

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker

Kiel

Vergütungsabreden im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers und Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums in der nach dem MitbestG und dem Montan-MitbestG mitbestimmten GmbH

Rechtsgutachten

erstattet der
Hans-Böckler-Stiftung

im
Mai 2010

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	S. 4
B. Rechtslage in der mitbestimmungsfreien GmbH	S. 7
I. Entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der zweigliedrigen GmbH	S. 7
II. Fakultative Errichtung eines Aufsichtsrates bei der mitbestimmungsfreien GmbH und entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG	S. 10
III. Zwischenergebnis	S. 11
C. Rechtslage in der mitbestimmten GmbH	S. 12
I. Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes auf die GmbH	S. 12
1. Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	S. 12
2. Relativierung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung durch den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG	S. 14
3. Relevanz der Haftungsnorm in § 116 AktG für die Zuständigkeitsverteilung und die Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG	S. 17
4. Zwischenergebnis	S. 18
II. Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH	S. 19
1. Annexkompetenz des Aufsichtsrates für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	S. 19
2. Die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers bei der nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten GmbH	S. 21
a) Problemaufriss	S. 21
b) Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	S. 21
c) Bindung des Aufsichtsrates an die Vorgaben in § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG	S. 23
d) Anwendbarkeit des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers	S. 28
3. Zwischenergebnis	S. 32

III. Anwendung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH	S. 33
1. Annexzuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	S. 33
2. Gebot einer „sinngemäßen“ Anwendung des Aktienrechts (§ 3 Abs. 2 Montan-MitbestG)	S. 34
a) Allgemeine Grundsätze zur Reichweite der Verweisungsnorm	S. 34
b) Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH	S. 36
c) Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH über § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG	S. 37
3. Zwischenergebnis	S. 39
D. Zusammenfassung	S. 40

A. Einleitung

Die Vergütungsabrede ist zentraler Bestandteil des Anstellungsvertrages zwischen dem Geschäftsführer einer GmbH und der Gesellschaft. Für deren inhaltliche Ausgestaltung verzichtet das GmbH-Gesetz jedoch auf verbindliche Rahmendaten und unterscheidet sich hierdurch grundlegend von dem Recht der Aktiengesellschaft, das für die Vergütung der Vorstandsmitglieder in § 87 AktG – ungeachtet der den Tatbeständen immanenten interpretativen Offenheit – zwingende Vorgaben trifft, die für den nach § 112 AktG i.V. mit § 87 Abs. 1 und 2 AktG zuständigen Aufsichtsrat bei Abschluss des Anstellungsvertrages verbindlich sind, und deren Verletzung unter Umständen auch gegen die Aufsichtsratsmitglieder gerichtete Ersatzansprüche auslösen kann (s. § 116 Satz 3 AktG).

Zusätzlich legt § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) für die nach § 87 Abs. 1 und 2 AktG von dem Aufsichtsrat zu treffenden Entscheidungen eine zwingende Plenarzuständigkeit des Aufsichtsrates fest

- eingefügt durch Art. 1 Nr. 4 VorstAG -

und stellt diese damit dem körperschaftsrechtlichen Akt der Bestellung und der Abberufung gleich. Hierdurch ist für die Entscheidung über die Festsetzung der Vorstandsvergütung (§ 87 Abs. 1 AktG) sowie deren ggf. erforderliche Herabsetzung (§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG) zwingend der Aufsichtsrat zuständig, der die Entscheidung über diese Angelegenheit wegen des erweiterten Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG nicht auf einen von ihm gebildeten Ausschuss delegieren darf. Zwar schließt dies eine vorbereitende Tätigkeit von Aufsichtsratsausschüssen bezüglich der Vergütungsabrede nicht aus,

siehe *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 6; *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717 (731); *Diller*, NZG 2009, 1006 (1009); *Fleischer*, NZG 2009, 801 (804); *Gaul/Janz*, NZA 2009, 809 (813); *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 107 Rn. 18; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 9. Aufl. 2009, Rdnr. 652; *Seibert*, WM 2009, 1488 (1491) sowie allg. *Habersack*, MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rdnr. 144; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 107 Rdnr. 404; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 749; *Mertens*, KölnKomm. AktG, 2. Aufl. 1995, § 107 Rdnr. 158; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 45 f., 48 f.; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 1. Aufl. 2007, § 107 Rdnr. 84,

die endgültige Beschlussfassung bezüglich der in § 87 Abs. 1 und 2 AktG genannten Entscheidungen bleibt aber stets dem Plenum des Aufsichtsrates vorbehalten. Hierdurch hat der Gesetzgeber hinsichtlich einer einzelnen Fa-

cette des Anstellungsvertrages erstmals eine zwingende Zuständigkeit für das Aufsichtsratsplenum begründet, da diesbezüglich vor der Ergänzung in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG anerkannt war, dass nicht nur Abschluss und Beendigung des Anstellungsvertrages, sondern auch dessen inhaltliche Ausgestaltung vollständig auf einen Ausschuss des Aufsichtsrates übertragen werden konnte.

Siehe statt aller *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 84 Rdnr. 34; *Habersack*, MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 140; *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 107 Rdnr. 381; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 107 Rdnr. 18; *Mertens*, KölnKomm. AktG, 2. Aufl. 1995, § 107 Rdnr. 138; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 84 Rdnr. 25.

Hiervon wollte der Gesetzgeber nicht vollständig, wohl aber beschränkt auf die Festsetzung der Vergütung und deren ggf. nach § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG gebotene Herabsetzung abrücken, um hierdurch die Transparenz der Vergütungsfestsetzung zu verbessern.

Siehe die *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

Die in den §§ 107 Abs. 3 Satz 3, 116 Satz 3 AktG durch das VorstAG eingefügten Bezugnahmen auf § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG haben der Diskussion um die Anwendung der letztgenannten Vorschriften auf die Vergütung von GmbH-Geschäftsführern eine neue Dimension verliehen. Das gilt sowohl im Hinblick auf die Ausdehnung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf die nach § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG zu treffenden Entscheidungen als auch wegen der auf § 87 Abs. 1 AktG bezogenen Ersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder in § 116 Satz 3 AktG. Beide Vorschriften werden – wie § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG zeigen – insbesondere für die mitbestimmte GmbH für anwendbar erklärt, so dass sich zwangsläufig die Frage aufdrängt, ob über die Verweisungsnorm nunmehr auch § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG die Vergütung der GmbH-Geschäftsführer zumindest bei der mitbestimmten GmbH beeinflusst.

In dieser Richtung z.B. *Baack/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1123 ff.); zumindest für eine Ausstrahlung des Rechtsgedankens *Köstler*, in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Angemessene Vorstandsvergütung, 3. Aufl. 2009, S. 25 (28 f.); *Wübbelsmann*, GmbHR 2009, 988 (990 f.).

Wird dies jedoch verneint,

so von *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (6 ff.) sowie zuvor *Greven*, BB 2009, 2154 (2158); *Seibert*, WM 2009, 1489 (1490),

so provoziert dies ein restriktives Verständnis des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bzw. der Haftungsnorm in § 116 Satz 3 AktG bei deren Anwendung auf die GmbH. Nicht völlig von der Hand zu weisen ist insbesondere die These, dass aus der Nichtanwendung von § 87 Abs. 1 AktG bzw. § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der mitbestimmten GmbH zugleich die Ausklammerung der dort geregelten „Aufgabe“ aus dem Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG folgt.

So jüngst *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (9 f.) sowie zuvor *Greven*, BB 2009, 2154 (2159); ebenso im Ergebnis *Feddersen/von Cube*, NJW 2010, 576 (578 ff.); tendenziell auch *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage zu Heft 26, S. 9 f.; a.A. jedoch *Baack/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1126); *Döring/Grau*, DB 2009, 2139 (2141); *Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 (962 f.); *Köstler*, in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), *Angemessene Vorstandsvergütung*, 3. Aufl. 2009, S. 25 (31); *Leitzen*, *Der Konzern* 2010, 87 (90); *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121 (127 f.).

Diese Problematik ist bei der GmbH vor allem deshalb von entscheidender Bedeutung, weil hierdurch zumindest teilweise nicht nur die Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Organs, sondern die Kompetenzaufteilung zwischen verschiedenen Organen betroffen ist.

B. Rechtslage in der mitbestimmungsfreien GmbH

Ausgangspunkt für die Auflösung der vorstehend skizzierten Problemlage ist ungeachtet der hiesigen thematischen Fokussierung auf die mitbestimmte GmbH die Rechtslage bei der mitbestimmungsfreien GmbH, da dem vorstehend skizzierten Kompetenzkonflikt sowie einer restriktiven Auslegung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG denknotwendig die Grundlage entzogen ist, wenn § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG bereits bei der mitbestimmungsfreien GmbH entsprechend anzuwenden ist. Sofern dies bejaht wird, fehlt für ein abweichendes Ergebnis bei der mitbestimmten GmbH unabhängig von dem konkreten Mitbestimmungsstatut eine tragfähige Grundlage. Bezüglich der Rechtslage bei der mitbestimmungsfreien GmbH ist wegen des unterschiedlichen Normhaushalts zwischen der zweigliedrigen GmbH und der GmbH mit einem fakultativ gebildeten Aufsichtsrat zu trennen.

I. Entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der zweigliedrigen GmbH

Für die mitbestimmungsfreie GmbH ist anerkannt, dass Abschluss und Inhalt des Anstellungsvertrages als Annexkompetenz zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers (§ 46 Nr. 5 GmbHG) vorbehaltlich abweichender statutarischer Bestimmungen in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fallen.

BGH 3.7.2000, NJW 2000, 2983; OLG Düsseldorf 10.10.2003, NZG 2004, 478 (479); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 6 Rdnr. 6; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 171; *Roth*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 46 Rdnr. 27; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 46 Rdnr. 70; *Schneider/Sethe*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 194; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 46 Rdnr. 36.

Das gilt auch für Abreden, die zur Vergütung der vom Geschäftsführer erbrachten Tätigkeit in den Anstellungsvertrag aufgenommen werden.

Roth, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 46 Rdnr. 27.

Ferner ist im Hinblick auf die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers für die mitbestimmungsfreie GmbH überwiegend anerkannt, dass für eine entsprechende Anwendung der Vorgaben in § 87 Abs. 1 AktG auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers die für einen Analogieschluss notwendige planwidrige Regelungslücke fehlt.

Ebenso im Ergebnis *Greven*, BB 2009, 2154 (2156); *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2006, § 35 Rdnr. 98; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 182; *Schneider/Sethe*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 218; *Stein*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 193.

Hierfür spricht nicht nur der entstehungsgeschichtliche Hintergrund bei Schaffung des AktG 1937, sondern auch die bewusste Anlehnung der mit dem VorstAG erfolgten Neufassung des § 87 Abs. 1 AktG an die Empfehlungen des Corporate Governance Kodex.

