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, 2. Aufl. 2006, § 31 MitbestG Rz. 40 (s. jetzt aber *Habersack*, ZHR 174 (2010), 2, 9: “[...] lässt sich denn auch nach Inkrafttreten des VorstAG nicht mehr aufrechterhalten [...]“); s. auch *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 6 GmbHG Rz. 31, wonach die eingrenzenden Leitlinien aus § 87 Abs. 1 AktG allenfalls auf die GmbH nach MitbestG übertragbar seien.

¹⁸ BGHZ 111, 224, 228; BGH NJW 1992, 2894, 2896.

¹⁹ *Baek/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121, 1123; zutr. *Gaul/Janz* GmbHR 2009, 959, 959 f.; anders aber *Lunk/Stolz* NZA 2010, 121, 125 ff.

²⁰ *Seibert* WM 2009, 1489, 1490.

liegen sollen.²¹ Erst recht ginge es zu weit, aus dem mangelnden Verweis auf § 87 Abs. 1 AktG nunmehr die frühere Rechtsprechung und die Rückbindung auf die entsprechenden Kriterien im Rahmen des Gesellschaftsinteresses in Frage zu stellen.²² Maßgeblich dürfte demgegenüber der Freiheitsgrad des Aufsichtsrats bei seiner Entscheidung im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens über die Vergütung sein, der eben aufgrund der eher gegebenen Rückkoppelung an die Gesellschafter in der eigentümerkontrollierten Gesellschaft größer sein kann als bei der börsennotierten Gesellschaft. Den Aufsichtsrat dürfte daher allenfalls ein erhöhter Begründungsaufwand treffen.²³ Dies gilt auch im Hinblick auf die nach § 87 Abs. 1 S. 2 AktG gezogenen Grenzen für eine variable Vergütung bzw. hinsichtlich der Nachhaltigkeit: Auch wenn dies keine unmittelbare Geltung für die GmbH beanspruchen kann und der Aufsichtsrat – anders als in der börsennotierten Gesellschaft – nicht an die in § 87 Abs. 1 S. 2, 3 AktG vorgegebenen Grenzen sklavisch gebunden ist, so wird er die Frage der richtigen Anreizsetzung für die geschäftsführenden Organmitglieder kaum außer Betracht lassen können.

Summa summarum sprechen daher sowohl systematische, historische als auch teleologische Argumente gegen einen Verweis auf § 87 Abs. 1 AktG.

IV. Die Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsfragen

Die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit des § 87 AktG auf die (mitbestimmte) GmbH präjudiziert indes noch nicht die Frage, wer innerhalb des Organs Aufsichtsrat für Fragen der Vergütung zuständig ist. Mit der Novellierung des Rechts der Vorstandsvergütung stellt sich indes mangels des materiellen Verweises auf § 87 AktG die Frage, ob auch das neu gefasste Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG, das nunmehr die Vergütungsfragen zwingend dem Plenum zuweist, nicht ins Leere geht. Mangels einer entsprechenden materiell-rechtlichen Pflicht könnte die Auffassung vertreten werden, dass notwendigerweise auch das Delegationsverbot nicht eingreifen könnte und weiterhin einem Ausschuss sämtliche Anstellungsfragen einschließlich der Vergütung zur abschließenden Behandlung überwiesen werden könnte.²⁴

²¹ S. etwa *Greven* BB 2009, 2154, 2158 f.; ebenso *Feddersen/v.Cube* NJW 2010, 576, 578.; eine Ausnahme stellen *Lunk/Stolz* NZA 2010, 121, 125 ff. für die Herabsetzung der Bezüge dar.

²² Wie hier *Döring/Grau* DB 2009, 2139, 2140; *Wübbelsmann* GmbHHR 2009, 988, 990 f.; s. auch *Köstler*, *Angemessene Vorstandsvergütung, Arbeitshilfen für Aufsichtsräte* Bd. 14, 3. Aufl. 2009, S. 28 f.

²³ Zutr. *Baeck/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121, 1123.

²⁴ So in der Tat *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 9 f.

1. Fakultativer Aufsichtsrat

Für den fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 Abs. 1 GmbHG stellt sich die Frage angesichts des fehlenden Verweises auf § 107 Abs. 3 AktG nicht – insbesondere die Delegationsverbote des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG greifen daher nicht.

2. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem MitbestG 1976

Anders sieht dagegen die Rechtslage für die nach dem MitbestG 1976 mitbestimmte GmbH aus: Hier zieht § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 AktG heran, indem auf §§ 107 bis 116 AktG verwiesen wird. Sowohl Wortlaut als auch Systematik sprechen daher hier eine andere Sprache als bei den materiell-rechtlichen Kriterien für die Vergütungsentscheidung. Es muss zudem nicht notwendigerweise ein Gleichlauf zwischen materiell-rechtlichen Entscheidungskriterien und der Kompetenzzuweisung bestehen:²⁵ So wie verfahrensrechtliche Sicherungen von materiellen Leitlinien zu trennen sind, können auch Kompetenzzuweisungen einen eigenen Sinngehalt und eine eigenständige Schutzrichtung aufweisen. Auch kann im Gegensatz zu den materiell-rechtlichen Kriterien hier nicht ohne weiteres darauf abgestellt werden, welche Kompetenzen der Aufsichtsrat grundsätzlich inne hat. Zwar trifft der Gleichlauf mangelnder Befugnisse im Anstellungsbereich einerseits und des fehlenden Verweises auf § 107 AktG in § 52 Abs. 1 GmbHG andererseits für den fakultativen Aufsichtsrat zu, nicht jedoch für den nach DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrat. Denn der Aufsichtsrat nach dem DrittelbG hat ebenfalls von vornherein keine Kompetenzen für die Festlegung der Anstellungskonditionen; dennoch nimmt ihn die Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG nicht von den Delegationsverboten aus, so dass es vom Wortlaut und der Systematik her bei der Zuständigkeit des Plenums verbliebe – auch wenn sich ein Widerspruch zu der fehlenden Kompetenz des Aufsichtsrats ergäbe.²⁶ Erst recht würde dies für den nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten Aufsichtsrat in der GmbH gelten, da hier zwingend eine Befugnis des Aufsichtsrats für den Anstellungsvertrag besteht, mithin wie im Aufsichtsrat nach AktG.²⁷

Namentlich *Habersack* hat in Frage gestellt, dass ein eigenständiges Delegationsverbot in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nur für Vergütungsfragen für den mitbestimmten Aufsichtsrat der GmbH Sinn entfalte. Wenn der Gesetzgeber dies gewollt habe, hätte er nach dieser Auffassung auf § 84 Abs. 1 S. 5 AktG verweisen müssen.²⁸ Der Gesetzgeber habe jedoch nur die Vergütungsverantwor-

²⁵ Dies räumt im Ansatz auch *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 9 f. ein.

²⁶ Dazu sogleich unten IV.3..

²⁷ Wie hier letztlich *Lunk/Stolz* NZA 2010, 121, 127; im Ergebnis auch *Döring/Grau* DB 2009, 2139, 2141, ebenso *Gaul/Janz* GmbHR 2009, 959, 962 f., beide allerdings ohne Problembewusstsein.

²⁸ *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 9 f.; ähnlich *Fedderson/v.Cube* NJW 2010, 576, 578 f.; *Hoffmann-Becking/Krieger* NZG 2009, Beil. zu Heft 26, Rz. 78 f.

tung des Aufsichtsrats und damit die Transparenz stärken wollen, zumal nicht der gesamte Anstellungsvertrag zur Behandlung dem Plenum überwiesen worden sei.²⁹ Aus dieser nur selektiven Zuweisung der Zuständigkeit allein für die Vergütungsfragen folge sodann, dass das Delegationsverbot nicht generell die Fragen der Anstellung umfasse, mithin § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nicht auf die Zuständigkeit des Aufsichtsrats verweise, sondern diese überhaupt erst voraussetze.³⁰ Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte werde deutlich, dass das VorstAG bzw. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nicht auf die mitbestimmte GmbH anwendbar sei.³¹

Diese Auffassung sieht sich jedoch mit mehreren Einwänden konfrontiert:

Zunächst ist die Behauptung brüchig, dass der Gesetzgeber auch die Anwendung des Delegationsverbotes in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG auf die mitbestimmte GmbH habe ausschließen wollen. Die entscheidende, bereits oben zitierte Passage in der Gesetzesbegründung stellt ersichtlich nicht darauf ab, ob eine GmbH der Mitbestimmung unterliegt, geschweige denn welcher Mitbestimmungsform. Im Vordergrund der Erwägungen des Gesetzgebers steht vielmehr, dass die Tatsache der stärkeren Eigentümerkontrolle bei der GmbH (ebenso wie bei der nicht-börsennotierten AG) dazu führt, dass kein Bedürfnis für eine stärkere (gerichtliche) Kontrolle der Nachhaltigkeit (§ 87 Abs. 1 S. 2 AktG) besteht. Ersichtlich wird auf die Frage der Börsennotierung und der stärkeren Rückbindung an die Gesellschafter abgestellt, nicht aber auf die Mitbestimmung. Ferner geht es in der zitierten Passage in keiner Weise um die Frage der Kompetenzen des Plenums oder von Delegationsverboten; der Gedanke der stärkeren Transparenz der Vergütung im Rahmen der Plenarzuständigkeit wird hier überhaupt nicht thematisiert. Überspitzt formuliert müsste man mit der gleichen Begründung dann auch bei der nicht-börsennotierten Gesellschaft die Geltung des Delegationsverbotes (§ 107 Abs. 3 S. 3 AktG) verneinen³² – was ersichtlich nicht der Fall ist, da § 107 Abs. 3 S. 3 AktG auf den gesamten § 87 Abs. 1 AktG verweist, das Delegationsverbot also keineswegs von der Börsennotierung abhängig macht.

Dies leitet zum nächsten Einwand über: Wenn der Gesetzgeber sowohl für die börsennotierte als auch nicht-börsennotierte AG das Delegationsverbot in toto vorsieht, also auch für § 87 Abs. 1 S. 2 AktG, warum sollte dann ausgerechnet bei der mitbestimmten GmbH anders als bei der nicht-börsennotierten Gesellschaft die Delegation auf einen Ausschuss möglich sein? Denn sowohl der Aufsichtsrat der nicht-börsennotierten AG als auch der nach dem MitbestG 1976 verfügen zwei-

²⁹ *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 10 unter Verweis auf Begr. FrakE BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

³⁰ *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 10.

³¹ *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 10 f.; ebenso zuvor *Greven* BB 2009, 2154, 2159; *Feddersen/v. Cube* NJW 2010, 576, 578 f.

³² Diese Inkonsequenz verdrängen etwa *Greven* und *Habersack* a.a.O.