Dazu die *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 5.

Ungeachtet dessen ist auch für das Recht des Geschäftsführers in der mitbestimmungsfreien Gesellschaft anerkannt, dass – abgesehen von der Ein-Personen-GmbH – die im Anstellungsvertrag zu treffende Vergütungsabrede nicht im freien Ermessen der Gesellschafterversammlung steht, sondern den Bindungen durch die Treuepflicht unterliegt und damit zur Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zwingt.

Siehe *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2006, § 35 Rdnr. 98; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 182; *Schneider/Sethe*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 218; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 183.

Die vorstehend im Einklang mit der einhelligen Ansicht gebilligte Ablehnung einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 AktG auf die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers einer mitbestimmungsfreien GmbH schließt es methodisch jedoch nicht aus, die Treuepflicht mit Hilfe der Maßstäbe zu konkretisieren, die § 87 Abs. 1 AktG zur Verfügung stellt.

In diesem Sinne *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 6 Rdnr. 97; *Wübbelsmann*, GmbHR 2009, 988 (990 f.); ebenso für die dem MitbestG unterliegende GmbH *Köstler*, in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Angemessene Vorstandsvergütung, 3. Aufl. 2009, S. 25 (28 f.); gegen eine Übertragung über die Treuepflicht jedoch *Feddersen/von Cube*, NJW 2010, 576 (578); *Greven*, BB 2009, 2154 (2156); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 6 Rdnr. 31.

Abgesehen von den auf die GmbH nicht passenden Sonderbestimmungen für börsennotierte Kapitalgesellschaften in § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG enthält die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgenommene Vorgabe eines angemessenen Verhältnisses zwischen Aufgaben und Leistungen sowie der Lage der Gesellschaft und die unter dem Vorbehalt besonderer Gründe stehende Bindung an die übliche Vergütung einen äußerst flexiblen Maßstab, der es

gestattet, den spezifischen Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung zu tragen. Einer derartigen materiellrechtlichen Bindung der Vergütungsabrede bedarf es jedenfalls bei der mehrgliedrigen GmbH zum Schutz des Minderheitsgesellschafters.

Der vorstehend im Hinblick auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG befürwortete dogmatische Ansatz einer materiellen Bindung der Vergütungsabrede über die Treuepflicht gilt der Sache nach bei der mitbestimmungsfreien GmbH auch für eine Herabsetzung der Vergütung.

Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 187.

Zwar ist das in § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG begründete Recht zur einseitigen Herabsetzung der Vergütung nach überwiegender Ansicht bei der mitbestimmungsfreien GmbH nicht analog anwendbar,

ebenso ausdrücklich auch *Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 (961); *Greven*, BB 2009, 2143 (2147); *Lindemann*, GmbHR 2009, 737 (743); *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121 (123); *Schneider/Sethe*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 241; *Stein*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 200; a.A. OLG Köln 6.11.2007, NZG 2008, 637; dogmatisch unschaft BGH 20.12.1994, GmbHR 1995, 654 (655): „§ 242 BGB i.V. mit einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 2 AktG“,

gleichwohl kann es aber im Einzelfall die Treuepflicht dem GmbH-Geschäftsführer gebieten, in eine Herabsetzung der Vergütung einzuwilligen, wenn sich die Gesellschaft in einer wirtschaftlichen Lage befindet, in der § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG den Aufsichtsrat zu einer einseitigen Herabsetzung der Vorstandsvergütung berechtigen würde.

Mit diesem dogmatischen Ansatz auch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 187; wohl auch *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121 (123 f.); ähnlich OLG Naumburg 16.4.2003, GmbHR 2004, 423 (424) sowie BGH 15.6.1992, GmbHR 1992, 605 (607); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 6 Rdnr. 34a; *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 35 Rdnr. 143; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 193; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 50; *Schneider/Sethe*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 241; *Stein*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 200; *Wübbelsmann*, GmbHR 2009, 988 (990 f.).

Unabhängig von dem Rückgriff auf die Treuepflicht steht es den Gesellschaftern frei, § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechende Vorgaben für die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers in das Statut der Gesellschaft aufzunehmen. Darüber hinaus können die Parteien des Anstellungsvertrages grundsätzlich frei die Rahmenbedingungen festlegen, unter denen eine Herabsetzung der Vergütung aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesell-

schaft in Betracht kommt. Hinzuweisen ist diesbezüglich jedoch auf die ggf. notwendige Inhaltskontrolle derartiger Anpassungsklauseln, die jedenfalls bei Fremdgeschäftsführern auch eine Überprüfung am Maßstab des § 307 BGB erfordert, da es sich bei diesen um Verbraucher i.S. des § 13 BGB handelt.

Dazu näher *Oetker*, Festschrift für Buchner, 2009, S. 691 (697 f.).

II. Fakultative Errichtung eines Aufsichtsrates bei der mitbestimmungsfreien GmbH und entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch, wenn bei der GmbH auf freiwilliger Basis ein Aufsichtsrat errichtet worden ist. Zwar erklärt § 52 Abs. 1 GmbHG zahlreiche für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft geltende Bestimmungen für entsprechend anwendbar. Hierzu zählt aber nicht § 87 AktG. Auch Überlegungen, ob sich aus dem Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG indirekt eine Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers ableiten lässt, erübrigen sich für die mitbestimmungsfreie GmbH regelmäßig, da § 52 Abs. 1 GmbHG davon abgesehen hat, § 107 Abs. 3 AktG in den Kreis der entsprechend anzuwendenden Vorschriften aufzunehmen.

Ungeachtet dessen wird teilweise bei fehlender statutarischer Regelung für eine analoge Anwendung der §§ 107 bis 109 AktG plädiert (so *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rdnr. 27; *Raiser*, in: *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl. 1990, § 52 Rdnr. 61; *Schneider*, in: *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 52 Rdnr. 70; a.A. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 82). Aus den teilweise eher pauschalen Aussagen ist jedoch nicht zwingend abzuleiten, dass damit auch eine entsprechende Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG befürwortet wird. Dies zeigen exemplarisch die Ausführungen von *Raiser* (in: *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl. 1990, § 52 Rdnr. 61 einerseits und Rdnr. 73 andererseits).

Da sich die Verweisungsnorm ausdrücklich auf § 107 Abs. 4 AktG beschränkt, fehlt eine tragfähige normative Anknüpfung für eine indirekt durch § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG getroffene gesetzliche Anordnung, dass die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers den Vorgaben in § 87 Abs. 1 und 2 AktG unterliegt.

Wie hier *Leitzen*, *Der Konzern* 2010, 87 (90 f.); ebenso *Spindler*, *Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht)*, 2010, S. 4 f.

Die Einbeziehung von § 116 AktG in die Verweisungskette des § 52 Abs. 1 GmbHG rechtfertigt keine gegenteilige Würdigung. Zwar nimmt § 116

Satz 3 AktG ausdrücklich auf § 87 Abs. 1 AktG Bezug, § 52 Abs. 1 GmbHG ordnet die entsprechende Anwendung des § 116 AktG aber ausdrücklich nur für § 93 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG an. Damit bezieht sich die Norm des § 116 AktG im Rahmen der Verweisung durch § 52 GmbHG ausschließlich auf die in § 93 AktG genannten Pflichten, nicht jedoch auf die Verletzung der in § 87 Abs. 1 AktG aufgestellten Vorgaben für die Vergütung.

Ebenso *Greven*, BB 2009, 2154 (2157); *Wachter*, GmbHR 2009, 953 (957).

Allenfalls für den hier auszuklammernden Sonderfall, dass der Gesellschaftsvertrag den aktienrechtlichen Plenarvorbehalt adaptiert, kommt eine gegenteilige Würdigung in Betracht.

Ablehnend jedoch *Baek/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1126); *Greven*, BB 2009, 2154 (2157).

Ungeachtet dessen bleibt jedoch auch bei der freiwilligen Etablierung eines Aufsichtsrates die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag unberührt.

Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 52 Rdnr. 22; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 122.

III. Zwischenergebnis

Bei der mitbestimmungsfreien GmbH fehlt eine tragfähige methodische Grundlage für eine entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG auf die Vergütungsabrede mit dem GmbH-Geschäftsführer. Das gilt ebenfalls, wenn bei der Gesellschaft ein fakultativer Aufsichtsrat besteht. Wegen der unterbliebenen Aufnahme von § 107 Abs. 3 AktG in die Verweisungsnorm des § 52 GmbHG liefert auch der auf Entscheidungen nach § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bezogene Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG keine tragfähige Basis, um bei der mitbestimmungsfreien GmbH mit fakultativ errichtetem Aufsichtsrat § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG zur Anwendung zu bringen. Wegen des beschränkten Inhalts der Verweisungsnorm in § 52 GmbHG verbleiben Inhalt und Ausgestaltung der mit einem GmbH-Geschäftsführer zu treffenden Vergütungsabrede im Aufgaben- und Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung. Eine abweichende und zur Zuständigkeit des Aufsichtsrates führende Problemlösung kommt ausschließlich in Betracht, wenn die Satzung der Gesellschaft diesen Themenkomplex dem Aufsichtsrat als Entscheidungsorgan zugewiesen hat.

C. Rechtslage in der mitbestimmten GmbH

Die vorstehenden Ergebnisse zum Recht der mitbestimmungsfreien GmbH bedürfen einer Überprüfung, wenn die Gesellschaft der Unternehmensmitbestimmung unterliegt, da die hierfür jeweils maßgebenden gesetzlichen Grundlagen für die Binnenorganisation der Gesellschaft das Aktiengesetz in unterschiedlicher Ausprägung auch bei der GmbH für verbindlich erklären. Für die Problemlösung ist jedoch zwischen den verschiedenen Formen der Unternehmensmitbestimmung zu differenzieren, da die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen der Unternehmensmitbestimmung diesbezüglich zum Teil stark voneinander abweichen.

I. Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes auf die GmbH

Unterliegt die GmbH dem DrittelbG, so erstreckt § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG die Geltung des Aktienrechts für die Gesellschaft auf die dort aufgezählten Bestimmungen. Allerdings beschränkt sich die Verweisungsnorm des § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG vor allem auf die Binnenorganisation des Aufsichtsrates und greift die aktienrechtlichen Regelungen zum Vorstand (§§ 76 bis 94 AktG) nur im Hinblick auf dessen Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) auf, wobei es die Verweisungsnorm selbst bezüglich dieser Materie bei einer partiellen Bezugnahme belässt, die § 90 Abs. 1 und 2 AktG ausdrücklich ausklammert.

1. Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Die Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG wird von der allgemeinen Ansicht abschließend verstanden, so dass Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers in der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH nicht der Zuständigkeit des Aufsichtsrates unterliegen, sondern es diesbezüglich bei der in § 46 Nr. 5 GmbHG normierten Kompetenz der Gesellschafterversammlung verbleibt.

Für die allg. Ansicht *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 1 DrittelbG Rdnr. 34; *Kleinsorge*, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 DrittelbG Rdnr. 30; *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 1 DrittelbG Rdnr. 17; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl. 2009, § 1 DrittelbG Rdnr. 22; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 52 Rdnr. 167; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 1 DrittelbG Rdnr. 40; *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 12; *Wißmann*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 286 Rdnr. 2; *Zöllner/Noack*, in:

Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 251. Ebenso unter der Geltung von § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 *Dietz/Richardi*, BetrVG Bd. II, 6. Aufl. 1982, § 77 Rdnr. 22; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl. 2002, § 77 BetrVG 1952 Rdnr. 19; *Heyder*, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 52 Rdnr. 266; *Kraft*, GK-BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 77 BetrVG 1952 Rdnr. 34; *Nipperdey/Säcker*, in: Hueck/ Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. II/2, 7. Aufl. 1970, S. 1529; *Robels*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat der Gesellschaften des § 77 Betriebsverfassungsgesetz, Diss. Köln 1966, S. 66.

Da das DrittelbG wegen der eingeschränkten Reichweite der Verweisungsnorm den gesellschaftsrechtlichen status quo bezüglich des körperschaftsrechtlichen Aktes unberührt lässt, gilt dies ebenfalls für die hiermit verbundene Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag.

Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 1 DrittelbG Rdnr. 34; *Kleinsorge*, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 DrittelbG Rdnr. 30; *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 1 DrittelbG Rdnr. 17; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 174; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 1 DrittelbG Rdnr. 40; *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 12; *Wißmann*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009 § 286 Rdnr. 2. Ebenso bereits unter der Geltung von § 77 BetrVG 1952 *Heyder*, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 52 Rdnr. 266; *Kraft*, GK-BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 77 BetrVG 1952 Rdnr. 34.

Dieser und dessen inhaltliche Ausgestaltung verbleiben deshalb auch dann im Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung, wenn die GmbH dem mitbestimmungsrechtlichen Regime des DrittelbG unterliegt. Ein anderes Ergebnis gilt nur, wenn die Satzung der Gesellschaft die Zuständigkeit für Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auf den nach dem DrittelbG zusammengesetzten Aufsichtsrat überträgt.

Heyder, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 52 Rdnr. 266; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rdnr. 13; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 52 Rdnr. 167; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 1 DrittelbG Rdnr. 40; *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 12.

In dieser Konstellation liegt auch die Zuständigkeit für den Anstellungsvertrag im Sinne einer Annexkompetenz bei dem mitbestimmten Aufsichtsrat.

2. Relativierung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung durch den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG

Die grundsätzliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die körperschaftsrechtlichen Akte sowie den Anstellungsvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer wird nicht durch die Anordnung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG, nach der sich die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates wegen der Verweisung auf die §§ 95 bis 114 AktG auch nach den Bestimmungen in § 107 AktG richten, in Frage gestellt.

Ebenso *Greven*, BB 2009, 2154 (2158); *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 12.

Obwohl die Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH zur Anwendung bringt, wurde aus der dortigen Bezugnahme auf „§ 84 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1“ bislang nicht der Schluss gezogen, dass damit indirekt die Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die in § 84 AktG genannten Entscheidungen begründet wird.

Treffend insoweit auch *Leitzen*, Der Konzern 2010, 87 (89).

Augenscheinlich beruht dies auf einer engen Auslegung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG im Sinne eines Delegationsverbotes, das im Hinblick auf den Aufsichtsrat keine zuständigkeitsbegründende Kraft entfaltet, sondern die Zuständigkeit des Aufsichtsrates voraussetzt.

Treffend *Gittermann*, in: Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 6 Rdnr. 32.

Für diese Sichtweise spricht bereits der Wortlaut der Norm, der ausdrücklich unterbindet, dass ein Ausschuss „an die Stelle des Aufsichtsrates“ tritt, was denkbare nur dann in Betracht kommt, wenn die nicht übertragbaren Aufgaben in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates fallen. Nur unter dieser Voraussetzung kommt eine Substitution des Aufsichtsratsplenums durch einen von diesem gebildeten Ausschuss in Betracht.

Gestützt wird diese Auslegung ferner durch den Zweck der Norm. Den Plenarvorbehalt erstreckt § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bewusst auf solche Aufgaben und Entscheidungen, denen der Gesetzgeber wesentliche Bedeutung für die Gesellschaft beimisst, um hierdurch die Einflussmöglichkeiten und Verantwortlichkeit eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes abzusichern.

Näher dazu *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 20 ff.

In diesem Sinne legitimierte der Gesetzgeber die Einbeziehung der Aufgaben nach § 87 Abs. 1 und 2 AktG in den Plenarvorbehalt ausdrücklich mit dem Ziel, die Transparenz der Vergütungsfestsetzung zu erhöhen.

Siehe *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

Die Norm schützt bei dieser Sichtweise zudem die Minderheit im Aufsichtsrat davor, dass die Aufsichtsratsmehrheit Entscheidungen auf Ausschüsse des Aufsichtsrates überträgt, um auf diese Weise über einen von der Aufsichtsratsmehrheit einseitig zusammengesetzten Aufsichtsratsausschuss eine Einflussnahme der Minderheit auf die Entscheidungsfindung auszuschließen. Auch der Normzweck setzt deshalb denotwendig voraus, dass der Aufsichtsrat überhaupt für die Entscheidung zuständig ist. Ohne Zuständigkeit des Aufsichtsrates läuft das Delegationsverbot denotwendig leer, da es insoweit an einem delegierbaren Aufgabenbereich fehlt.

Ebenso *Leitzen*, *Der Konzern* 2010, 87 (89).

Eine gegenteilige Würdigung könnte allenfalls darauf gestützt werden, dass § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG ausdrücklich die Vorschriften in § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG in Bezug nimmt und hieraus zugleich folgen würde, dass damit die genannte Norm im Sinne einer Weiterverweisung ebenfalls zur Anwendung gelangt. Dieser Auslegung steht jedoch bereits der vorstehend herausgearbeitete Zweck des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG entgegen. Bekräftigt wird dieser zusätzlich durch den Umstand, dass die in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgezählten aktienrechtlichen Vorschriften bei der Aktiengesellschaft ohnehin bereits anwendbar sind, so dass es aus Sicht des Aktienrechts keiner Norm bedarf, die die Geltung der aufgezählten Vorschriften für die Aktiengesellschaft begründet.

Deshalb kann eine abweichende Auffassung ausschließlich auf die Verweisungsnorm in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG gestützt werden. Dann muss sich dieser jedoch im Wege der Auslegung der Wille des Gesetzes entnehmen lassen, dass bei der dem DrittelbG unterliegenden GmbH nicht nur die in der Verweisungsnorm aufgezählten Bestimmungen des Aktiengesetzes, sondern auch die in den Verweisungsobjekten genannten aktienrechtlichen Vorschriften zur Anwendung gelangen sollen.

Für ein derartiges Verständnis lässt sich anführen, dass sich die Verweisungsnorm auf die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates erstreckt. Diese ergeben sich jedoch nicht nur aus den in der Verweisungsnorm genannten Vorschriften, sondern auch aus denjenigen Bestimmungen, die in den Verweisungsobjekten in Bezug genommen werden. So ließe sich im Hinblick auf die von § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG in Bezug genommenen Regelungen in

§ 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG die These vertreten, dass die letztgenannten Vorschriften auch die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates ausgestalten, da diese dem Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung über die Vergütung rechtliche Bindungen auferlegen (so § 87 Abs. 1 AktG) bzw. Handlungskompetenzen für diesen begründen (so § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG).

Andererseits spricht der abschließende Charakter des § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG gegen die vorstehende Auslegung. Da die in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgezählten aktienrechtlichen Vorschriften stets die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates ausgestalten, würde der Verweisungsnorm unterstellt, mit der Aufzählung die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH nur unvollständig abgebildet zu haben. Wegen der detaillierten und selektiven Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG kann hiervon nicht ausgegangen werden. Dementsprechend entspricht es – wie bereits angeführt – der bislang unangefochtenen allgemeinen Ansicht, dass Bestellung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten Gesellschaft grundsätzlich in dem Zuständigkeits- und Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung verbleiben, obwohl § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG die zur Zuständigkeit des Aufsichtsrates führende Norm (§ 84 AktG) ausdrücklich benennt.

Eine weitere Bestätigung für das hier befürwortete restriktive Verständnis der Verweisungsnorm liefert deren historische Entwicklung, die in dem nachfolgend noch zu vertiefenden § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG,

dazu unten C III,

ihren Ausgangspunkt hat. Die dortige pauschale Anordnung einer „sinngemäßen Anwendung“ der aktienrechtlichen Vorschriften für die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates löste zwangsläufig eine breite Kontroverse über die konkrete Reichweite der „sinngemäßen Anwendung“ aus.

Dazu statt aller *Spieker*, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, 1960, S. 9 ff. sowie bereits *A. Hueck*, DB 1951, 185 (186); *Müller/Lehmann*, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, 1952, § 3 Rdnr. 6.

Dementsprechend lässt sich die zeitlich unmittelbar nachfolgende Verweisungsnorm in § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1952, die die anzuwendenden aktienrechtlichen Vorschriften ausdrücklich aufzählte, nur dahingehend verstehen, dass das Gesetz die Auslegungszweifel sowie die bei der Anwendung des § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG erkennbar gewordenen Meinungsunterschiede durch eine abschließende Aufzählung vermeiden wollte.

A. Hueck, BB 1953, 325 (325), der dies zuvor bereits angesichts der offenen Verweisung in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG gefordert hatte (s. A. Hueck, DB 1951, 185, 186); wie hier auch Greiffenhagen, Die Gesellschaft m.b.H. und ihr obligatorischer Aufsichtsrat im Spannungsfeld betriebsverfassungs- und gesellschaftsrechtlicher Gesetzgebung nach der Aktienrechtsreform 1965, Diss. Köln 1967, S. 51. Eine Bestätigung für diese Aussage lässt sich den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. I/1546; BT-Drucks. I/3585) indes nicht entnehmen.

Deshalb war auch die spätere Diskussion zu der Parallelnorm in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG davon geprägt, den Kreis der anzuwendenden aktienrechtlichen Vorschriften zu überprüfen und diesen im Vergleich zu dem damals noch geltenden § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1952 zu erweitern.

So im Grundansatz *Reg. Begr.*, BT-Drucks. 7/2172, S. 27.

Bei der Schaffung des DrittelbG wiederholte sich dieser Vorgang und führte zur Aufnahme von § 170 AktG in die Verweisungsnorm.