felsohne über die Kompetenz, die Bedingungen des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitglieds bzw. Geschäftsführers festzulegen.³³ Der Sinn und Zweck einer Kompetenzfestlegung kann aber unabhängig von den materiell-rechtlichen Leitlinien für die Vergütungsstruktur – wie dargelegt – in einer verfahrensrechtlichen Sicherung dienen, wie auch die Gegenauffassung ansatzweise einräumt.³⁴ Denn der Zweck, eine größere Transparenz der Vergütung durch Behandlung im gesamten Plenum zu erreichen,³⁵ ist völlig unabhängig davon, ob bei der Bestimmung der Vergütung eine Nachhaltigkeit zugrunde zu legen ist (wobei auch hier über das Ermessen des Aufsichtsrats die Nachhaltigkeit durchaus ein wichtiges Kriterium spielt, auch ohne Börsennotierung³⁶). Dass zudem nicht der gesamte Anstellungsvertrag dem Plenum zugewiesen ist, spielt keine Rolle dafür, dass wenigstens die Vergütung einer größeren Transparenz durch die Beteiligung aller Aufsichtsratsmitglieder unterliegen soll. Denn gerade die Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder für die Vergütung sollte gestärkt werden – was ersichtlich völlig unabhängig von der Börsennotierung der Fall ist. Nicht allein die Transparenz gegenüber den Anteilseignern steht in Rede, sondern eben auch die Verantwortung des Aufsichtsrats als gesamtes Organ. Warum aber nur mitbestimmte GmbHs (bei einer zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Anstellungsfragen) hiervon ausgenommen sein sollen, während nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften unter das Delegationsverbot fallen, erschließt sich nicht. Sachliche Gründe lassen sich für diese Differenzierung nicht ausmachen.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass – wie hier auch vertreten - § 87 Abs. 1 AktG nicht unmittelbar auf die (auch mitbestimmte) GmbH Anwendung finde. Denn wie auch die Gegenauffassung einräumt, finden die Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG (mit Ausnahme des Abs. 1 S. 2 AktG) parallel Anwendung. Es wäre reiner Formalismus, aus der fehlenden unmittelbaren Anwendung des § 87 Abs. 1 AktG – bei gleichzeitiger inhaltlicher Geltung – zu folgern, dass nunmehr auch das Delegationsverbot ins Leere liefe. Im Gegenteil: Findet schon aus Gründen des Gesellschaftsinteresses der Kanon des § 87 Abs. 1 AktG bei der Festlegung der Vergütung Anwendung, muss für die Herstellung der Transparenz aus Wertungsgesichtspunkten das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG eingreifen. Selbst wenn man also das Delegationsverbot allein an die Rückbindung des Aufsichtsrats an die Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG knüpfen wollte, darf die Wertung des Gesetzgebers nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden, dass

³³ Im Ansatz ebenso *Baack/Götze/Arnold* NZG 2009, 1121, 1126; s. auch *Köstler*, Angemessene Vorstandsvergütung, Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Bd. 14, 3. Aufl. 2009, S. 30.

³⁴ S. etwa (mit offenem Ergebnis) *Hoffmann-Becking/Krieger* NZG 2009, Beil. zu Heft 26, Rz. 78 f.; anders aber *Greven* BB 2009, 2154, 2159, der dies überhaupt nicht thematisiert.

³⁵ S. dazu die Begr. *Frake* BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

³⁶ Dies erwägend *Döring/Grau* DB 2009, 2139, 2140.

die Gewichtigkeit der Vergütungsfrage im Aufsichtsrat bei zwingender Personalkompetenz dem Plenum zugewiesen ist.

3. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem DrittelbG

Noch komplexer stellt sich demgegenüber die Rechtslage bei dem Aufsichtsrat einer nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH dar: Zum einen verweist § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG generell auf die §§ 95 – 114 AktG, so dass auch die Delegationsverbote des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG grundsätzlich Gültigkeit beanspruchen würden. Zum anderen aber ändert die Inbezugnahme der §§ 95-114 AktG nichts daran, dass der nach dem DrittelbG mitbestimmte Aufsichtsrat über keine Kompetenz zur Bestellung und Anstellung der Geschäftsführer verfügt; diese bleibt unbestritten bei der Gesellschafterversammlung, da dem Aufsichtsrat keine Bestellungskompetenz eingeräumt wird und selbständige Befugnisse im schuldrechtlichen Bereich keinen Sinn ergäben. Vielmehr besteht eine Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung.³⁷

Dann aber geht auch eine Zuständigkeit des Gesamtaufsehensrats für Vergütungsfragen ins Leere, wenn der Aufsichtsrat von vornherein nicht für die Festlegung der Anstellungskonditionen zuständig ist.³⁸ Daher ist hier der Rückschluss zutreffend, dass der Gesetzgeber zumindest unbeachtet die Verweisung beibehalten hat und in diesem Fall eine teleologische Reduktion vollzogen werden muss. Hierfür spricht zudem, dass auch bei anderen Verweisungen, etwa von § 52 Abs. 1 GmbHG sowie § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auf § 112 AktG aus der Vertretungsbefugnis keine Befugnis zum Abschluss des Anstellungsvertrages für den Aufsichtsrat folgt.³⁹