Siehe insoweit *Reg. Begr.*, BT-Drucks. 15/2542, S. 11.

Dieser konzeptionelle Ansatz würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn über die in der Verweisungsnorm aufgezählten Verweisungsobjekte hinaus weitere aktienrechtliche Vorschriften bei der mitbestimmten GmbH zur Anwendung gebracht werden, die ausschließlich in dem Verweisungsobjekt genannt sind.

Für das hiesige Verständnis liefert zudem die Verweisungstechnik im MitbestG, bei dem § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG korrespondiert, ein systematisches Argument. Angesichts der vorstehenden Sichtweise zu der auf die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates bezogenen Verweisungsnorm bedurfte es einer weiteren eigenständigen Verweisungsnorm, um auch für die Bestellung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers die Zuständigkeit des (mitbestimmten) Aufsichtsrates zu begründen. Enthalten ist diese in § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG, dessen es nicht bedurft hätte, wenn die Anwendbarkeit der §§ 84, 85 AktG bei der mitbestimmten GmbH bereits indirekt aus dem nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG anwendbaren § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG folgen würde.

3. Relevanz der Haftungsnorm in § 116 AktG für die Zuständigkeitsverteilung und die Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG

Auch die Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG auf § 116 AktG ist für sich allein nicht in der Lage, die Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers bei der dem DrittelbG unterliegenden GmbH zu begründen. Die Vorschrift

des § 116 AktG ordnet die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates nur soweit an, wie dieser für die jeweilige Angelegenheit zuständig ist. Ausschließlich bei einer Verletzung der insoweit bestehenden Rechte und Pflichten kommt eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder über den durch § 116 Satz 1 AktG entsprechend anwendbaren § 93 Abs. 1 und 2 AktG in Betracht. Fehlt es deshalb bereits an einer Zuständigkeit des Aufsichtsrates, so wird diese auch nicht über die Bezugnahme in § 116 Satz 3 AktG auf § 87 Abs. 1 AktG begründet. Vielmehr setzt die Anwendung des § 116 Satz 3 AktG voraus, dass der Aufsichtsrat für die Festsetzung der Vergütung zuständig ist. Nur unter dieser Voraussetzung trifft die Aufsichtsratsmitglieder eine etwaige Pflicht, die Gewährung einer unangemessenen Vergütung zu unterlassen.

Abzulehnen ist auch der Versuch, aus der Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG auf § 116 Satz 3 AktG indirekt die Anwendung von § 87 Abs. 1 AktG auf die Vergütungsabrede des mit dem GmbH-Geschäftsführer abzuschließenden Anstellungsvertrages,

treffend insoweit *Greven*, BB 2009, 2154 (2158); *Leitzen*, Der Konzern 2010, 87 (88); i.E. auch *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 GmbH auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 5,

oder zumindest die Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede abzuleiten. Gegen die letztgenannte Sichtweise spricht bereits der Zweck der Norm, deren Aufgabe nicht in der Haftungsbegründung besteht, sondern die darauf abzielt, die Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrates in Bezug auf die Vergütungsfestsetzung besonders hervorzuheben.

Siehe *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 6 sowie *Fleischer*, NZG 2009, 801 (804); *Seibert*, WM 2009, 1488 (1491).

In dieser Hinsicht hat § 116 Satz 3 AktG keine andere Funktion als § 116 Satz 2 AktG, der ebenfalls die ohnehin nach § 116 Satz 1 AktG i.V. mit § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG bestehende Verpflichtung, Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben zu wahren, betonen und klarstellen soll.

Zu dieser Funktion des § 116 Satz 2 AktG siehe *Hopt/Roth*, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 116 Rdnr. 217 sowie *Drygalla*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 116 Rdnr. 18.

4. Zwischenergebnis

Für die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH ist bezüglich der mit dem GmbH-Geschäftsführer getroffenen Vergütungsabrede festzuhalten, dass auf diese weder unmittelbar noch analog § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG zur Anwendung gelangt. Auch der nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 Drit-

telbG anwendbare § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bzw. § 116 Satz 3 AktG rechtfertigt kein gegenteiliges Resultat. Aufgrund einer Annexkompetenz folgt die Zuständigkeit für die Vergütungsabrede mit dem GmbH-Geschäftsführer der Bestellungskompetenz, die sich bei der dem DrittelbG unterliegenden GmbH wegen der abschließenden Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG ausschließlich nach dem GmbH-Recht richtet, so dass die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Gesellschafterversammlung verbleibt. Im Übrigen gelten die für die mitbestimmungsfreie GmbH herausgearbeiteten Grundsätze in gleicher Weise für die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH.

II. Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH

Unterliegt die GmbH dem MitbestG, ist die Rechtslage im Vergleich zum DrittelbG grundlegend anders. Das betrifft allerdings nicht die Geltung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG, da § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG – ebenso wie § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG – die Vorschrift des § 107 AktG ohne Einschränkungen bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH für anwendbar erklärt.

1. Annexkompetenz des Aufsichtsrates für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Die gänzlich anders gelagerte normative Ausgangslage bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH wird durch die zwingend von der Gesellschafterversammlung auf den Aufsichtsrat verlagerte Kompetenz zur Entscheidung über die Bestellung sowie die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers vermittelt, die § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG festlegt. Abweichend von dem Grundsatz in § 30 MitbestG, dass sich die Rechte und Pflichten des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs nach dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht richten, durchbricht § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG dies für die Kompetenz der Gesellschafterversammlung, indem für Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auch bei der GmbH die §§ 84 und 85 AktG maßgebend sind, die sowohl die Bestellung als auch die Abberufung dem Aufsichtsrat zuweisen. Wegen § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG gilt dies ebenfalls bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH.

Da der Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ausdrücklich nur den körperschaftsrechtlichen Akt benennt, war unmittelbar nach Inkrafttreten des MitbestG umstritten, ob durch diese Zuständigkeitszuweisung auch die Kompetenz für den Anstellungsvertrag auf den Aufsichtsrat verlagert wor-

den ist oder diesbezüglich die Grundsätze des rechtsformspezifischen Gesellschaftsrechts eingreifen und die Kompetenz der Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag,

siehe oben B I,

von der mitbestimmungsgesetzlichen Kompetenzübertragung auf den Aufsichtsrat unberührt bleibt.

Für die letztgenannte Position insbesondere OLG Hamburg 17.12.1982, GmbHR 1983, 98 (99 ff.); *Rittner*, DB 1979, 973 (978); *Werner*, Festschrift für Fischer, 1979, S. 821 (834).

Diese Grundsatzkontroverse soll in dem hiesigen Kontext nicht nochmals aufgegriffen werden, da der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 14. November 1983 den Meinungsstreit zugunsten einer Zuständigkeit des Aufsichtsrates entschieden hat,

BGHZ 89, 48 (57),

und das damalige Judikat heute nicht mehr in Frage gestellt wird.

Zustimmend z.B. *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 31 MitbestG Rdnr. 39; *Heither/von Morgen*, AnwaltKommentar Arbeitsrecht, 2008, § 31 MitbestG Rdnr. 15; *Henssler*, Festschrift 50 Jahre BGH Bd. II, 2000, S. 387 (402); *Heyder*, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 52 Rdnr. 268; *Koberski*, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2008, § 31 MitbestG Rdnr. 35; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 35 Rdnr. 17; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 9. Aufl. 2009, Rdnr. 651; *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 31 MitbestG Rdnr. 10; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rdnr. 172; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 52 Rdnr. 304; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl. 2009, § 31 MitbestG Rdnr. 25; *Stein*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 181; *Wißmann*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 281 Rdnr. 4; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 303.

Seine Entscheidung stützte der Bundesgerichtshof vor allem auf den auch zu § 46 Nr. 5 GmbHG anerkannten,

siehe oben B I,

und sich in § 84 Abs. 1 AktG widerspiegelnden Gleichlauf von Bestelungs- und Anstellungskompetenz.

BGHZ 89, 48 (52 ff.).

Eine höchstrichterliche Klärung liegt damit nur für die Kompetenz des Aufsichtsrates zum Abschluss des Anstellungsvertrages vor. Für dessen Beendigung kann aber wegen der ausdrücklichen Benennung des Widerrufs der Bestellung in § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG kein abweichendes Ergebnis gel-

ten. Auch insoweit trifft die teleologische Argumentation des Bundesgerichtshofes uneingeschränkt zu und ist im Schrifttum inzwischen unbestritten.

Für eine Kompetenz des Aufsichtsrates ausdrücklich z.B. *Koberski*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge*, *Mitbestimmungsrecht*, 3. Aufl. 2008, § 31 MitbestG Rdnr. 40; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, *GmbHG*, 2006, § 52 Rn. 172.

2. Die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers bei der nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten GmbH

a) Problemaufriss

Bezüglich der hier im Fokus stehenden Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers sind drei Fragenkomplexe zu trennen. Erstens gilt es die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob aus der Anstellungskompetenz des Aufsichtsrates zugleich dessen Zuständigkeit für die Vergütungsabrede folgt. Wird diese bejaht, so ist als zweiter Problembereich zu klären, ob der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen über die Vergütung den Bindungen durch § 87 Abs. 1 AktG unterliegt bzw. ggf. nach § 87 Abs. 2 AktG zu einer Herabsetzung der Vergütung berechtigt und unter Umständen verpflichtet ist. Sollte die Anwendung der vorgenannten aktienrechtlichen Vorschriften verneint werden, so wirft dies die weitere Frage auf, ob hieraus zugleich folgt, dass der Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH keine Anwendung findet. Umgekehrt gilt jedoch, dass die (entsprechende) Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG auf die mit dem Geschäftsführer zu treffende Vergütungsabrede zwangsläufig zur Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH führt und für eine etwaige Restriktion die normative Grundlage entfällt.

b) Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Obwohl die Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers im Schrifttum bislang nur selten ausdrücklich thematisiert wird, sind Stellungnahmen, die für eine gespaltene Zuständigkeit plädieren, nicht anzutreffen. Vielmehr wird die Annexkompetenz des Aufsichtsrates für den Anstellungsvertrag in einem umfassenden Sinne verstanden, so dass diese auch dessen inhaltliche Ausgestaltung und damit ebenfalls die dort aufzunehmende Abrede zur Vergütung des GmbH-Geschäftsführers umfasst.

So ausdrücklich *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht*, 2. Aufl. 2006, § 31 Rdnr. 40; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 303.

Wenn aus dem Zweck des § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ein Gleichlauf von Bestellungen- und Anstellungskompetenz folgt,

siehe BGHZ 89, 48 (52 ff.),

dann gilt dies in gleicher Weise für den Inhalt des Anstellungsvertrages, da gerade hierdurch die vom Bundesgerichtshof mit Recht in den Vordergrund gerückte Gefahr besteht, dass die Bestellungs- und Abberufungskompetenz des Aufsichtsrates unterlaufen wird.