Das Delegationsverbot und die Verweisung des DrittelbG behalten jedoch dann ihren Sinn, wenn dem Aufsichtsrat über die Satzung die Kompetenzen zur Bestellung und Anstellung eingeräumt wurden. Denn in diesem Fall greifen die gleichen Wertungen ein wie im Fall der nicht-börsennotierten AG oder der nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten GmbH: hier soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers eben der gesamte Aufsichtsrat die Verantwortung für die Festlegung der Vergütung tragen. Dann aber besteht kein Grund, dies bei einer entsprechenden über die Satzung zugewiesenen Kompetenz des Aufsichtsrats nach dem DrittelbG anders zu behandeln, sofern die Kompetenzzuweisung durch die Gesellschafter bzw. die Satzung keine weiteren Vorgaben enthält.⁴⁰ Allerdings hat es der Satzungsgeber in der Hand, die Delegation auf einen

³⁷ Zutr. U. H. Schneider/Sethe in Scholz (Fn.17), § 35 GmbHG Rz. 202; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck (Fn. 17), § 35 GmbHG Rz. 167; Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2009, § 1 DrittelbG Rz. 17; offen BGH GmbHR 1999, 1140.

³⁸ Baeck/Götze/Arnold NZG 2009, 1121, 1126; Hoffmann-Becking/Krieger NZG 2009, Beil. zu Heft 26, Rz. 77; insoweit auch Greven BB 2009, 2154, 2158.

³⁹ S. oben Fn. 37 und 38.

⁴⁰ Anders Baeck/Götze/Arnold NZG 2009, 1121, 1126.

Ausschuss vorzusehen oder in das Ermessen des Aufsichtsrats zu stellen, da es sich eben nicht um eine zwingende Kompetenz des Aufsichtsrats handelt.⁴¹

4. Fazit

Das entscheidende Differenzierungskriterium im Rahmen der Verweisung auf das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG ist die vom Gesetzgeber intendierte Stärkung der Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder für die Vergütung der geschäftsleitenden Organmitglieder. Nicht die Börsennotierung bildet das ausschlaggebende Merkmal für die Zuständigkeit des Plenums, sondern die gewollte Transparenz der Vergütung und Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder hierfür; kein Aufsichtsratsmitglied soll sich hinter den in einem kleinen Ausschuss getroffenen Entscheidungen „verstecken“ können. Zentral ist daher nicht die fehlende Börsennotierung oder die stärkere Eigentümerkontrolle in einer GmbH, sondern die zwingende Zuweisung von Personalkompetenzen an den Aufsichtsrat einer Gesellschaft. Nur in diesem Fall soll auch der gesamte Aufsichtsrat in die Pflicht genommen werden. Für die nach dem MitbestG 1976 mitbestimmte GmbH folgt daraus, dass das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG eingreift, für die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH dagegen nur dann, wenn die Satzung dem Aufsichtsrat die Kompetenz für Bestellung und Anstellung zuweist und keine besonderen Regelungen über die Zuständigkeit innerhalb des Aufsichtsrats getroffen hat. Gleiches gilt für den fakultativen Aufsichtsrat: Nur bei entsprechender Zuweisung der Kompetenzen kann die Wertung des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG herangezogen werden.

V. Zusammenfassung

Die Ergebnisse lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

- Für den Aufsichtsrat der GmbH wird nicht auf § 87 Abs. 1 AktG verwiesen. Gleichwohl finden die in § 87 Abs. 1 S. 1 AktG festgelegten Kriterien im Rahmen der allgemeinen Aufsichtsratspflichten Anwendung. Allerdings genießt der Aufsichtsrat hier einen größeren Beurteilungsspielraum. Dies gilt auch für den nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten Aufsichtsrat.
- Das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG greift für den nach MitbestG 1976 mitbestimmten Aufsichtsrat einer GmbH ein, da der Gesetzgeber die Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder betonen wollte. Solange der Aufsichtsrat über eine Personalkom-

⁴¹ Insoweit ebenso *Baeck/Götze/Arnold NZG 2009, 1121, 1126.*

petenz verfügt, etwa durch Satzungsbestimmung, gilt dies auch bei einer nach dem
DrittelbG mitbestimmten GmbH – außer der Satzungsgeber trifft andere Bestimmungen.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G. Spindler', written in a cursive style.

Prof.Dr.Gerald Spindler