Siehe insoweit BGHZ 89, 48 (53 f.).

Dementsprechend geht auch der Bundesgerichtshof in dem genannten Grundsatzurteil von einer Befugnis des Aufsichtsrates aus, „über die Anstellungsbedingungen“ der Organmitglieder „mit zu entscheiden“.

BGHZ 89, 48 (56 f.).

Speziell auf die Vergütungsabrede bezogen hat der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil vom 14. November 1983 zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Aufsichtsrat gehalten sei, „bei seinen Personalentscheidungen ähnliche Grundsätze zu beachten, wie sie die §§ 87 bis 89, insbesondere § 87 Abs. 1 AktG, für das Anstellungsverhältnis der Vorstandsmitglieder aufstellen“.

BGHZ 89, 48 (57).

Ungeachtet der vom Bundesgerichtshof offen gelassenen Frage, ob die genannten aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend anzuwenden sind oder nicht,

BGHZ 89, 48 (57),

hat das Gericht mit der vorstehend wiedergegebenen Stellungnahme unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der Aufsichtsrat bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH auch für die im Anstellungsvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer zu regelnden Vergütungsangelegenheiten zuständig ist. Das gilt nicht nur für die Höhe der Vergütung, sondern auch für die Bestandteile, aus denen sich die Gesamtvergütung zusammensetzt. Ebenso fällt es in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates, eine Entscheidung über die Erhöhung bzw. Herabsetzung der Vergütung zu treffen.

c) *Bindung des Aufsichtsrates an die Vorgaben in § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG*

Während die kompetenzrechtliche Frage – soweit ersichtlich – einheitlich beantwortet wird, liegen bezüglich der Bindung des Aufsichtsrates der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH an die Maßstäbe des § 87 Abs. 1 AktG sowie hinsichtlich der Herabsetzung der Vergütung nach § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG divergierende Stellungnahmen vor. Vor der durch das VorstAG erfolgten Ergänzung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG um die Bezugnahme auf § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG wurde die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften jedoch nur selten ausdrücklich thematisiert. Zustimmend hatten sich insoweit jüngst noch *Ulmer* und *Habersack* geäußert,

Ulmer/Habersack, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 31 Rdnr. 40 sowie zuvor auch *Ulmer*, in: *Hanau/Ulmer*, 1981, § 31 Rdnr. 41; in dieser Richtung auch *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 288, der über § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG i.V. mit den §§ 93, 116 AktG eine mit § 87 AktG inhaltsgleiche Bindung des Aufsichtsrats befürwortet,

während sich *Raiser* und *Veil* gegen die Anwendung des § 87 AktG auf die dem MitbestG unterliegende GmbH wenden.

Raiser/Veil, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl. 2009, § 25 MitbestG Rdnr. 87.

Der Bundesgerichtshof vermied in dem Grundsatzurteil vom 14. November 1983 – wie bereits angeführt – eine ausdrückliche Festlegung, plädierte jedoch zumindest für die Beachtung „ähnlicher Grundsätze“,

BGHZ 89, 48 (57),

und stützte sich in einem späteren Urteil vom 20. Dezember 1994 für eine Herabsetzung der Vergütung des GmbH-Geschäftsführers auf „§ 242 BGB i.V. mit einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 2 AktG“, ohne diese Aussage zudem auf die dem MitbestG unterliegende GmbH zu beschränken.

BGH 20.12.1994, GmbHR 1995, 654 (655).

Während die bisherige Diskussion vollständig von der Frage dominiert war, ob aus der Annexkompetenz des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers zugleich das Gebot einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG folgt, hat die Ergänzung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG um die vorgenannten Bestimmungen die Frage aufgeworfen, ob bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH

über den nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG anwendbaren § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auch die Anwendbarkeit von § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG begründbar ist.

Gegen eine derartige Interpretation des Plenarvorbehalts sprechen gewichtige Gründe. Bereits im Rahmen der Ausführungen zur Rechtslage bei der dem DrittelbG unterliegenden GmbH wurde festgehalten, dass es nicht dem Zweck des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG entspricht, zuständigkeitsbegründende Wirkungen zu entfalten.

siehe oben C I 2.

Die Norm soll ausdrücklich das Plenum des Aufsichtsrates und damit die Mitwirkungsrechte sowie Einflussnahmemöglichkeiten des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes vor einer Delegation auf vom Aufsichtsrat gebildete Ausschüsse abschirmen. Angesichts dieses eingeschränkten Zwecks wurde vorstehend ebenfalls herausgearbeitet, dass § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG nicht bezweckt, die dort genannten aktienrechtlichen Vorschriften bei anderen Rechtsformen zur Anwendung zu bringen, sondern vielmehr setzt die Norm bei isolierter Betrachtung voraus, dass die in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgenommenen Vorschriften auf die Gesellschaft bereits anwendbar sind. Dementsprechend fehlen für den Versuch, aus § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH zu begründen, tragfähige Anhaltspunkte.

Bestätigt wird diese Sichtweise durch die Entstehungsgeschichte, da sich die Ergänzung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG um „§ 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2“ ausdrücklich auf die Empfehlungen des Corporate Governance Kodex bezog und der Gesetzgeber bewusst über diese hinausgehen wollte.

Siehe *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

Keineswegs entsprach es deshalb der Absicht des Gesetzgebers, mit der Erweiterung des Plenarvorbehalts zugleich die neu aufgenommenen Vorschriften bei anderen Rechtsformen zur Anwendung zu bringen.

Treffend insoweit auch *Seibert*, WM 2009, 1489 (1490).

Dieses auf § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bezogene Zwischenergebnis hat indes für die grundsätzliche Frage nach einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH entgegen dem Grundtenor bei *Habersack*

ZHR Bd. 174 (2010), 2 (6 ff.)

nur einen begrenzten Aussagewert. Fest steht damit lediglich, dass sich die Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterlie-

genden GmbH nicht auf § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG stützen lässt. Hierfür bedarf es vielmehr – wie bereits zu der dem DrittelbG unterliegenden GmbH hervorgehoben

siehe oben C I 2

– einer anderweitigen Rechtsgrundlage.

Als solche scheidet § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG aus den zu § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG bereits dargelegten Grundsätzen aus.

Ebenso *Seibert*, WM 2009, 1489 (1490).

Die Verweisungsnorm des § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG bezieht sich ausschließlich auf die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates und will zu diesem Zweck die in der Verweisungsnorm aufgezählten Vorschriften abweichend von dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht auch bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH zur Anwendung bringen. Keinesfalls reicht der Zweck der Verweisungsnorm auch so weit, dass die in den Verweisungsobjekten genannten aktienrechtlichen Vorschriften bei der GmbH anwendbar werden. Das gilt ebenfalls, soweit § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG die Vorschrift des § 116 AktG für anwendbar erklärt. Allein der dortige Rückgriff in Satz 3 auf § 87 Abs. 1 AktG führt nicht dazu, dass allein hierdurch die Vorschrift des § 87 Abs. 1 AktG bei anderen Rechtsformen gilt.

Treffend insoweit auch *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (6 f.), im Anschluss an den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, S. 16; siehe ferner auch oben C I 3.

Der Rückblick auf die Diskussion vor den durch das VorstAG in das Aktiengesetz eingefügten Änderungen zeigt indes, dass die entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG unabhängig von § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG und den dortigen Verweisungen auf § 107 AktG bzw. § 116 AktG zu diskutieren ist. Die alleinige Fokussierung der gegenwärtigen Diskussion auf die letztgenannten Gesetzesänderungen leidet deshalb unter einer Verengung der Argumentation. Vielmehr bedarf es unabhängig von § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG der Prüfung, ob § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH aufgrund einer entsprechenden Gesetzesanwendung gilt.

Die Änderungen des Aktiengesetzes durch das VorstAG können bei dieser Perspektive allenfalls insoweit von Bedeutung sein, dass nunmehr eine die Analogie versperrende planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes im Hinblick auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers zu verneinen ist.

So deutlich *Feddersen/von Cube*, NJW 2010, 576 (577).

Hierfür lassen sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte des VorstAG keine tragfähigen Anhaltspunkte ableiten. Auch die Aussage in dem Bericht des Rechtsausschusses, dass die Anwendung des § 116 AktG bei der „GmbH mit Aufsichtsrat“ bei dieser nicht zur Anwendbarkeit des geänderten § 87 AktG führt,

siehe BT-Drucks. 16/13433, S. 16,

steht einer Analogie nicht entgegen.

A.A. jedoch *Greven*, BB 2009, 2154 (2158 f.). *Düring/Grau*, DB 2009, 2139 (2140), bewerten die Ausführungen des Rechtsausschusses immerhin als unklar.

Die Willensbekundung des Rechtsausschusses bezieht sich nicht generell auf jede GmbH, bei der ein Aufsichtsrat gebildet worden ist, sondern vor allem auf solche Gesellschaften mit einem fakultativen Aufsichtsrat. Dies folgt aus der in dem Bericht des Rechtsausschusses unmittelbar zuvor getroffenen Aussage, dass es bei der GmbH den Eigentümern überlassen bleiben kann, die richtigen Instrumente zur Berücksichtigung des Nachhaltigkeitsgedankens zu kreieren. Wegen der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Eigentümer der Gesellschaft kann sich die nachfolgende Aussage zur „GmbH mit Aufsichtsrat“ ausschließlich auf solche Gesellschaften beziehen, bei denen die Gesellschafterversammlung über die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers entscheidet.

Diesen Zusammenhang vernachlässigt *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (8), bei seiner gegenteiligen Würdigung; im Ansatz wie hier *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 6.

Dies ist jedoch ausschließlich bei der mitbestimmungsfreien GmbH und bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH der Fall. Für die dem MitbestG unterliegenden GmbH trifft dies demgegenüber wegen der Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers nicht zu.

Für die Diskussion einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG ist jedoch ungeachtet dessen eine differenzierende Würdigung notwendig, da die genannten Vorschriften nicht durchgängig auf die GmbH übertragbar sind. Dies ist ohne weiteres für das Nachhaltigkeitsgebot in § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG zu verneinen, da § 87 Abs. 1 AktG dieses entgegen dem ursprünglichen Vorhaben,

siehe *Fraktionsentwurf*, BT-Drucks. 16/12278, S. 3,

ausdrücklich auf börsennotierte Aktiengesellschaften beschränkt.

Ebenso *Baeck/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1123).

Schon die aus der Entstehungsgeschichte des VorstAG abzuleitende Eingrenzung zeigt, dass eine Ausdehnung von § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG auf nicht börsennotierten Gesellschaften im Widerspruch zu dem ausdrücklich bekundeten Willen des Gesetzgebers steht, so dass ein Analogieschluss für die GmbH aus methodischen Gründen ausschiedet.

Demgegenüber bietet die Generalklausel in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG einen äußerst flexiblen Maßstab, der auch den strukturellen Besonderheiten der jeweiligen GmbH Rechnung tragen kann. Die mit § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit ist bei der GmbH zwar nicht generell, wohl aber dann geboten, wenn nicht die Gesellschafterversammlung, sondern der Aufsichtsrat über die Vergütung entscheidet, da die Vorschrift in dieser Konstellation vollständig ihren Zweck entfalten kann, auch die Eigentümer der Gesellschaft vor übermäßigen Bezügen für die Geschäftsführungsorgane zu schützen.

In dieser Richtung auch *Baeck/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1123); gegen die entsprechende Anwendung des § 87 Abs. 1 AktG jedoch ausdrücklich *Feddersen/von Cube*, NJW 2010, 576 (577 f.); *Greven*, BB 2009, 2154 (2158 f.) sowie im Grundsatz ebenfalls *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 7 f.

Gerade um die Vermögensinteressen der Gesellschafter zu schützen bzw. diese vor untragbaren Belastungen zu bewahren, hat der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil vom 14. November 1983 deshalb zu Recht die Bindung an die in § 87 Abs. 1 AktG ausgeformten Grundsätze befürwortet.

Hierzu BGHZ 89, 48 (57).

Wird vor allem die Verlagerung der Entscheidungszuständigkeit von der Gesellschafterversammlung (Eigentümer) auf den Aufsichtsrat und die hieraus resultierende Notwendigkeit eines Schutzes der Eigentümer für die Legitimation eines Analogieschlusses herangezogen, dann rechtfertigt dies auch die entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG auf die dem MitbestG unterliegende GmbH.

Hierzu tendierend *Baeck/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1123); a.A. *Gaul/Janz*, GmbHHR 2009, 959 (961); *Greven*, BB 2009, 2154 (2159).

Somit ist für die dem MitbestG unterliegende GmbH festzuhalten, dass der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen zur Vergütung des GmbH-Geschäftsführers aufgrund einer entsprechenden Anwendung an die Vorgaben in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gebunden bzw. ggf. zur Herabsetzung der

Vergütung analog § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG berechtigt ist. Auf die durch § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG vorgegebene Verweisung auf die §§ 107 Abs. 3 Satz 3, 116 Satz 3 AktG lässt sich dieses Resultat indes nicht stützen. Die genannten Vorschriften und die Entstehungsgeschichte der dortigen Bezugnahme auf § 87 Abs. 1 AktG bzw. § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG stehen einem auf die dem MitbestG unterliegende GmbH beschränkten Analogieschluss indes nicht entgegen.

d) Anwendbarkeit des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers

Auf der Grundlage des vorstehenden Resultats ist die Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf die Festsetzung der Vergütung sowie deren ggf. gebotene Herabsetzung bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH unproblematisch. Selbst bei einem restriktiven Verständnis, das die Anwendung des Plenarvorbehalts davon abhängig macht, dass die in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG genannten Normen bei der Gesellschaft Anwendung finden,

hierfür *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (9 f.) sowie zuvor *Greven*, BB 2009, 2154 (2159); in der Tendenz auch *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage zu Heft 26, S. 10,

bedeutet es vor dem Hintergrund des Normzwecks keinen Unterschied, ob die Anwendung der in Bezug genommenen aktienrechtlichen Vorschriften auf einer unmittelbaren oder einer entsprechenden Gesetzesanwendung beruht.

Indes führt auch ein gegenteiliges Verständnis, das den Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen zur Vergütung des GmbH-Geschäftsführers ausschließlich an die allgemeinen GmbH-rechtlichen Grundsätze bindet,

dazu oben B I,

nicht zwangsläufig dazu, dass bezüglich dieser Entscheidungen der Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG wegen der ausgeschlossenen Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG unanwendbar ist.

So im Ansatz zutreffend bereits *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG 2009, Beilage zu Heft 26, S. 9 f.; ebenso *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 8; im Grundsatz konzidiert dies auch *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (9).

Dementsprechend stellen auch diejenigen Autoren im Schrifttum, die zwar die Anwendung des § 87 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AktG bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH ablehnen, weder die Zuständigkeit des Auf-

sichtsrates für die Entscheidungen zur Vergütung noch generell die Anwendung des Plenarvorbehalts in Frage. Vielmehr befürworten diese teilweise ausdrücklich, dass der Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auch im Hinblick auf die Entscheidung zur Vergütung trotz der abgelehnten entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH anwendbar ist.

Mit diesem Ansatz *Baack/Götze/Arnold*, NZG 2009, 1121 (1126); *Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 (962 f.); *Leitzen*, Der Konzern 2010, 87 (90); *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121 (127 f.); *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 8 ff.; i.E. auch *Köstler*, in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Angemessene Vorstandsvergütung, 3. Aufl. 2009, S. 25 (30).

Andererseits wird jedoch – wie bereits ausgeführt – aus der fehlenden Anwendbarkeit von § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH zugleich geschlossen, dass der hierauf bezogene Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der GmbH vollständig leerläuft, da dem Aufsichtsrat keine Aufgaben nach § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG zustünden.

So bereits *Greven*, BB 2009, 2154 (2159) sowie im Anschluss *Habersack*, ZHR Bd. 174 (2010), 2 (9 f.); im Ergebnis auch *Feddersen/von Cube*, NJW 2010, 576 (578 ff.).

Da § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG lediglich die Funktion hat, die dem Aufsichtsratsplenium vorbehaltenen „Aufgaben“ aufzuzählen, ist der These, der Plenarvorbehalt greife nur ein, wenn die genannte Vorschrift selbst bei der Gesellschaft unmittelbar anwendbar ist, jedoch zu widersprechen. Bei Gesellschaften, die nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft verfasst sind, ist der über § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG anwendbare § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG vielmehr dahin anzuwenden, dass es genügt, wenn der Aufsichtsrat für die Angelegenheiten zuständig ist, die in den dort aufgezählten Vorschriften umschrieben wird. Für die Anwendung des Plenarvorbehalts bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH reicht es deshalb aus, dass der Aufsichtsrat für die Festsetzung bzw. Herabsetzung der Vergütung zuständig ist. Methodisch folgt dies sowohl aus dem Zweck des Plenarvorbehalts als auch aus der Norm, die die Anwendung des rechtsformfremden Gesellschaftsrechts vorschreibt.

In § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG hat der Gesetzgeber zwar im Unterschied zu § 52 Abs. 1 GmbHG davon abgesehen, die aktienrechtlichen Vorschriften lediglich für „entsprechend“ anwendbar zu erklären, in der Sache führt aber auch eine teleologische Auslegung des § 25 Abs. 1 Satz 1 Mit-

bestG zu diesem Ergebnis. Mit der Verweisungsnorm will der Gesetzgeber zwar den Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH weitgehend dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gleichstellen, ohne indes Modifikationen infolge struktureller Besonderheiten des GmbH-Rechts auszuschließen. Diese methodische Offenheit der Verweisungsnorm ist sowohl in § 52 Abs. 1 GmbHG als auch in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG ausdrücklich zum Ausdruck gelangt, gilt in gleicher Weise jedoch ebenfalls für die Verweisungsnormen in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG sowie § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG.

Treffend bereits zu dem insoweit mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG übereinstimmenden § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1952 *Dietz*, Festschrift für H. Lehmann Bd. II, 1956, S. 693 (695); *Kreifels*, GmbHR 1955, 176 (177) sowie im Anschluss *Greiffenhagen*, Die Gesellschaft m.b.H. und ihr obligatorischer Aufsichtsrat im Spannungsfeld betriebsverfassungs- und gesellschaftsrechtlicher Gesetzgebung nach der Aktienrechtsreform 1965, Diss. Köln 1967, S. 50 ff.

Tragfähige Anhaltspunkte für ein unterschiedliches methodisches Verständnis sind nicht erkennbar. Die Vorschrift des § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG bezieht sich ausschließlich auf die Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates und will auch nur insoweit § 107 AktG bei der GmbH zur Anwendung bringen. Keineswegs entspricht es dem Zweck der Norm, zugleich die in den Verweisungsobjekten genannten anderen Bestimmungen des Aktiengesetzes indirekt bei der GmbH ebenfalls zur Anwendung zu bringen. Das ist insbesondere dann offenkundig, wenn diese Normen inhaltliche Regelungen betreffen, die über die Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates hinausgehen. Dementsprechend ist der über § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG entsprechend geltende § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH so anzuwenden, dass lediglich die in § 87 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG umschriebene Aufgabe (Festsetzung und ggf. Herabsetzung der Vergütung) dem Plenum vorbehalten bleibt.

Auch wenn nach der hier abgelehnten Auffassung § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG keine entsprechende Anwendung auf die dem MitbestG unterliegende GmbH findet, folgt hieraus nicht die Unanwendbarkeit des hieraus bezogenen Plenarvorbehalts, da es nicht dessen Zweck entspricht, die materiellen Kriterien für die Entscheidungsfindung vorzugeben. Vielmehr folgen diese aus dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht, bei der GmbH als aus den eingangs skizzierten Grundsätzen zur Treuepflicht,

siehe oben B I,

sofern nicht § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG für entsprechend anwendbar erachtet wird.

Ebenso *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 11.

Kein zwingendes Argument gegen die vorstehend befürwortete Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auch im Hinblick auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des VorstAG gewinnen. Allerdings reagiert das Gesetz auf fehlerhafte Verhaltensanreize infolge kurzfristig ausgerichteter Vergütungsinstrumente,

siehe *Fraktionsbegründung*, BT-Drucks. 16/12278, S. 5,

und will zu diesem Zweck die Stellung des Aufsichtsrates verstärken und verhindern, dass er diese vom Gesetzgeber als wichtig eingestufte Aufgabe zur endgültigen Behandlung in einen Ausschuss verlagert.

Fraktionsbegründung, BT-Drucks. 16/12278, S. 5.

Dementsprechend nimmt die Gesetzesbegründung zu der in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG erfolgten Ergänzung ausdrücklich auf den für börsennotierte Gesellschaften maßgeblichen Corporate Governance Kodex Bezug.

Fraktionsbegründung, BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

Hieraus folgt indes nicht, dass der auf die Vergütungsabrede bezogene Plenarvorbehalt ausschließlich bei börsennotierten Gesellschaften zur Anwendung gelangt. Im Gegensatz zu § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG, dessen Anwendungsbereich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ausdrücklich auf diese Gesellschaften beschränkt wurde, hat das VorstAG bei der Ergänzung des Plenarvorbehalts auf eine vergleichbare Einschränkung verzichtet. Deshalb findet der neu gefasste § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei allen Aktiengesellschaften und damit auch für die nichtbörsennotierte, insbesondere auch auf die sog. kleine Aktiengesellschaft Anwendung.

Treffend auch *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 10.

Angesichts dieses aktienrechtlichen Befundes lassen sich auch aus der fehlenden Orientierung der GmbH am Kapitalmarkt keine durchgreifenden Argumente gegen eine Anwendung des Plenarvorbehalts bei der GmbH ableiten. Diese ist nicht weniger kapitalmarktfern als eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft

Gegen die Anwendung der durch das VorstAG erfolgten Ergänzung in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG haben sich indes *Feddersen* und *von Cube* jüngst

mit der These gewandt, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG ordne lediglich eine auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des MitbestG bezogene statische Verweisung an, so dass spätere Änderungen des Verweisungsobjekts bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH keine Anwendung finden.

Feddersen/von Cube, NJW 2010, 576 (578 ff.).

Zu konstatieren ist zwar, dass § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG davon abgesehen hat, auf die aktienrechtlichen Vorschriften „in ihrer jeweiligen Fassung“ zu verweisen, gleichwohl folgt aber aus dem Zweck der Norm der Regelungsgehalt einer dynamischen Verweisung.

Ebenso *Spindler*, Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf die mitbestimmte GmbH (unveröffentlicht), 2010, S. 4.

Die Verweisungsnorm in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG ist von dem Bestreben geleitet, die rechtlichen Rahmenbedingungen für den bei der GmbH gebildeten Aufsichtsrat denjenigen Bestimmungen anzugleichen, die für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gelten. Bei dieser Zielsetzung mag es gerechtfertigt sein, einzelne aktienrechtliche Vorschriften (z.B. die nur für börsennotierte Gesellschaften gelten) wegen der besonderen Struktur der GmbH von der Verweisung auszunehmen. Das Verständnis einer statischen Verweisung würde die Zielsetzung des Gesetzes jedoch konterkarieren, da es den vom Gesetzgeber gewollten Gleichlauf des für den Aufsichtsrat maßgeblichen Rechtsrahmens zerstören würde.

Hierdurch ist allerdings durch das VorstAG für die dem MitbestG unterliegende GmbH eine gravierende Rechtsänderung eingetreten, da bislang einhellig anerkannt war, dass zwar die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers nicht auf einen Ausschuss des Aufsichtsrates übertragen werden durften, dies aber nicht für den Abschluss und den Inhalt des Anstellungsvertrages galt.

Siehe die Nachweise oben A.

Im Grundsatz gilt dies unverändert. Nicht anders als bei der dem MitbestG unterliegenden Aktiengesellschaft ist hiervon jedoch nunmehr auch bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH die Festsetzung der Vergütung und ggf. deren Herabsetzung ausgenommen. Hierüber hat stets abschließend das Aufsichtsratsplenum zu entscheiden, ohne indes die vorbereitende Tätigkeit eines vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschusses auszuschließen.

3. Zwischenergebnis

Für die dem MitbestG unterliegende GmbH ist festzuhalten, dass der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung über die Festsetzung der Vergütung auf-

grund einer entsprechenden Gesetzesanwendung an § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gebunden ist und sich für eine ggf. notwendige Herabsetzung der Vergütung auf § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG stützen kann. Angesichts dessen fehlt für ein restriktives Verständnis des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bereits im Ansatz die Grundlage. Im Ergebnis gilt dies auch, wenn entgegen der hier befürworteten Ansicht eine entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG abgelehnt wird. Der Plenarvorbehalt setzt wegen der bei Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG gebotenen entsprechenden Anwendung lediglich voraus, dass der Aufsichtsrat für die jeweilige Angelegenheiten zuständig ist, die § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG durch eine Bezugnahme auf die jeweiligen aktienrechtlichen Vorschriften abschließend aufzählt. Wegen der Annexkompetenz zur Bestellungskompetenz,

siehe oben C II 1,

ist dies bei der mit MitbestG unterliegenden GmbH zu bejahen. Die Festsetzung der Vergütung in dem Anstellungsvertrag sowie die Entscheidung über eine ggf. gebotene Herabsetzung der Vergütung bleibt deshalb dem Plenum des Aufsichtsrates vorbehalten, wenn dieser bei einer GmbH nach dem MitbestG zu bilden ist.

III. Anwendung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH

Die Ergebnisse für die dem MitbestG unterliegende GmbH gelten im Ausgangspunkt ebenfalls, wenn bei einer als GmbH verfassten Gesellschaft das Montan-MitbestG zur Anwendung gelangt.

1. Annexzuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Wie § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG erklärt auch § 12 Montan-MitbestG bezüglich der Geschäftsführer der GmbH die Vorschrift des § 84 AktG für die Bestellung und deren Widerruf für anwendbar. Angesichts dieses Normbefundes kann die Kernaussage des Bundesgerichtshofes zur Annexkompetenz des Aufsichtsrates für den Anstellungsvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer,

siehe BGH 14.11.1993, BGHZ 89, 48 (50 ff.),

nicht auf die dem MitbestG unterliegende GmbH beschränkt bleiben, sondern beansprucht in gleicher Weise Gültigkeit, wenn die GmbH dem Montan-MitbestG unterliegt. Damit ist ein dort gebildeter Aufsichtsrat nicht nur für Begründung und Beendigung des mit dem GmbH-Geschäftsführer abgeschlossenen Anstellungsvertrages, sondern auch für dessen Inhalt zuständig.

Ebenso *Heither/von Morgen*, *AnwaltKommentar Arbeitsrecht*, 2008, § 12 Montan-MitbestG Rdnr. 4; *Heyder*, in: *Michalski, GmbHG*, 2002, § 52 Rdnr. 268; *Köstler/Zachert/Müller*, *Aufsichtsratspraxis*, 9. Aufl. 2009, Rdnr. 651; *Krieger*, *Personalentscheidungen des Aufsichtsrats*, 1981, S. 281 mit Fn. 12; *Lenz*, in: *Michalski, GmbHG*, 2002, § 35 Rdnr. 117; *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG*, 2006, § 35 Rdnr. 174; *Overlack*, *ZHR* Bd. 141 (1977), 125 (133); *Seibt*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 12 Montan-MitbestG Rdnr. 2; *Spieker*, *Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH*, 1960, S. 82; *Stein*, in: *Hachenburg, GmbHG*, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 180; *Werner*, *Festschrift für Fischer*, 1979, S. 821 (823).

Dies schließt die Entscheidung über die Festsetzung und ggf. Herabsetzung der Vergütung ein, wobei auch der bei einer montan-mitbestimmten GmbH gebildete Aufsichtsrat aus den zum MitbestG dargelegten Gründen,

siehe oben C II 2c,

aufgrund einer entsprechenden Gesetzesanwendung bei der Festsetzung der Vergütung an die Vorgaben in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gebunden bzw. nach § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG zu einer Herabsetzung der Vergütung berechtigt ist.

2. Gebot einer „sinngemäßen“ Anwendung des Aktienrechts (§ 3 Abs. 2 Montan-MitbestG)

a) *Allgemeine Grundsätze zur Reichweite der Verweisungsnorm*

Im Gegensatz zum DrittelbG und zum MitbestG kennt das Montan-MitbestG keine Vorschrift, die bezüglich der Aufgaben sowie der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates auf einzelne Bestimmungen des Aktiengesetzes verweist. Vielmehr beschränkt sich die für die GmbH maßgebliche Vorschrift (§ 3 Montan-MitbestG) darauf, in Abs. 2 bezüglich der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates pauschal die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäß zur Anwendung zu bringen („finden die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäß Anwendung“). Die Konkretisierung dieser Verweisung bereitet allerdings Schwierigkeiten,

kritisch bereits *A. Hueck*, *DB* 1951, 185 (186 f.),

die nur im Ansatz durch die nach Inkrafttreten des Montan-MitbestG verabschiedeten und detaillierter gefassten Verweisungsnormen in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG sowie § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG abgemildert werden.

Da § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG vergleichbar mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG das Aktienrecht für die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates bei der GmbH zur Anwendung

bringen will, rechtfertigt dies zumindest die Grundaussage, dass die Verweisungsnorm des Montan-MitbestG jedenfalls nicht hinter den Verweisungsnormen in den zeitlich nachfolgenden Gesetzen zur Unternehmensmitbestimmung zurückbleibt,

ebenso im Ergebnis *Wißmann*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 283 Rdnr. 19,

und damit über die Aufzählung in § 52 Abs. 1 GmbHG hinausgeht.

So auch *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 3b; *Heither/von Morgen*, AnwaltKommentar Arbeitsrecht, 2008, § 3 Montan-MitbestG Rdnr. 2; *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 3 Montan-MitbestG Rdnr. 1.

Darüber hinaus folgt aus dem Verzicht in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG auf eine Konkretisierung durch einzelne aktienrechtliche Vorschriften (Verweisungsobjekte), dass die Verweisungsnorm inhaltlich sogar über § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG hinausgeht.

Ebenso *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 3 Montan-MitbestG Rdnr. 2.

Diese weiter reichende Anwendung der Verweisungsnorm rechtfertigt sich durch den großzügiger gefassten Anknüpfungspunkt in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, der über die „innere Ordnung und die Beschlussfassung“ (so § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG) bzw. die „Zusammensetzung“ (so § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG) hinausgeht und sich neben den „Rechten und Pflichten“ generell „auf den Aufsichtsrat“ erstreckt („Auf den Aufsichtsrat, seine Rechte und Pflichten ...“) und damit den „Rechten und Pflichten“ des Aufsichtsrates lediglich exemplarische Bedeutung beimisst. Bereits der unterschiedliche Ansatzpunkt für die „sinngemäße Anwendung“ schließt es deshalb aus, die inhaltliche Reichweite der Verweisungsnorm in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG mit den Verweisungsnormen in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG gleichzusetzen.

Schließlich rechtfertigt es die ausdrückliche Anordnung einer „sinngemäßen Anwendung“, dass diejenigen Vorschriften des Aktiengesetzes bei der montan-mitbestimmten GmbH keine Anwendung finden, die mit der besonderen Struktur einer GmbH unvereinbar sind.

So bereits *Fitting*, BArbBl. 1951, 203 (204); *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 3b; *Kötter*, Mitbestimmungsrecht, 1951, § 3 Anm. 6 sowie nachfolgend *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 3 Montan-MitbestG Rdnr. 1.

Ebenso legitimiert es das vom Gesetz proklamierte Gebot einer entsprechenden Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften diese ggf. mit den

GmbH-rechtlichen Rahmenbedingungen zu harmonisieren, ohne hierdurch indes den vom Gesetz gewollten Gleichlauf mit der Rechtsstellung des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft bei der montan-mitbestimmten GmbH preiszugeben. Dementsprechend ist unstreitig, dass bei der Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG die Geschäftsführer an die Stelle der Vorstandsmitglieder treten und in gleicher Weise die Gesellschafterversammlung an die Hauptversammlung tritt.

Statt aller *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 2b.

b) Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH

Im Hinblick auf den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG folgt aus den vorstehenden Grundsätzen ungeachtet der konkreten Reichweite der Verweisungsnorm in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG die Anwendbarkeit der Norm bei der montan-mitbestimmten GmbH.

In der Sache auch diejenigen Autoren, die § 92 Abs. 4 AktG 1937, auf den § 107 Abs. 3 AktG zurückgeht, über § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG zur Anwendung bringen; so *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 2b; *Spieker*, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, 1960, S. 70 f.

Das gilt selbst bei einem engen, auf die Reichweite der Verweisungsnormen in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG beschränkten Verständnis, da beide Vorschriften § 107 AktG für die mitbestimmte GmbH zur Anwendung bringen.

Bezüglich der Anwendung des Plenarvorbehalts bei der montan-mitbestimmten GmbH folgt somit bereits aus den vorstehenden Ergebnissen zu der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH,

siehe oben C II 2d,

dass selbst eine gegenteilige Würdigung zur entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG nicht dazu führt, dass die Entscheidungen zur Festsetzung der Vergütung sowie zu deren Herabsetzung dem Aufsichtsratsplenium vorenthalten werden dürfen.

Bei der montan-mitbestimmten GmbH gilt dies erst recht, da § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG ausdrücklich eine „sinngemäße“ Anwendung vorschreibt. Schon aus diesem Grunde kommt es für die Reichweite des Plenarvorbehalts nicht darauf an, ob die in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgezählten aktienrechtlichen Vorschriften bei der GmbH anwendbar sind. Es genügt vielmehr, dass der Aufsichtsrat für die dort umschriebenen Aufgaben zuständig

ist. Dies ist aufgrund seiner Annexkompetenz auch für die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers zu bejahen,

siehe oben C III 1,

so dass die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG umschriebenen Entscheidungen selbst dann dem Plenum des Aufsichtsrates vorbehalten sind, wenn sich diese – entgegen der hier befürworteten Ansicht – in materieller Hinsicht ausschließlich nach den Grundsätzen richten, die für die mitbestimmungsfreie GmbH skizziert wurden.

Siehe oben B I.

c) Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH über § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG

Nicht zweifelsfrei ist die Reichweite des § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG für die Anwendung von § 87 Abs. 1 und Abs. 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH, da die durch § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG vermittelte Anwendung dieser Vorschriften über die Verweisungsnormen in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG hinausgehen würde. Ein derart extensives Verständnis der Verweisungsnorm hat im Schrifttum verbreitet Zustimmung erfahren.

So im Hinblick auf die §§ 77, 78 AktG 1937, die den §§ 87, 88 AktG vorangingen, *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 3b; *Müller/Lehmann*, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, 1952, § 3 Rdnr. 41; *Spieker*, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, 1960, S. 86 ff.

Damit ließe sich die entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH nicht nur auf die für nach dem MitbestG mitbestimmte GmbH maßgebenden Erwägungen,

siehe oben C II 2c,

sondern auch auf das in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG normierte Gebot einer „sinngemäßen Anwendung“ des Aktienrechts stützen.

Zweifelhaft ist allerdings, ob sich die verbreitet befürwortete Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH auf die Verweisungsnorm stützen lässt, soweit diese die aktienrechtlichen Vorschriften für die „Rechte und Pflichten“ des Aufsichtsrates für „sinngemäß“ anwendbar erklärt. Der Wortlaut der Verweisungsnorm schließt dieses Verständnis nicht aus, da § 87 Abs. 1 und 2 AktG auch Pflichten des Aufsichtsrates begründet, die dieser sowohl bei der Festsetzung der Vergütung als auch im Hinblick auf deren Herabsetzung zu beachten hat. Aus dieser Per-

spektive gestaltet deshalb § 87 Abs. 1 und 2 AktG auch die Pflichten des Aufsichtsrates aus.

Dem lässt sich allerdings die systematische Stellung des § 87 Abs. 1 und 2 AktG entgegenhalten. Die dortigen Vorschriften dienen primär dazu, die Vergütung der Vorstandsmitglieder gesetzlich zu strukturieren. Im Hinblick auf den materiellen Regelungsgehalt handelt es sich um Normen zur Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Vorstandes, die an die vom Aktiengesetz vorgegebene Zuständigkeit des Aufsichtsrates für den Abschluss und Inhalt des Anstellungsvertrages anknüpfen.

Gestützt werden die systematischen Bedenken zusätzlich durch die Systematik des Montan-MitbestG, das in dem Zweiten Teil die Vorschriften zum Aufsichtsrat und im Dritten Teil diejenigen zum Vorstand zusammenfasst. Bezüglich der Bestimmungen zum Vorstand beschränkt sich § 12 Montan-MitbestG jedoch darauf, § 76 Abs. 3 AktG sowie § 84 AktG in Bezug zu nehmen, die §§ 87 bis 89 AktG jedoch nicht benennt. Allerdings lässt sich der Norm nicht zwingend entnehmen, hierdurch abschließend die Rechte und Pflichten des zur gesetzlichen Vertretung befugten Organs auszugestalten, da sich die Bezugnahme auf das Aktienrecht ausschließlich auf die Bestellung und deren Widerruf beschränkt.

Die bislang unangefochtene Ansicht lässt sich jedoch darauf stützen, dass die Verweisungsnorm in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG für die „sinngemäße Anwendung“ des Aktienrechts einen weiter gefassten Anwendungsbereich hat. Gemeinsam mit § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG erstreckt sich § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG zwar auch auf die „Rechte und Pflichten“, im Unterschied zu den anderen mitbestimmungsrechtlichen Verweisungsnormen bezieht § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG die „sinngemäße Anwendung“ aber pauschal „auf den Aufsichtsrat“. Sowohl § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG als auch § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG sind demgegenüber deutlich enger gefasst und erfassen neben den „Rechten und Pflichten“ lediglich die innere Ordnung sowie die Beschlussfassung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG) bzw. die Zusammensetzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) des Aufsichtsrates. Wenn jedoch nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG das Aktienrecht „sinngemäß“ auf den Aufsichtsrat anzuwenden ist, dann bezieht sich die Verweisungsnorm des Montan-MitbestG auf sämtliche aktienrechtlichen Bestimmungen, die die Rechtsstellung des Aufsichtsrates ausformen. Dazu zählen auch § 87 Abs. 1 und 2 AktG, die unmittelbar den rechtlichen Rahmen konturieren, den der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung beachten muss bzw. für die-

sen das Recht begründen, die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers herabzusetzen. Das Gebot einer lediglich „sinngemäßen“ Anwendung erfordert es jedoch, die besonderen Vorgaben für börsennotierte Aktiengesellschaften (§ 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG) von der entsprechenden Anwendung auszunehmen.

3. Zwischenergebnis

Das Ergebnis für die dem MitbestG unterliegende GmbH gilt auch für die montan-mitbestimmte GmbH. Das ausdrückliche Gebot in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, § 107 Abs. 3 AktG sinngemäß anzuwenden, rechtfertigt es jedoch zusätzlich, den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH so anzuwenden, dass es ausreicht, wenn der Aufsichtsrat für die dort aufgezählten Aufgaben zuständig ist. Aufgrund der Annexkompetenz des Aufsichtsrates zur Bestellung und Abberufung gilt dies auch für die in den Anstellungsvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer aufzunehmende Vergütungsabrede und die diesbezüglich zu treffenden Entscheidungen, die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG umschrieben sind. Da sich die Verweisungsnorm in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG generell „auf den Aufsichtsrat“ erstreckt, lässt sich die analoge Anwendung von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH zusätzlich auf § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG stützen.

D. Zusammenfassung

1. Bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH gelangt bezüglich der mit dem GmbH-Geschäftsführer zu treffenden Vergütungsabrede § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG weder unmittelbar noch analog zur Anwendung. Auch aus den nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG anwendbaren § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG und § 116 Satz 3 AktG folgt kein gegenteiliges Resultat. Aufgrund einer Annexkompetenz folgt die Zuständigkeit für die Vergütungsabrede mit dem GmbH-Geschäftsführer der Bestellungskompetenz, die sich bei der dem DrittelbG unterliegenden GmbH wegen der abschließenden Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG ausschließlich nach dem GmbH-Recht richtet, so dass die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Gesellschafterversammlung bleibt. Im Übrigen gelten die Grundsätze für die mitbestimmungsfreie GmbH in gleicher Weise für die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH.
2. Bei der dem MitbestG unterliegenden GmbH ist der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung über die Festsetzung der Vergütung des GmbH-Geschäftsführers aufgrund einer entsprechenden Gesetzesanwendung an § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gebunden und kann sich für eine ggf. notwendige Herabsetzung der Vergütung auf § 87 Abs. 2 AktG stützen. Angesichts dessen fehlt für ein restriktives Verständnis des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG, der die vorstehenden Entscheidungen bei der mitbestimmten GmbH ausklammert, bereits im Ansatz die Grundlage. Im Ergebnis gilt dies auch, wenn entgegen der hier befürworteten Ansicht eine entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH abgelehnt wird. Der Plenarvorbehalt setzt wegen der bei Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG gebotenen entsprechenden Anwendung bei der GmbH lediglich voraus, dass der Aufsichtsrat für die Angelegenheiten zuständig ist, die § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG durch eine Bezugnahme auf die jeweiligen aktienrechtlichen Vorschriften abschließend aufzählt. Dies ist wegen der Annexkompetenz zur Bestellungskompetenz bei der mit MitbestG unterliegenden GmbH für die Festsetzung der Vergütung in dem Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers sowie die Entscheidung über eine ggf. gebotene Herabsetzung der Vergütung zu bejahen. Beide Entscheidungen bleiben deshalb dem Plenum des Aufsichtsrates vorbehalten, wenn dieser bei einer GmbH nach dem MitbestG zu bilden ist.

3. Das Ergebnis für die dem MitbestG unterliegende GmbH gilt auch für die montan-mitbestimmte GmbH. Das ausdrückliche Gebot in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG, § 107 Abs. 3 AktG sinngemäß anzuwenden, rechtfertigt es jedoch zusätzlich, den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG so anzuwenden, dass es ausreicht, wenn der Aufsichtsrat für die dort aufgezählten Aufgaben zuständig ist. Aufgrund der Annexkompetenz zur Bestellung und Abberufung gilt dies auch für die in den Anstellungsvertrag aufzunehmende Vergütungsabrede und die diesbezüglich zu treffenden Entscheidungen, die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG umschrieben sind. Da sich die Verweisungsnorm in § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG generell „auf den Aufsichtsrat“ erstreckt, lässt sich die analoge Anwendung von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 87 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH zusätzlich auf § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG stützen.

Kiel, 18.05.2010

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker