

Spindler, Gerald; Oetker, Hartmut

Working Paper

Gutachten zu aktuellen Rechtsfragen der Vorstands-/ Geschäftsführervergütung

Arbeitspapier, No. 216

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Spindler, Gerald; Oetker, Hartmut (2010) : Gutachten zu aktuellen Rechtsfragen der Vorstands-/Geschäftsführervergütung, Arbeitspapier, No. 216, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116670>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Arbeitspapier **216**

Gerald Spindler
Hartmut Oetker

**Gutachten zu aktuellen
Rechtsfragen der Vorstands-/
Geschäftsführervergütung**

Arbeitspapier 216

Prof. Dr. Gerald Spindler
Prof. Dr. Hartmut Oetker

**Gutachten zu aktuellen Rechtsfragen
der Vorstands-/Geschäftsführervergütung**

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Gerald Spindler

Gutachten zur Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG auf mitbestimmte GmbH	7
--	---

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker

Vergütungsabreden im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers und Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums in der nach dem MitbestG und dem Montan-MitbestG mitbestimmten GmbH	27
(Nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und nach dem Montanmitbestimmungsgesetz	

Prof. Dr. Gerald Spindler

Gutachten zur Frage der Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen und drittbezogenen Vergütungen, insbesondere im Konzern	69
Über die Hans-Böckler-Stiftung	105

Impressum

Herausgeber: Hans-Böckler-Stiftung

Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB

Hans-Böckler-Straße 39

40476 Düsseldorf

Telefon (02 11) 77 78-181

Fax (02 11) 77 78-4-181

E-Mail: Roland-Koestler@boeckler.de

Redaktion: Dr. Roland Köstler

Best.-Nr.: 11216

Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, Juni 2010

€ 18,00

Vorwort

Kaum war am 18. Juni 2009 das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) beschlossen, begann die Debatte um die Reichweite dieses Gesetzespakets. Bald war die Reichweite des Gesetzes außerhalb der Aktiengesellschaft und im Konzern umstritten.

Im Vordergrund standen dabei die mitbestimmte GmbH und die unter dem Montanmitbestimmungsgesetz. Während für die Aufsichtsräte im Drittelbeteiligungsgesetz Einigkeit bestand, dass nur wenn die Gesellschafter es wollten, man sich in Zukunft an dem neuen § 87 AktG halten müsste und diese Entscheidungen vom Gesamtaufsichtsrat zu treffen waren, gab es eine Zahl von Stimmen, die auch für die mitbestimmte GmbH postulierten, es habe sich am Recht für diese nichts geändert.

Das Ganze erinnerte schon an die Einführung des Mitbestimmungsgesetzes 1976: was nicht vom Gesetzgeber eindeutig (also im Wortlaut der einschlägigen Verweisungen) auch für die GmbH vorgeschrieben wurde, war man nicht bereit in den GmbH einzuführen. So musste damals bis zum Jahre 1983 prozessiert werden, damit durch BGH-Urteil klar war, dass auch in den GmbH der Aufsichtsrat für die Anstellung der Geschäftsführer zuständig ist.

Anknüpfend an einen Satz aus dem Bericht des Rechtsausschusses zur Nachhaltigkeit und Haftung außerhalb der AG und unter Berufung auf die Hektik im Gesetzgebungsverfahren **wurde versucht 2009 zwei Themen zurückzudrängen**, nach dem Motto: „der Gesetzgeber hätte es schon ausdrücklich anordnen müssen“:

- Die inhaltlichen Kriterien für Geschäftsführervergütung einer GmbH sollten **sich nicht am § 87 AktG orientieren müssen, und**
- **Vor allen Dingen sollte in der GmbH weiterhin, das Ganze in einem Ausschuss und nicht im Gesamtaufsichtsrat zu behandeln sein.**

(Es gab noch einige andere Ideen das Gesetz in der Praxis zurückzudrängen, z. B. keine Unterlagen für die Sitzungen bis zum Unterlassen einer detaillierten Protokollierung der Diskussion in den Aufsichtsräten, dies alles wird in der soeben in 4. Auflage erschienenen **Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 14** – Angemessene Vorstandsvergütung – behandelt).

Die **zwei Gutachten** von **Prof. Dr. Spindler** und **Prof. Dr. Oetker*** machen deutlich, dass sich die Rechtslage auch in den mitbestimmten GmbH und denen unter dem Montanmitbestimmungsgesetz geändert hat, dazu muss nicht wieder ein Musterprozess wie 1976 zur Anstellungskompetenz in der mitbestimmten GmbH angestrengt werden.

* Die Gutachten können auch einzeln aus dem Internet heruntergeladen werden:
<http://www.boeckler.de/29503.html>

Ein weiteres Thema wurde nun virulent: die Frage der Anstellung im Konzern bzw. die Bemessung der Vergütung nach konzerneinheitlichen Kriterien, oft kombiniert mit der GmbH-Problematik. Der Vorstand einer AG ist nach § 76 AktG verpflichtet das Unternehmen im Interesse der Gesellschaft zu führen. Kann darin dadurch eingegriffen werden, dass man den Vertrag direkt bei der Muttergesellschaft anhängt oder indem man Erfolgskriterien aus dem Konzerngeschehen für den variablen Anteil der Vergütung zu Grunde legt? Einerseits ist die Rechtsprechung bis zum VorstAG noch wenig hilfreich gewesen, andererseits wurden diese Fragen nun für die Aufsichtsräte in Tochterunternehmen besonders wichtig. Das **dritte** hier abgedruckte einschlägige **Gutachten von Prof. Dr. Spindler**** betrachtet die verschiedensten Konzernkonstellationen und kommt je nachdem zu differenzierten Ergebnissen.

Dr. Roland Köstler
Juni 2010, Hans-Böckler-Stiftung

** Die Gutachten können auch einzeln aus dem Internet heruntergeladen werden:
<http://www.boeckler.de/29503.html>

Prof. Dr. Gerald Spindler

**Gutachten zur Anwendbarkeit
von § 107 Abs. 3 AktG und § 87 Abs. 1 AktG
auf mitbestimmte GmbH**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Einleitung	11
II. Statische versus dynamische Verweisung?	13
III. Die angemessene Vergütung des Geschäftsführers	15
1. Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG	15
2. Aufsichtsrat nach MitbestG 1976.....	16
IV. Die Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsfragen	19
1. Fakultativer Aufsichtsrat.....	19
2. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem MitbestG 1976	19
3. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem DrittelbG	22
4. Fazit	23
V. Zusammenfassung	25

I. Einleitung

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

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

1 BGBl. I 2009, 2059 ff.

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

3 *Gaull/Janz* GmbHG 2009, 959, 962.

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

II. Statische versus dynamische Verweisung?

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

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

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

III. Die angemessene Vergütung des Geschäftsführers

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

1. Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG

Für den fakultativ nach § 52 GmbHG gebildeten Aufsichtsrat genauso wie für den nach dem DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat bleibt die Rechtslage weiterhin klar: Denn § 52 Abs. 1 GmbHG lässt die Personalkompetenz der Gesellschafterversammlung unberührt, auf §§ 84 ff. AktG wird nicht verwiesen. Ebenso wenig bezieht § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG die Regelungen des Aktiengesetzes zur Bestellung und Anstellung ein.⁷ Zwar könnte auf § 116 AktG abgestellt werden, der auch die Aufsichtsratspflichten zur Bestimmung einer angemessenen Vergütung umfasst, mithin auch § 87 Abs. 1 AktG – über die Verweisungen in §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG würde dann § 87 Abs. 1 AktG auch für die hierunter fallenden GmbHs gelten. Doch wäre ein solcher systematischer Rückschluss verkürzt: Denn § 116 AktG nimmt nur die jeweiligen Pflichtenprogramme in Bezug, begründet sie jedoch nicht.⁸ Anders gewendet setzt § 116 AktG bestehende Pflichten voraus.⁹ Darüber hinaus bezieht § 87 AktG teilweise selbst nur börsennotierte Aktiengesellschaften ein (Abs. 1 S. 2), da der Gesetzgeber explizit davon ausging, dass bei anderen Gesellschaften die Eigentümer bzw. Aktionäre über genügend Einflussmöglichkeiten verfügen, um die Angemessenheit der Vergütung zu beeinflussen. So führt der Rechtsausschuss ausdrücklich für GmbHs aus¹⁰:

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

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

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

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

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

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

11 Dazu unten bei Fn. 16.

2. Aufsichtsrat nach MitbestG 1976

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

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

Zwar ging der Gesetzgeber hinsichtlich des Verweises auf die GmbH nur auf die Frage der Nachhaltigkeit ein; auch scheint der bereits zitierte (und einzige) Hinweis des Gesetzgebers darauf, dass die Eigentümer schon die richtigen Instrumente finden mögen, eher auf die nicht-mitbestimmte bzw. auf die nach dem DrittelbG mitbestimmte GmbH gemünzt zu sein, bei denen der Aufsichtsrat nicht über die Kompetenz zur Regelung der Anstellungsfragen verfügt. Doch liegt der Einwand nahe, dass es dann der präzisierenden Aussage des Gesetzgebers nicht bedurft hätte, da die Aufsichtsräte der nicht dem MitbestG 1976 unterliegenden GmbHs ohnehin nicht über die Kompetenz zur Bestellung und Anstellung verfügen.¹³ Auch wenn oftmals im gleichen Atemzug auf das hektische Gesetzgebungsverfahren hingewiesen wird,¹⁴ was eigentlich eher dazu Anlass geben sollte, gegenüber einer allzu sehr auf den Wortlaut gerichteten Auslegung der Gesetzgebungsgeschichte Zurückhaltung zu üben, bleibt dennoch die Frage offen, ob eine sinnvolle Differenzierung in dem Ausmaß der Mitbestimmung bei einer GmbH liegen kann, wenn es um die Kontrolldichte gegenüber der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Vergütung geht. Der Gesetzgeber hat ersichtlich nicht auf die Frage der

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

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

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

Arbeitnehmergröße der jeweiligen Gesellschaft abstellen wollen, sondern ob die Eigentümer selbst in der Lage sind, das Gebaren und die Vergütung bzw. die Anreize der geschäftsführenden Organmitglieder zu kontrollieren und Auswüchsen entgegenzusteuern. Die Börsennotierung ist hierfür als solche nur ein Indiz. Der Gesetzgeber ließ sich dabei offensichtlich von der Vorstellung leiten, dass es einer intensiveren rechtlichen Regulierung bei börsennotierten Gesellschaften bedarf, da hier die fehlende Kontrolle über die Verwaltungsorgane durch eine intensivere rechtliche Flankierung ausgeglichen werden muss. Ob eine GmbH dagegen mitbestimmt ist oder nicht oder welcher Mitbestimmungsform sie unterliegt, erscheint hinsichtlich der Festlegung der materiellen Vergütungskriterien und der Konkretisierung des Ermessens des Aufsichtsrats nicht ausschlaggebend; denn im Rahmen der Mitbestimmung geht es weniger um die materielle Absicherung von Ermessensentscheidungen des Aufsichtsrats – abgesehen von der Ausrichtung auf das Unternehmensinteresse – als um die verfahrensrechtliche Flankierung durch die zwingende Repräsentanz von Arbeitnehmern in den zur Entscheidung berufenen Gremien.

Dies bedeutet nun aber keineswegs, dass der Aufsichtsrat völlig frei in der Festlegung der Vergütung und des Vergütungssystems wäre: Wie schon der BGH in der Reemtsma-Entscheidung ausgeführt hat, muss der Aufsichtsrat generell in der GmbH – egal ob mitbestimmt oder nicht – „ähnliche Grundsätze [...] beachten, wie sie die §§ 87 – 89, insbesondere § 87 Abs. 1 AktG für das Anstellungsverhältnis der Vorstandsmitglieder aufstellen [...]“.¹⁵ Selbst für die aufsichtsratslose GmbH unterwirft die Rechtsprechung die Vergütung des (Gesellschafter-) Geschäftsführers einer Angemessenheitskontrolle, hier im Interesse des Minderheitenschutzes aus Treuepflichtbetrachtungen heraus.¹⁶ Dementsprechend geht auch die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum von einem Gebot der Angemessenheit abgeleitet aus dem Gesellschaftsinteresse aus, nicht aber von einer Analogie zu § 87 AktG.¹⁷ So sind nach der Rechtsprechung alle Umstände in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen, insbesondere Art, Größe, Leistungsfähigkeit des Unternehmens, Alter, Ausbildung, Berufserfahrung und sonstige Fähigkeiten des Geschäftsführers sowie Umfang und Bedeutung seiner Tätigkeit.¹⁸ Letztlich spielt es aber hinsichtlich der materiellen Kriterien kaum eine Rolle, ob man von einer Analogie zu § 87 AktG oder von einem Gesellschaftsinteresse ausgeht.¹⁹ Symptomatisch ist dem-

15 BGHZ 89, 48, 57 – Reemtsma.

16 BGH BGH Urt. v. 21.7.2008 – II ZR 39/07 ZIP 2008, 1818, 1820; näher dazu *Wübbelsmann* GmbH 2009, 988, 989 und *Axhausen* in Beck'sches Handbuch GmbH, 4. Aufl. 2009, § 5 Rz. 41 ff. je m.w.Nachw.

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

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

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

entsprechend, dass die Vertreter der Auffassung, die – an sich zutreffend – eine analoge Anwendung des § 87 Abs. 1 AktG im Gefolge des VorstAG unter Berufung etwa auf Äußerungen des Referatsleiters des BMJ²⁰ als quasi authentische Interpretationsquelle für den Gesetzgeber ablehnen, eine Aussage darüber schuldig bleiben, worin die konkreten Unterschiede gegenüber der Kontrolle anhand des Gesellschaftsinteresses liegen sollen.²¹ Erst recht ginge es zu weit, aus dem mangelnden Verweis auf § 87 Abs. 1 AktG nunmehr die frühere Rechtsprechung und die Rückbindung auf die entsprechenden Kriterien im Rahmen des Gesellschaftsinteresses in Frage zu stellen.²² Maßgeblich dürfte demgegenüber der Freiheitsgrad des Aufsichtsrats bei seiner Entscheidung im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens über die Vergütung sein, der eben aufgrund der eher gegebenen Rückkoppelung an die Gesellschafter in der eigentümerkontrollierten Gesellschaft größer sein kann als bei der börsennotierten Gesellschaft. Den Aufsichtsrat dürfte daher allenfalls ein erhöhter Begründungsaufwand treffen.²³ Dies gilt auch im Hinblick auf die nach § 87 Abs. 1 S. 2 AktG gezogenen Grenzen für eine variable Vergütung bzw. hinsichtlich der Nachhaltigkeit: Auch wenn dies keine unmittelbare Geltung für die GmbH beanspruchen kann und der Aufsichtsrat – anders als in der börsennotierten Gesellschaft – nicht an die in § 87 Abs. 1 S. 2, 3 AktG vorgegebenen Grenzen sklavisch gebunden ist, so wird er die Frage der richtigen Anreizsetzung für die geschäftsführenden Organmitglieder kaum außer Betracht lassen können.

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

20 Seibert WM 2009, 1489, 1490.

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

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

23 Zutr. Baeck/Götzel/Arnold NZG 2009, 1121, 1123.

IV. Die Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsfragen

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

1. Fakultativer Aufsichtsrat

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

2. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem MitbestG 1976

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

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

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

der Systematik her bei der Zuständigkeit des Plenums verbliebe – auch wenn sich ein Widerspruch zu der fehlenden Kompetenz des Aufsichtsrats ergäbe.²⁶ Erst recht würde dies für den nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten Aufsichtsrat in der GmbH gelten, da hier zwingend eine Befugnis des Aufsichtsrats für den Anstellungsvertrag besteht, mithin wie im Aufsichtsrat nach AktG.²⁷

Namentlich *Habersack* hat in Frage gestellt, dass ein eigenständiges Delegationsverbot in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nur für Vergütungsfragen für den mitbestimmten Aufsichtsrat der GmbH Sinn entfalte. Wenn der Gesetzgeber dies gewollt habe, hätte er nach dieser Auffassung auf § 84 Abs. 1 S. 5 AktG verweisen müssen.²⁸ Der Gesetzgeber habe jedoch nur die Vergütungsverantwortung des Aufsichtsrats und damit die Transparenz stärken wollen, zumal nicht der gesamte Anstellungsvertrag zur Behandlung dem Plenum überwiesen worden sei.²⁹ Aus dieser nur selektiven Zuweisung der Zuständigkeit allein für die Vergütungsfragen folge sodann, dass das Delegationsverbot nicht generell die Fragen der Anstellung umfasse, mithin § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nicht auf die Zuständigkeit des Aufsichtsrats verweise, sondern diese überhaupt erst voraussetze.³⁰ Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte werde deutlich, dass das VorstAG bzw. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG nicht auf die mitbestimmte GmbH anwendbar sei.³¹

Diese Auffassung sieht sich jedoch mit mehreren Einwänden konfrontiert:

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

26 Dazu sogleich unten IV.3.

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

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

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

30 *Habersack* ZHR 174 (2010), 2, 10.

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

AktG) verneinen³² – was ersichtlich nicht der Fall ist, da § 107 Abs. 3 S. 3 AktG auf den gesamten § 87 Abs. 1 AktG verweist, das Delegationsverbot also keineswegs von der Börsennotierung abhängig macht.

Dies leitet zum nächsten Einwand über: Wenn der Gesetzgeber sowohl für die börsennotierte als auch nicht-börsennotierte AG das Delegationsverbot in toto vorsieht, also auch für § 87 Abs. 1 S. 2 AktG, warum sollte dann ausgerechnet bei der mitbestimmten GmbH anders als bei der nicht-börsennotierten Gesellschaft die Delegation auf einen Ausschuss möglich sein? Denn sowohl der Aufsichtsrat der nicht-börsennotierten AG als auch der nach dem MitbestG 1976 verfügen zweifelsohne über die Kompetenz, die Bedingungen des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitglieds bzw. Geschäftsführers festzulegen.³³ Der Sinn und Zweck einer Kompetenzfestlegung kann aber unabhängig von den materiell-rechtlichen Leitlinien für die Vergütungsstruktur – wie dargelegt – in einer verfahrensrechtlichen Sicherung dienen, wie auch die Gegenauffassung ansatzweise einräumt.³⁴ Denn der Zweck, eine größere Transparenz der Vergütung durch Behandlung im gesamten Plenum zu erreichen,³⁵ ist völlig unabhängig davon, ob bei der Bestimmung der Vergütung eine Nachhaltigkeit zugrunde zu legen ist (wobei auch hier über das Ermessen des Aufsichtsrats die Nachhaltigkeit durchaus ein wichtiges Kriterium spielt, auch ohne Börsennotierung³⁶). Dass zudem nicht der gesamte Anstellungsvertrag dem Plenum zugewiesen ist, spielt keine Rolle dafür, dass wenigstens die Vergütung einer größeren Transparenz durch die Beteiligung aller Aufsichtsratsmitglieder unterliegen soll. Denn gerade die Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder für die Vergütung sollte gestärkt werden – was ersichtlich völlig unabhängig von der Börsennotierung der Fall ist. Nicht allein die Transparenz gegenüber den Anteilseignern steht in Rede, sondern eben auch die Verantwortung des Aufsichtsrats als gesamtes Organ. Warum aber nur mitbestimmte GmbHs (bei einer zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Anstellungsfragen) hiervon ausgenommen sein sollen, während nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften unter das Delegationsverbot fallen, erschließt sich nicht. Sachliche Gründe lassen sich für diese Differenzierung nicht ausmachen.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass – wie hier auch vertreten – § 87 Abs. 1 AktG nicht unmittelbar auf die (auch mitbestimmte) GmbH Anwendung finde. Denn wie auch die Gegenauffassung einräumt, finden die Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG (mit Ausnahme des Abs. 1 S. 2 AktG) parallel Anwendung. Es wäre reiner Formalismus, aus der fehlenden unmittelbaren Anwendung des § 87 Abs. 1 AktG – bei gleichzeitiger inhaltlicher Geltung – zu folgern, dass nunmehr auch das Delegationsverbot ins Leere liefe. Im Gegenteil: Findet schon aus Gründen des Gesellschaftsinteresses der Kanon

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

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

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

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

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

des § 87 Abs. 1 AktG bei der Festlegung der Vergütung Anwendung, muss für die Herstellung der Transparenz aus Wertungsgesichtspunkten das Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG eingreifen. Selbst wenn man also das Delegationsverbot allein an die Rückbindung des Aufsichtsrats an die Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG knüpfen wollte, darf die Wertung des Gesetzgebers nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden, dass die Wichtigkeit der Vergütungsfrage im Aufsichtsrat bei zwingender Personalkompetenz dem Plenum zugewiesen ist.

3. Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem DrittelbG

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

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

Das Delegationsverbot und die Verweisung des DrittelbG behalten jedoch dann ihren Sinn, wenn dem Aufsichtsrat über die Satzung die Kompetenzen zur Bestellung und Anstellung eingeräumt wurden. Denn in diesem Fall greifen die gleichen Wertungen ein wie im Fall der nicht-börsennotierten AG oder der nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten GmbH: hier soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers eben der gesamte Aufsichtsrat die Verantwortung für die Festlegung der Vergütung tragen. Dann aber besteht kein Grund, dies bei einer entsprechenden über die Satzung zugewiesenen Kompe-

37 Zutr. U. H. Schneider/Sethe in Scholz (Fn.17), § 35 GmbHG Rz. 202; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck (Fn. 17), § 35 GmbHG Rz. 167; Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2009, § 1 DrittelbG Rz. 17; offen BGH Urt. v. 21.6.1999 - II ZR 27/98 GmbHR 1999, 1140.

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

39 S. oben Fn. 37 und 38.

tenz des Aufsichtsrats nach dem DrittelbG anders zu behandeln, sofern die Kompetenzzuweisung durch die Gesellschafter bzw. die Satzung keine weiteren Vorgaben enthält.⁴⁰ Allerdings hat es der Satzungsgeber in der Hand, die Delegation auf einen Ausschuss vorzusehen oder in das Ermessen des Aufsichtsrats zu stellen, da es sich eben nicht um eine zwingende Kompetenz des Aufsichtsrats handelt.⁴¹

4. Fazit

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

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

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

V. Zusammenfassung

Die Ergebnisse lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

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

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker

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

(Nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und nach den Montanmitbestimmungsgesetz)

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	31
B. Rechtslage in der mitbestimmungsfreien GmbH	35
I. Entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der zweigliedrigen GmbH.....	35
II. Fakultative Errichtung eines Aufsichtsrates bei der mitbestimmungsfreien GmbH und entsprechende Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG	38
III. Zwischenergebnis	39
C. Rechtslage in der mitbestimmten GmbH	41
I. Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes auf die GmbH	41
1. Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	41
2. Relativierung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung durch den Plenarvorbehalt in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG	43
3. Relevanz der Haftungsnorm in § 116 AktG für die Zuständigkeits- verteilung und die Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG	46
4. Zwischenergebnis	47
II. Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH.....	48
1. Annexkompetenz des Aufsichtsrates für den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	48
2. Die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH- Geschäftsführers bei der nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten GmbH	49
a) Problemaufriss	49
b) Zuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	50
c) Bindung des Aufsichtsrates an die Vorgaben in § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG	51
d) Anwendbarkeit des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf die Vergütung des GmbH-Geschäftsführers	56
3. Zwischenergebnis	60
III. Anwendung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH	61
1. Annexzuständigkeit des Aufsichtsrates für die Vergütungsabrede im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	61
2. Gebot einer „sinngemäßen“ Anwendung des Aktienrechts (§ 3 Abs. 2 Montan-MitbestG)	62
a) Allgemeine Grundsätze zur Reichweite der Verweisungsnorm	62

b) Anwendung des Plenarvorbehalts in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG bei der montan-mitbestimmten GmbH	63
c) Anwendung von § 87 Abs. 1 und 2 AktG bei der montan-mitbe- stimmten GmbH über § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG	64
3. Zwischenergebnis	66
D. Zusammenfassung.....	67

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 Facette des Anstellungsvertrages erstmals eine zwingende Zuständigkeit für das Aufsichtsratsplenum begründet, da diesbe-

züglich 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. *Baeck/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 *Baeck/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 denotwendig 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/Altmeppen, 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/Altmeppen, 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 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 6 Rdnr. 97; *Wübbelsmann*, GmbHG 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*, GmbHHR 2009, 959 (961); *Greven*, BB 2009, 2143 (2147); *Lindemann*, GmbHHR 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, GmbHHR 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, GmbHHR 2004, 423 (424) sowie BGH 15.6.1992, GmbHHR 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*, GmbHHR 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 Gesellschaft 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 *Baeck/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, 2010, S. 9.

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, 2010, S. 10.

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. Schenck, 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 denknotwendig 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 *Drygala*, 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 DrittelbG 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 worden 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), DB 1984, 104 ff.

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 Bestellungs- 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 gelten. 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 Bestellungs- 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 unterliegenden 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, 2010, S. 10.

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, 2010, S. 11 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*, GmbHR 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 Aufsichtsrates 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 Aufsichtsratsplenum 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 MitbestG zu diesem Ergebnis. Mit der Verweisungsnorm will der Gesetzgeber zwar den Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH weitgehend dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gleichstellen, ohne indes Modifikationen infol-

ge 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 Vorst-AG 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 kapitalmarktfrem 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 aufgrund 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 Anwen-

dung 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 Aufsichtsratsplenum 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 Perspektive 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 diesen 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 montanmitbestimmte 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

Prof. Dr. Gerald Spindler

Gutachten zur Frage der Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen und drittbezogenen Vergütungen, insbesondere im Konzern

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	73
II. Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen	75
A. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen	75
1. Drittanstellungsverträge in der unabhängigen AG	75
a) Unabhängigkeit des Vorstandes, Anstellungsvertrag und Wettbewerbsverbot	75
b) Befreiung vom Wettbewerbsverbot	76
c) Zuständigkeit zur Befreiung	77
d) Zwischenergebnis	78
2. Drittanstellungsverträge im Konzern	78
a) Faktischer Konzern	79
b) Vertragskonzern	81
c) Sonderkonstellation: Doppelmandate	83
B. Drittanstellungsverträge bei der GmbH	84
III. Vergütungsstrukturen mit Bezug zu Dritten	86
A. Zahlungen und Vergütungen durch Dritte in der unabhängigen AG ohne Pflicht zur Gegenleistung	86
B. Konzernbezogene Ausgestaltung des Anstellungsvertrages	90
1. Faktischer Konzern	91
a) Ausrichtung auf „verbundene Unternehmen“, § 192 Abs. 2 AktG	91
b) Vorstandsbezüge und Doppelmandat	94
c) Angemessene Vergütung nach § 87 AktG	97
d) Gesamtabwägung	98
2. Vertragskonzern	99
3. Einpersonen-AG	100
4. Mehrstufiger Konzern	101
C. Geschäftsführergehalt der abhängigen GmbH	102
IV. Zusammenfassung	103

I. Einleitung

Vorstände und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften sind verpflichtet, das Interesse „ihrer“ Gesellschaft wahrzunehmen, sowohl aufgrund ihrer organschaftlichen als auch ihrer dienstvertraglichen Pflichten. Trotz dieses anscheinend selbstverständlichen Grundsatzes ist es in der Praxis keineswegs unüblich, dass Vorstände und Geschäftsführer neben ihren Dienstverträgen mit der Gesellschaft (AG und GmbH) nebenher Anstellungsverträge mit anderen Gesellschaften, insbesondere Konzernober- oder –schwestergesellschaften schließen. Teilweise handelt es sich dabei um Entsendungen bzw. Personalunionen von Konzernobergesellschaften mit anderen beherrschten Gesellschaften, die mit dem Wunsch nach möglichst integrierter Führung einhergehen.

Gesellschaftsrechtlich werfen solche Drittanstellungsverträge aber erhebliche Rechtsfragen auf: So ist nach § 76 AktG der Vorstand einer AG verpflichtet, diese unabhängig im Interesse der Gesellschaft zu führen; eine Weisungsabhängigkeit sieht § 76 AktG im Gegensatz zum GmbHG gerade nicht vor. Selbst in der GmbH, in der der Geschäftsführer prinzipiell den Weisungen der Gesellschafter folgen muss, ist fraglich, ob deren Weisungsrecht nicht Grenzen unterliegt. Bedenkt man, dass Anstellungsverträge mit anderen Gesellschaften dazu führen, dass die Schuldner (Geschäftsführer, Vorstände) die Interessen des Gläubigers wahrzunehmen haben, liegt der Konflikt mit den gesellschaftsrechtlichen bzw. organschaftlichen Pflichten auf der Hand. Daher gilt es zu untersuchen, in welchen Konstellationen Drittanstellungsverträge zulässig sind, und zwar:

- für den faktischen AG-Konzern (abhängige AG)
- für den Vertragskonzern (AG)
- für die abhängige GmbH
- für den mehrstufigen Konzern
- für Anstellungsverträge zwischen Schwestergesellschaften

II. Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen

A. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen

Für die rechtliche Analyse der Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen ist zunächst zwischen der unabhängigen und der konzernierten AG zu unterscheiden:

1. Drittanstellungsverträge in der unabhängigen AG

Ausgangspunkt der Überlegungen müssen die Rechtsstellung des Vorstandes und die ihm obliegenden Pflichten sein. Der Vorstand ist nach §§ 76, 93 AktG verpflichtet, die AG in deren Gesellschaftsinteresse zu leiten; seine Leitungsfunktion und seine Unabhängigkeit wird in § 76 AktG ausdrücklich hervorgehoben – was ihn wesentlich von dem weisungsabhängigen Geschäftsführer einer GmbH unterscheidet und eine der wesentlichen Reformen des AktG 1937 darstellt, die später im AktG 1965 und den anschließenden Novellierungen fortgeführt wurde.

a) Unabhängigkeit des Vorstandes, Anstellungsvertrag und Wettbewerbsverbot

Er kann nicht Diener zweier Herren sein, was sich aber bei einem Drittanstellungsvertrag aufgrund seiner schuldrechtlichen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag unweigerlich ergäbe.¹ Gerade der Umstand, dass der Vorstand sich von den Interessen auch des Dritten leiten lassen müsste, würde dazu führen, dass es unter Umständen an der nötigen Unabhängigkeit und der Konzentration auf die Interessen der Gesellschaft mit allen seinen Kräften mangeln würde.

Ausdruck dieser zunächst unbedingten Konzentration auf die AG als Dienstherrin – sowohl aufgrund der organschaftlichen Stellung als auch der dienstvertraglichen Pflichten – ist auch das in § 88 AktG niedergelegte Wettbewerbsverbot. Schon die Kodifizierung des Wettbewerbsverbotes belegt die besondere Bedeutung, die der Gesetzgeber der Flankierung und Sicherung der Unabhängigkeit des Vorstandes beimisst, vergleichbar den Wettbewerbsverboten, wie sie etwa im HGB für die (typischerweise geschäftsführenden) Gesellschafter statuiert sind, § 112 HGB. Anders als im allgemeinen Dienstvertragsrecht betont der Gesetzgeber damit die aus der organschaftlichen, erheblichen Treuebindungen unterliegenden Stellung fließenden Pflichten des Vorstandes. Das

¹ Ebenso *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 56; Kort in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 Rn. 319; *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987, S. 73 f.; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 68 ff.; für nicht Konzern verbundene Gesellschaften ebenso *Henssler*, RdA 1992, 289, 301; offen *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14, der der Praxis rät, davon abzusehen; ähnlich *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, 5. Aufl. 2008, Rn. 431; unentschieden *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 39; für Zulässigkeit dagegen *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, 3. Aufl. 2007, § 21 Rn. 2 ff.; *Martens*, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 442; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, 1. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 26; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 186 f.

Wettbewerbsverbot ist damit Ausdruck der einem Vorstandsmitglied gegenüber seiner Gesellschaft obliegenden Treuepflicht,² die es ihm gebietet, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt. Denn in Anbetracht der Wichtigkeit seines Amtes muss ein Vorstandsmitglied seine Arbeitskraft in vollem Umfang der Gesellschaft zur Verfügung stellen. Dementsprechend unterstellt § 88 AktG schon den Betrieb eines Handelsgewerbes dem Verbot, ohne jede Rücksicht auf den Geschäftszweig, also auch dann, wenn es sich nicht um ein Konkurrenzunternehmen handelt.³ Aus dem Zweck des Verbots – insbesondere der Erhaltung der Arbeitskraft des Vorstandes für die Gesellschaft – folgt ferner, dass dieses sich nicht nur auf den Betrieb eines im eigenen Namen geführten eigenen Handelsgeschäfts bezieht und dass es auch nicht auf die formale Stellung des Vorstandes in der anderen Gesellschaft ankommt.⁴

Da das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG nur einen Aspekt der Treuepflicht des Vorstandsmitglieds regelt, kommt ihm keine abschließende Bedeutung zu. Selbst außerhalb des Anwendungsbereichs des § 88 AktG ist durch Ziff. 4.3.5. des Deutschen Corporate Governance Kodex eine Nebentätigkeit, insbesondere Aufsichtsratsmandate in nicht konzernzugehörigen Gesellschaften, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats möglich, sofern sich die Gesellschaft dem Kodex unterworfen hat – eine Regelung, die sich in der Praxis bereits in zahlreichen Anstellungsverträgen findet.⁵ Selbst wenn daher die dienstvertraglich dem Dritten versprochene Tätigkeit nicht dem Geschäftszweig der AG unterfällt, ergibt sich schon aus der allgemeinen Treuepflicht des Vorstandes heraus, dass er diese Tätigkeiten nicht ohne weiteres annehmen kann.

b) Befreiung vom Wettbewerbsverbot

Aus dem Umstand, dass der Aufsichtsrat den Vorstand auch von seinem Wettbewerbsverbot befreien kann, § 88 Abs. 1 AktG, könnte allerdings gefolgert werden, dass ein Drittanstellungsvertrag zumindest parallel zu dem Anstellungsvertrag der Gesellschaft möglich sein müsste, sofern eine solche Einwilligung des Aufsichtsrats vorläge. Doch würde damit unterstellt, dass eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot jederzeit und für alle Konstellationen zulässig wäre. Eine solche völlig ungebundene Befreiung würde allerdings voraussetzen, dass der Aufsichtsrat selbst keinerlei Pflichten bei der Erteilung der Befreiung unterläge – was dem AktG indes fremd ist. Vielmehr ist der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen stets – selbstverständlich – an die Interessen der Gesellschaft

2 Vgl. auch OLG Frankfurt AG 2000, 518, 519; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 1; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 2.

3 *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 3; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 16; *Armbrüster*, ZIP 1997, 1269, 1269 f.

4 *Armbrüster*, ZIP 1997, 1269, 1270; soweit das Geschäft zum Geschäftszweig der AG gehört *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 3.

5 Vgl. *Ringleb* in Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, DCGK, 3. Aufl. 2008, Ziff. 4.3.5 Rn. 838 f.

im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gebunden, §§ 93, 116 AktG.⁶ In diesem Zusammenhang hat der Aufsichtsrat die vom Vorstandsmitglied zu übernehmende Funktion, Dauer und Intensität der anderweitigen Tätigkeit sowie die Auswirkungen auf die Tätigkeit des Vorstandsmitglieds für die AG, insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Beanspruchung, zu berücksichtigen. In jedem Fall wäre eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot, die zu einer Beeinflussung der Unabhängigkeit des Vorstandes und seiner Wahrung der Interessen der Gesellschaft führen würde, unzulässig und pflichtwidrig.⁷ Demgemäß kann aus der Tatsache, dass der Vorstand vom Wettbewerbsverbot befreit werden kann, nicht von vornherein darauf geschlossen werden, dass der Aufsichtsrat den Vorstand praktisch von § 76 AktG dispensieren könnte – ein solcher Dispens, der aus dem Wettbewerbsverbot hergeleitet würde, vertrüge sich auch kaum mit den vom AktG vorgesehenen zwingenden Organkompetenzen und –pflichten. Allenfalls für konzernrechtliche Konstellationen und Doppelmandaten mag dies angesichts der konzernrechtlichen Schutzmechanismen anders zu gewichten sein.

c) Zuständigkeit zur Befreiung

Fraglich ist schließlich, wem innerhalb des Organs Aufsichtsrat die Kompetenz zukommt, über eine Befreiung zu entscheiden: das Plenum oder ein Ausschuss. Nach § 107 Abs. 3 S. 3 AktG sind nur die dort aufgeführten Aufgaben zwingend dem Plenum zugewiesen, so dass auf den ersten Blick ohne weiteres eine Befreiung nach § 88 AktG einem Ausschuss zugewiesen werden kann.⁸

Zweifel an der möglichen Überweisung der Befreiung an einen Ausschuss resultieren jedoch aus der durch das VorstAG eingeführten zwingenden Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsentscheidungen. Eine Delegation auf Ausschüsse, die nicht nur vorbereitend tätig werden, sondern auch anstelle des Plenums Beschlüsse fassen können, wie dies nach bisherigem Recht möglich war,⁹ ist damit unzulässig. Dies schließt eine vorbereitende Tätigkeit nicht aus,¹⁰ doch hat das letzte Wort nunmehr zwingend das Plenum, um eine größere Transparenz herzustellen. Eine vorgeschlagene Beschränkung auf das Vergütungssystem hat der Gesetzgeber nicht aufgenommen.¹¹ Damit fallen jegliche De-

6 *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 88 Rn. 25; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 88 Rn. 8; so auch *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104, 108 die eine Einwilligung nur dann als wirksam erachten, wenn dieser Entscheidung die unabdingbare organschaftliche Treuepflicht nicht entgegensteht.

7 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 88 Rn. 2, 8; *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104, 108; ähnlich: *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 1 ff.: § 88 AktG konkretisiert die Treuebindung der Vorstandsmitglieder zur AG; *Oltmanns* in Heidel, 2. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 6: Einwilligung des Aufsichtsrats findet ihre Grenze in der unabdingbaren Pflicht des Vorstandsmitglieds zur gewissenhaften Geschäftsführung.

8 S. für „normale“ Wettbewerbsverbote *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 88 Rn. 23

9 *Habersack* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 106; *Spindler* in Spindler/Stilz AktG, 1. Aufl. 2007, § 107 Rn. 117 je m. w. Nachw.

10 *Fleischer*, NZG 2009, 801, 804; *Thüsing*, AG 2009, 517, 524; *van Kann/Keilweit*, DStR 2009, 1587, 1590.

11 Vgl. Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses DAV, NZG 2009, 612, 615 Tz. 22 ff. in Anlehnung an Ziff. 4.2.2 des Corporate Governance Kodex; dem Gesetzgeber zust. *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 909; krit. dagegen *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1355; *Nikolay*, NJW 2009, 2640, 2644.

tails, auch „appreciation awards“¹² als nachträgliche Bonizahlungen in die Zuständigkeit des Plenums. Wenn aber schon die Vergütungselemente des Vertrages dem Plenum vorbehalten bleiben, wäre schwer einzusehen, warum die mindestens genauso gewichtige Frage, ob der Vorstand sich schuldrechtlich den Weisungen (und Zahlungen) eines Dritten unterwerfen kann, einem Ausschuss zugewiesen werden könnte. Inhaltlich spräche daher einiges dafür, dem Plenum auch hier eine zwingende Kompetenz zuzuweisen.

Doch bestehen erhebliche Bedenken gegen die Annahme einer solchen „ungeschriebenen“ Plenumskompetenz: Das Gesetz sieht nach wie vor nur eine beschränkte zwingende Zuständigkeit des Plenums vor, der Katalog des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG ist abschließend. Zwar wäre eine Analogie denkbar, indem man eine planwidrige Regelungslücke annehmen könnte, da die Vergütungsentscheidungen ein „Minus“ gegenüber Verträgen mit einem Dritten sind. Doch spricht dagegen, dass der Gesetzgeber auch das generelle Wettbewerbsverbot nicht in den Katalog des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG aufgenommen hat, zudem noch nicht einmal dem Plenum eine generelle zwingende Kompetenz für den gesamten Anstellungsvertrag zugewiesen hat, sondern sich nur auf den Verweis auf § 87 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 und 2 AktG beschränkt hat. Daher kann etwa nach wie vor ein Personalausschuss anstelle des Plenums den Anstellungsvertrag abschließen,¹³ so dass sich eine unübersichtliche Gemengelage ergibt. Dann wäre aber eine planwidrige Regelungslücke als Grundlage für eine Analogie nur schwer begründbar, so dass es bei der möglichen Zuweisung einer solchen Befreiung an einen Ausschuss bleibt.

d) Zwischenergebnis

Fasst man die obigen Überlegungen zusammen, kommt eine Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds in einer unabhängigen AG nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, zudem nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats – und zwar selbst dann, wenn es sich nicht um denselben Geschäftszweig der Gesellschaft handelt. Der Aufsichtsrat selbst kann diese Einwilligung nur erteilen, wenn keinerlei Beeinträchtigung der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen aufgrund der anderweitigen Tätigkeit zu befürchten ist.

2. Drittanstellungsverträge im Konzern

Anders könnte sich die Rechtslage gestalten, wenn man die Konzernierung einer AG in Betracht zieht: Denn hier kann die Unabhängigkeit des Vorstandes nach § 76 AktG nicht mehr die gleiche Geltung beanspruchen wie bei der nicht-konzernierten AG, da ansonsten die Konzernierung letztlich unmöglich wäre, was der Gesetzgeber aber mit

12 Hierzu näher *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008 § 87 Rn. 67 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 87 AktG Rn. 4; *Brauer*, NZG 2004, 502.

13 Zur möglichen Delegation der Aushandlung und des Abschlusses des Anstellungsvertrages auf einen Ausschuss s. *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 34 ff.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 84 Rn. 60; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 64 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 12; *Habersack* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 140.

der Normierung der §§ 15 ff. AktG ebenso wie §§ 291 ff. AktG logisch voraussetzt. Die alle Probleme wie ein roter Faden durchziehende Fragestellung lautet daher danach, inwieweit die §§ 76 und 95 ff. AktG durch die Konzernierung modifiziert werden. So stellt sich etwa die Frage, ob der Vorstand auch mit einer anderen Konzerngesellschaft, meist der Konzernmuttergesellschaft, aber auch einer anderen Konzerngesellschaft, z.B. einer (europäischen) Zwischenholding, den Anstellungsvertrag als von der eigentlichen Bestellung gesondert schließen kann.

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst vor allem einen wichtigen Unterschied gegenüber der Vergütungsfrage hervorzuheben: Ein unmittelbarer Anstellungsvertrag mit einer Konzerngesellschaft, insbesondere einer Muttergesellschaft, erzeugt rechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds, und sei es auch nur im Bereich von Nebenpflichten, etwa hinsichtlich der Wahrnehmung der Interessen des Vertragspartners (hier der Konzernmuttergesellschaft). Zwar kann ein Dienstvertrag auch so ausgestaltet werden, dass er praktisch weisungsfrei ist, wie dies etwa aus dem Arztbereich bei Chefärzten bekannt ist, die fachlich keinen Weisungen unterliegen (können); doch ändert dies nichts daran, dass der Vertrag zumindest die allgemeinen Pflichten des gebundenen Vorstandsmitglieds zur Wahrnehmung und Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartnerin umfasst. Diese grundsätzliche Pflichtenbindung kann auch nicht dadurch geleugnet werden, dass von vornherein die vertraglichen Pflichten auf das Maß reduziert würden, was gesellschaftsrechtlich gegenüber der AG zulässig wäre¹⁴ – was letztlich ein Zirkelschluss ist und die Pflichtenkollision ignoriert, ebenso wie die schon rein faktisch eintretende Bindungswirkung.

Von diesem unmittelbar rechtliche Pflichten beider Vertragsparteien erzeugenden Dienstvertrag ist die Situation zu unterscheiden, dass ein Vertrag nur zwischen dem Vorstandsmitglied und „seiner“ AG besteht, Zahlungen aber durch den Dritten vorgenommen werden. Nochmals davon abzuschichten ist schließlich die Situation, in der der Anstellungsvertrag wiederum nur zwischen der AG und dem Vorstandsmitglied besteht, die Vergütung sich aber an Kriterien orientiert, die nicht an die AG gekoppelt sind, sondern an den wirtschaftlichen Erfolg (oder andere Kriterien) eines Dritten, insbesondere der Konzernmuttergesellschaft.

In diesem Rahmen ist zwischen den verschiedenen Konzernierungsarten zu unterscheiden, faktischer und vertraglicher Konzern:

a) Faktischer Konzern

Ausgangspunkt für die Frage der Drittanstellungsverträge im faktischen Konzern muss das Verhältnis von § 76 AktG zu § 311 AktG sein: Der Gesetzgeber hat einerseits die Ausübung der einheitlichen Leitung offensichtlich zugelassen, indem er in § 311 AktG die Einflussnahme auf die abhängige AG erlaubt, sofern diese vorteilhaft für die abhän-

¹⁴ So aber der Ansatz von Joß, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft, 2010, S. 137 f.

gige AG ist oder die entstehenden Nachteile ausgeglichen werden. Andererseits hat er § 76 AktG nicht ausdrücklich in der faktisch abhängigen AG eingeschränkt, so dass es grundsätzlich bei der unabhängigen Stellung des Vorstandes bleibt. Rechtsprechung und Wissenschaft müssen daher einen Ausgleich zwischen beiden Normkomplexen finden. Grundsätzlich bleibt es dabei, dass unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG die Ausübung der einheitlichen Leitung auch im faktischen Konzern zulässig ist.¹⁵ Indes ist damit nichts über das Ausmaß und die Intensität der zulässigen Einflussnahme gesagt; denn es ist genauso weithin anerkannt, dass die §§ 311 ff. AktG im Wesentlichen nur dezentrale Konzernstrukturen ermöglichen, da es stets darauf ankommt, dass der Nachteil ausgeglichen werden kann¹⁶ und die abhängige Gesellschaft nicht vollständig ihre Eigenständigkeit verliert.¹⁷ Es ist zwar richtig, dass der Vorstand der abhängigen AG das Konzerninteresse berücksichtigen kann und Maßnahmen ergreifen darf, die durch die Obergesellschaft veranlasst wurden;¹⁸ doch ist genauso anerkannt, dass die Zulässigkeit solcher Maßnahmen entsprechend dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (§ 311 Abs. 2 AktG) davon abhängt, ob die Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG eingehalten werden.¹⁹ Entscheidend für die Zulässigkeit des faktischen Konzerns ist damit die Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems des § 311 Abs. 2 AktG – was wiederum in den Händen des Vorstands der abhängigen AG liegt.

Mit der damit begründeten Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes der abhängigen AG ist es daher unvereinbar, dass dieser schuldrechtlich fremden Weisungen oder mindestens einer Pflichtenbindung zur Rücksichtnahme auf Interessen der Obergesellschaft unterliegen würde²⁰. Denn anders als im Vertragskonzern ist der Vorstand der faktisch konzernierten AG gerade nicht dem Konzerninteresse verpflichtet, er muss nicht die Weisungen der herrschenden Gesellschaft befolgen. Vielmehr ist er gerade umgekehrt gehalten, stets die Nachteiligkeit einer Einflussnahme zu prüfen und gegebenenfalls auf

15 *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, Vor § 311 Rn. 4, § 311 AktG Rn. 29; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vor § 311 Rn. 6, § 311 AktG Rn. 103; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 8; alle m. w. Nachw.

16 *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 1.

17 *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 8: „§ 76 AktG wird durch § 311 AktG nicht außer Kraft gesetzt“; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 113 f.; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 403; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 132 ff.; *Koppensteiner* in Köln Komm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 ff.; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 78; *Bälz*, AG 1992, S. 277, 292 ff.

18 *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 10, 78; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7.

19 *Kropff* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 302; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 72.

20 Ebenso *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 56; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 Rn. 319; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 73 f.; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 68 ff.; offen *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14, der der Praxis rät, davon abzusehen; ähnlich *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, 5. Aufl. 2008, Rn. 431; unentschieden *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 39; für Zulässigkeit dagegen *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 21 Rn. 2 f.; *Martens*, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 442; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 26; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 186 f.

einen Nachteilsausgleich zu dringen²¹. Der Abschluss eines den Vorstand gegenüber der Konzernobergesellschaft bindenden Vertrages würde aber eine den §§ 311 ff. AktG widersprechende unmittelbare Einflussnahmemöglichkeit bedingen, zumindest den Vorstand einer potentiellen Schadensersatzpflicht aussetzen, so dass es zu möglichen ständigen Interessenkollisionen käme.

Schließlich darf nicht verkannt werden, dass auch in der faktisch konzernierten Gesellschaft allein der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft die Kompetenz inne hat, den Anstellungsvertrag mit dessen Vorstand abzuschließen und nicht ein Dritter, auch nicht eine andere Konzerngesellschaft.²² Die Kompetenzordnung zur Anstellung wird weder im Vertrags- noch (erst recht) im faktischen Konzern der Obergesellschaft übertragen. Der Aufsichtsrat kann nach § 112 AktG auch nur seine Gesellschaft beim Abschluss des Anstellungsvertrages vertreten, nicht eine andere Konzerngesellschaft. Die zwingende Kompetenzzuordnung der Vertretung ist letztlich Ausfluss der Aufgabe des Aufsichtsrats, über die Anstellung des Vorstandes und der Bedingungen des Vertrages die Wahrung der Interessen der AG sicherzustellen; würde ein Dritter bzw. eine Konzernobergesellschaft den Vertrag anstelle des Aufsichtsrats abschließen können, wäre nicht mehr gewährleistet, dass der Aufsichtsrat die entsprechende Hoheit über die tatsächlich vereinbarten Anstellungskonditionen hätte.

Allerdings ist hier danach zu differenzieren, ob es sich um einen zusätzlichen Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft handelt sowie welchen Inhalt dieser Vertrag hat oder ob dieser Vertrag anstelle des eigentlich mit der Gesellschaft zu schließenden Vertrag treten soll. Sofern sich der Vertrag mit der Konzernober- (oder schwester-) gesellschaft auf die Leitung der abhängigen AG bezieht, würde dieser in Konflikt mit den Kompetenzen des Aufsichtsrats der abhängigen AG treten; ein solcher Vertrag stünde ebenso wie der Vertrag mit einem Dritten stets unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats analog zu § 88 Abs. 1 AktG.

Dies gilt erst recht, wenn nur noch ein Anstellungsvertrag zwischen dem Vorstand der abhängigen AG und der Konzernobergesellschaft geschlossen würde, ohne dass noch ein Vertrag zwischen der abhängigen AG und ihrem Vorstand bestünde; hier ist schon fraglich, ob der Aufsichtsrat der abhängigen AG noch seine Pflichten erfüllt, da er sich seiner Kompetenzen begibt und der Anstellungsvertrag ein Instrument ist, um die Wahrung der Eigeninteressen der abhängigen AG mit Hilfe insbesondere vergütungsrechtlicher Instrumente zu sichern.

b) Vertragskonzern

Anders als im faktischen Konzern trifft den Vorstand einer vertraglich konzernierten AG eine Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Obergesellschaft, § 308 Abs. 2 AktG. Demnach wäre hier eine schuldrechtlich begründete Pflicht über einen Anstellungsver-

²¹ BGHZ 179, 71 Tz. 14 – MPS, bezogen auf die kontinuierliche Prüfung von konzernintern vergebenen Darlehen.

²² S. dazu *Fonk* in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 219.

trag mit der Konzernobergesellschaft weit eher denkbar als im faktischen Konzern, da das im Anstellungsvertrag verankerte Weisungsrecht nur das konzernrechtlich bestehende Weisungsrecht flankieren und unterstützen würde. Gleiches gilt für die aus dem Anstellungsvertrag folgende Nebenpflicht, die Konzerninteressen zu berücksichtigen.

Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Verträge mit einer anderen Konzerngesellschaft könnten allerdings daraus resultieren, dass trotz § 308 Abs. 2 AktG der Vorstand existenzbedrohende oder rechtswidrige Weisungen abwehren muss²³ und er in diesen Fällen wiederum in Konflikt mit seinen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag geraten könnte. Dem steht jedoch entgegen, dass das Vorstandsmitglied von vornherein auch aus dem Anstellungsvertrag heraus nicht verpflichtet wäre, rechtswidrige Weisungen zu befolgen.²⁴ Von Relevanz könnten daher nur solche Weisungen sein, die einen für die abhängige AG existenzbedrohenden Charakter haben oder offensichtlich nicht im Konzerninteresse liegen (§ 308 Abs. 2 AktG). Sofern der Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft diese Grenzen aber einhält, ist ein neben dem Anstellungsvertrag mit der abhängigen AG tretender Dienstvertrag zulässig. Damit der Aufsichtsrat der abhängigen AG die Risiken des zusätzlichen Vertrages des Vorstandes für die AG einschätzen kann, insbesondere ob die Grenzen des § 308 Abs. 2 AktG eingehalten werden und dadurch von vornherein eine mögliche Interessenkollision des Vorstandes²⁵ ausgeschlossen wird, ist analog zu § 88 AktG die Zustimmung des Aufsichtsrats zu fordern.

Fraglich ist schließlich, ob die Personalkompetenz des Aufsichtsrats der abhängigen AG nach §§ 84, 116 AktG durch einen Dienstvertrag des Vorstandes mit der Konzernobergesellschaft unterlaufen würde. Entscheidend ist wiederum, inwieweit der Aufsichtsrat noch in der Lage ist, die Wahrung der Interessen der abhängigen AG durch entsprechende Anreize für den Vorstand zu sichern. Handelt es sich um einen zusätzlichen Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft, hat es der Aufsichtsrat der abhängigen AG weiterhin in der Hand, durch Vergütungsvereinbarungen in dem parallel dazu bestehenden Anstellungsvertrag mit „seiner“ abhängigen AG, etwa durch die Ausrichtung auf deren Entwicklung, für entsprechende Anreize zu sorgen.

Eine vollständige Aufgabe der Anstellungskompetenz, aber auch Pflicht zur Anstellung und Vereinbarung der Anstellungskonditionen kommt dagegen selbst im Vertragskonzern nicht in Betracht. Denn selbst in der schärfsten Form der vertraglichen Konzernie-

23 Ausführlich *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 308 Rn. 140 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 308 AktG Rn. 20; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, § 308 Rn. 70; *Krieger* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 70 Rn. 147 f., 156; *Langenbucher* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 308 AktG Rn. 37, 39 f.; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 308 AktG Rn. 52, 53, 66.

24 S. auch *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14; ebenso für den Arbeitnehmer *Weidenkaff* in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 611 Rn. 47; *Wank* in Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. 2004, § 106 Rn. 14; *Neumann* in Landmann/Rohmer, GewO, 55. EL 2009, § 106 Rz. 8; sowie für den Beauftragten *Martinek* in Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2006, § 665 Rn. 6; H. *Ehmann* in Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 665 Rn. 7.

25 Theoretisch denkbar und für die Interessenwahrnehmung für die abhängige AG gefährlich wären etwa Freistellungsklauseln seitens der Konzernobergesellschaft für Haftungsrisiken des Vorstandes der abhängigen AG im Falle der Befolgung von existenzbedrohenden Weisungen.

rung, der Eingliederung, bleibt es bei den grundsätzlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats der Bestellung und Anstellung – und damit auch bei seinen Pflichten. Die vertragliche Konzernierung führt nicht dazu, dass der Aufsichtsrat der abhängigen AG auf die Wahrnehmung seiner Personalkompetenz zugunsten eines alleinigen Dienstvertrages mit der Obergesellschaft verzichten könnte.

c) Sonderkonstellation: Doppelmandate

Für eine unbeschränkte Zulässigkeit von Dienstverträgen mit der Konzernobergesellschaft scheint jedoch die besondere Konstellation der Doppelmandate zu sprechen. Der Gesetzgeber hat derartige Doppelmandate zugelassen, indem das AktG etwa in § 100 AktG, aber auch in anderen Vorschriften keinerlei besondere Schranken hinsichtlich der Wahrnehmung von zwei Mandaten als Vorstandsmitglied kennt; vielmehr zeigt § 88 Abs. 1 S. 2 AktG, dass der Gesetzgeber gerade solche Doppelmandate für zulässig hielt. Dementsprechend hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung jüngst Doppelmandate für zulässig erachtet²⁶.

Hieraus den Rückschluss zu ziehen, dass Dienstverträge eines Vorstandsmitglieds einer abhängigen AG mit der Konzernobergesellschaft stets zulässig seien, wäre jedoch voreilig: Denn der Dienstvertrag des Doppelmandatars unterscheidet sich von der hier zu untersuchenden Konstellation. Bei einem Doppelmandatsträger bestehen zwei Dienstverträge, die sich aber auf die Leitung der jeweiligen AG beziehen, zum einen die Konzernobergesellschaft hinsichtlich der dort bestehenden Leitungspflicht, zum anderen auf der Ebene der abhängigen AG bezüglich der dortigen Vorstandspflichten. Demgegenüber zeichnet sich der Dienstvertrag des abhängigen Vorstandsmitglieds mit der Konzernobergesellschaft jedoch durch dessen Pflichten bezogen auf die Leitung der abhängigen AG aus. Daher ist die Wahrnehmung zweier Mandate auf Vorstandsebene von der Rechtslage zu unterscheiden, bei der das Vorstandsmitglied der abhängigen AG unmittelbar den Pflichten aus dem Vertrag mit der Konzernobergesellschaft unterworfen ist. Zwar ist auch der Doppelmandatsträger gehalten, jeweils die Pflichten „seiner“ AG zu berücksichtigen²⁷, so dass es zu Interessenkollisionen kommen kann, die unter Umständen zu einer Pflicht zur Mandatsniederlegung führen können. Doch handelt es sich hier um reflexartige Pflichtenkollisionen, die aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht und gegebenenfalls der Pflicht zur Konzernleitung insgesamt resultieren, nicht jedoch aus der primären Leistungspflicht des Vorstandsmitglieds, wenn es sich um einen Dienstvertrag handeln würde, der unmittelbar die Leitung der abhängigen AG zum Gegenstand hätte.

26 BGHZ 180, 105 Tz. 14 unter Verweis auf *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 574; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 93; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 22, § 88 Rn. 4, § 76 Rn. 21.

27 So explizit BGHZ 180, 105 Tz. 16.

B. Drittanstellungsverträge bei der GmbH

Für den GmbH-Geschäftsführer wird infolge dessen Weisungsgebundenheit ein solcher Vertrag mit einem Dritten überwiegend und in ständiger Rechtsprechung für zulässig gehalten. Zwar beziehen sich die einschlägigen Entscheidungen im wesentlichen auf die Rechtslage bei der GmbH & Co. KG und Verträgen des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der KG, ohne die Zulässigkeit noch näher zu begründen.²⁸ Doch muss man infolge der Folgepflicht des Geschäftsführers gegenüber Weisungen der Gesellschafter davon ausgehen, dass keine grundsätzlichen Bedenken gegen den Abschluss eines Drittanstellungsvertrages des Geschäftsführers bestehen. Denn die Gesellschafter haben es jederzeit in der Hand, den Geschäftsführer anzuweisen und damit gegenteiligen schuldrechtlichen Bindungen des Geschäftsführers zu begegnen. Anders als der Vorstand der abhängigen AG hat der Geschäftsführer der GmbH nicht die gleiche unabhängige Stellung, so dass für die Gesellschafter aufgrund ihrer Rechte nicht die gleichen Risiken wie in der AG entstehen können. Zwar hat der Geschäftsführer auch darauf zu achten, dass die Eigeninteressen der GmbH gewahrt werden; doch werden die Gläubiger durch andere Rechtsinstitute wie der Haftung der Gesellschafter aus § 826 BGB oder den jeweiligen Kapitalerhaltungsvorschriften geschützt.

Allerdings gilt dies alles zunächst nur für die nicht mitbestimmte GmbH; denn in der mitbestimmten GmbH nach MitbestG 1976 (sowie MontanMitbestG) fällt nach § 31 MitbestG dem zwingend einzurichtenden Aufsichtsrat die Kompetenz der Bestellung sowie der Anstellung des Geschäftsführers zu, ohne dass die Satzung hieran etwas ändern könnte. Demgegenüber fällt die Kompetenz für Bestellung und Anstellung der Gesellschafterversammlung zu, wenn die Gesellschaft nach dem DrittelbG mitbestimmt ist: Hier umfasst die Verweisung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG nicht die Berufung der Geschäftsführer, so dass es bei der Kompetenz der Gesellschafterversammlung bleibt.²⁹

Fraglich kann daher für die nach dem MitbestG 1976 mitbestimmte GmbH sein, ob die Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats durch eine Drittanstellung des Geschäftsführers unterlaufen werden könnte: Angesichts der auch in der mitbestimmten GmbH nach wie vor bestehenden Weisungsgebundenheit müssen hier vergleichbare Überlegungen wie für die vertraglich konzernierte AG eingreifen. Demnach ist zwar ein Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft möglich, auch hinsichtlich der Leitungspflichten des Geschäftsführers in der abhängigen GmbH; doch kann dieser nicht anstelle des Dienst-

28 BGHZ 75, 209, 210 Tz. 8 – allerdings ohne nähere Begründung (für den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG bei gleichzeitigem Vertrag mit der KG und nur unter Verweisung auf BGH WM 1970, 249, das wiederum auf BGH WM 1964, 1320 Bezug nimmt); BAG NJW 1998, 260, 261; BAG AP BGB § 611 Nr. 2 Gemischter Vertrag = BB 1973, 91; BAG ZIP 2003, 1010, 1014 (Tz. 49, 51), allerdings ebenfalls nur unter Hinweis auf die Privatautonomie und ohne Berücksichtigung der Problematik; *Fleck*, ZHR 145 (1985), S. 387, 388 f.; *U. H. Schneider*, GmbHR 1993, 10, 13 f.; *ders.* in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 35 GmbHG Rn. 191; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, 1. Aufl. 2006, § 35 GmbHG Rn. 168; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 35 GmbHG Rn. 165.

29 *U. H. Schneider* in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 52 GmbHG Rn. 166; *Lutter/Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 52 GmbHG Rn. 61; für die Genossenschaft BGH Beschl. v. 6.3.1997 - II ZB 4/69, BGHZ 135, 48.

vertrages der GmbH mit ihrem Geschäftsführer treten, da die Personalkompetenz des Aufsichtsrats der mitbestimmten GmbH unangetastet bleiben muss. Hinzu kommt, dass auch bei der mitbestimmten GmbH der Aufsichtsrat diesem zusätzlichen Dienstvertrag zustimmen muss, da der Aufsichtsrat weiterhin verpflichtet ist, den Geschäftsführer zu überwachen. Ähnlich wie bei Weisungen der Gesellschafter, die der Geschäftsführer ausführen muss, bleibt auch hier der Aufsichtsrat in der Pflicht, die Art und Weise der Ausführung zu überwachen; seine diesbezüglichen Pflichten werden nicht durch eine Weisung aufgehoben, auch wenn der Aufsichtsrat nicht befugt ist, die Gesellschafterversammlung hinsichtlich der von ihr gefassten Weisungsbeschlüsse zu überwachen.³⁰ Wenn daher die Überwachungspflicht auch bei Weisungen fortbesteht, muss dies auch für entsprechende Verträge gelten, mit denen ein Dritter bzw. die Konzernobergesellschaft unmittelbar Weisungen an den Geschäftsführer erteilen kann. Auch muss der Aufsichtsrat weiterhin die Möglichkeit zur Beurteilung haben, ob der Geschäftsführer noch über ausreichende Kapazitäten verfügt, um seinen Aufgaben und Pflichten nach dem Anstellungsvertrag mit der GmbH nachzukommen. Eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats zum Vertrag kann allerdings mit Hilfe einer Weisung durch die Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer zum Abschluss des Vertrages überspielt werden, womit der Aufsichtsrat hinsichtlich seiner Pflichten zur Wahrung der Interessen der GmbH entlastet wird; hier kann nichts anderes als bei Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 AktG im Rahmen der GmbH gelten.³¹

³⁰ Ebenso *Raiser/Heermann* in *Ulmer/Habersack/Winter*, 1. Aufl. 2006, § 52 GmbHG Rn. 86, 232; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, 19. Aufl. 2010, § 52 GmbHG Rn. 100, 242; *U. H. Schneider* in *Scholz*, 10. Aufl. 2007, § 52 GmbHG Rn. 88; *Lutter/Hommelhoff* in *Lutter/Hommelhoff*, 17. Aufl. 2009, § 52 GmbHG Rn. 17.

³¹ Näher *Spindler* in *MünchKomm. GmbHG*, § 52 Rn. 324 (erscheint demnächst) m. w. Nachw.

III. Vergütungsstrukturen mit Bezug zu Dritten

Die Zulässigkeit von Anstellungsverträgen ist von der Frage der Vergütungsstrukturen zu trennen: Ein Dienstvertrag kann zwar mit der „eigenen“ Gesellschaft geschlossen sein, die Vergütung kann dennoch von einem Dritten, insbesondere einer Konzerngesellschaft geschuldet werden. Auch wenn die Vergütung durch die eigene Gesellschaft gezahlt wird, sind ferner Vergütungselemente denkbar, die auf einem Index beruhen, der sich an den Leistungsindikatoren einer anderen Konzerngesellschaft orientieren – und nicht an denjenigen der „eigenen“ Gesellschaft. Mit derartigen Vergütungsstrukturen würden die Vorstände ebenso wie Geschäftsführer aber Anreize erhalten, sich an den Interessen anderer Gesellschaften auszurichten; denn nur wenn sie das Vermögen oder den Erfolg der anderen Gesellschaft mehren, erhalten sie auch mehr Gehalt. Zunächst ist die Rechtslage in der unabhängigen AG zu beleuchten:

A. Zahlungen und Vergütungen durch Dritte in der unabhängigen AG ohne Pflicht zur Gegenleistung

Während bei einem Drittanstellungsvertrag sich unmittelbar schuldrechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds gegenüber dem Dritten ergeben, könnte dies für reine Zahlungen, Vergütungen oder Prämien durch Dritte ohne eine solche Pflicht, insbesondere Weisungsfolgepflicht, anders zu beurteilen sein.³² Andererseits liegt es auf der Hand, dass die Geschäftsleiter sich tendenziell durch solche Zahlungen von dem Interesse des Dritten bzw. zahlenden Aktionärs leiten lassen und an der gesellschaftlichen Verfassung vorbei dessen Interesse dem Gesellschaftsinteresse überordnen. Mit den z.B. bei Private-Equity-Transaktionen oftmals vorgesehenen Beteiligungen des Managements der Zielgesellschaft an den Akquisitionsgesellschaften wird aber gerade ein Effekt erreicht, der an die bis vor einigen Jahren gängigen variablen Vergütungsmodelle, der Aktienoptionspläne bezogen auf Aktien der Muttergesellschaft, erinnert. Während bei den Aktienoptionsplänen allerdings dem Vorstandsmitglied immerhin noch die Option eingeräumt wird, die Aktie dann tatsächlich zu beziehen oder nicht, wird bei den geschilderten Transaktionen von vornherein das Management an den wirtschaftlichen Erfolg etwa der Akquisitionsgesellschaft gebunden. Die damit einhergehende Ausrichtung der Interessen des Vorstands der AG auf die Interessen des Dritten wird damit mehr als deutlich – und ist auch gerade erwünscht.³³

Wendet man sich in diesem Zusammenhang den Private-Equity-Transaktionen zu, die über eine Special-Purpose-Vehicle Gesellschaft die Zielgesellschaft akquirieren, ändert sich die Sachlage nochmals: Denn diese Gesellschaften sind oftmals allein zu dem

³² So im Ansatz Traugott/Grün, AG 2007, 761, 766.

³³ Vgl. Traugott/Grün, AG 2007, 761, 762 f.

Zweck gegründet worden, um die AG (bzw. GmbH) als Zielgesellschaft zu übernehmen. Sie haben in der Regel keine weiteren Beteiligungen – auch wenn dem ersten Anschein nach gerade das Gegenteil der Fall ist, da die Private-Equity-Gesellschaften zahlreiche Unternehmen aufkaufen, restrukturieren und wieder veräußern. Tatsächlich „beteiligen“ sich die Private-Equity-Gesellschaften jedoch nur als Management und „Berater“ an den SPVs, selten jedoch als dauerhafte Eigenkapitalgeber, das nötige Eigenkapital wird über Fonds und Anlagen bereitgestellt.³⁴ Dementsprechend können die konzernrechtlichen Vorschriften mangels anderweitiger unternehmerischer Tätigkeit (§§ 15, 17 AktG) oftmals nicht auf die SPVs angewandt werden, es handelt sich „nur“ um beherrschende Aktionäre bzw. Gesellschafter.³⁵

Ob dem Vorstand erlaubt ist, Zahlungen von Dritten, insbesondere bestimmten Aktionären entgegen zu nehmen, ist jedoch höchst zweifelhaft. Der Vorstand ist zwar berechtigt, die Aktionärsinteressen im Sinne eines „shareholder value“ zu verfolgen;³⁶ er darf aber nicht die Partikularinteressen eines einzelnen Aktionärs gegenüber den anderen Aktionären bevorzugen, selbst wenn dieser Großaktionär ist – dies gebietet schon der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 53a AktG, aber auch die Unabhängigkeit des Vorstandes nach § 76 AktG. Der Vorstand soll gerade die AG im Interesse aller Aktionäre führen, die Sicherung der Unabhängigkeit dient dazu, dass der Vorstand sich von einer einseitigen Ausrichtung auf einen Großaktionär (oder einen Dritten) emanzipiert. Deutlicher Ausdruck dieses Gedankens ist für die unabhängige AG das Verbot der schädigenden Einflussnahme in § 117 AktG,³⁷ das sowohl für Aktionäre aber auch für Dritte gilt, da die Norm nur darauf abstellt, dass der Einfluss auf den Vorstand benutzt wird, um die Gesellschaft zu schädigen.

Der Gedanke der Loyalität gegenüber der eigenen Gesellschaft und der Vermeidung von Interessenkonflikten schlägt sich schließlich auch in den Ziff. 4.3.2. f. des Deutschen Corporate Governance Kodex nieder, ebenso in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. So untersagt Ziff. 4.3.2. Vorstandsmitgliedern im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Personen von Dritten Zuwendungen oder sonstige Vorteile zu fordern oder anzunehmen bzw. Dritten ungerechtfertigte Vorteile zu gewähren. Zwar kann diese Empfehlung nur im Lichte des § 299 StGB gesehen werden; doch rekurriert sie auch auf die allgemeine Treuepflicht des Vorstandes und hat so einen weiteren Anwendungskreis als das engere Verbot des § 299 StGB. Zudem statuieren Ziff. 4.3.3 sowie 4.3.4., dass Vorstandsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und Interessenskonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offenzulegen haben. Auch für § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist im Rahmen der Business Judgement Rule anerkannt, dass der Vorstand keinen Interessenkonflikten unterliegen darf – was letztlich auch durch das

34 Näher dazu *Schmidt/Spindler*, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, Kap. A. III Rn. 35 ff.

35 *Schmidt/Spindler*, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, Kap. D. I Rn. 65 f.

36 Dazu (und zur Diskussion) *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 76 ff.; jüngst wieder *Milbert*, AG 2009, 766 zur corporate social responsibility.

37 S. oben S. 4 ff.

Wettbewerbsverbot nach § 88 Abs. 1 AktG zum Ausdruck kommt.³⁸ Unternehmerische Entscheidungen, die durch einen Interessenkonflikt beeinflusst werden, können nicht mehr in den Genuss der Haftungsprivilegierung der Sorgfaltspflichten kommen, da gerade die nur auf das Unternehmen ausgerichtete Entscheidungsfindung eine der wesentlichen Voraussetzungen für die von § 93 AktG geforderte Sorgfalt ist. Gerade diese „Neutralität“ und Unvoreingenommenheit wird durch eine – wenn auch nur mittelbare, durch finanzielle Anreize bewirkte – Ausrichtung („Incentivierung“) auf die Interessen eines bestimmten Gesellschafters durchbrochen.

Zwar wird eingewandt, dass die Drittvergütung keineswegs zur einseitigen Bevorzugung der Interessen des Dritten führen müsse, da die Vergütung so ausgestaltet werden könne, dass sie allein an dem Interesse der AG oder deren wirtschaftlichen Erfolg anknüpfe, etwa den Börsenkurs. Gerade auf diesen könne aber der Vorstand zulässigerweise verpflichtet werden.³⁹ Damit wird allerdings ein entscheidender Aspekt ausgeblendet, die Frage nämlich, wer für die Festlegung der Vergütungskriterien und für die Operationalisierung des Unternehmensinteresses zuständig ist. Primär obliegt diese Aufgabe dem Aufsichtsrat. Er hat im Rahmen der Festlegung des Vergütungssystems nach § 87 AktG, auf die langfristige Rentabilität des Unternehmens hinzuwirken und durch die Vorgabe entsprechender Parameter möglichst sicherzustellen. Wollte man es Dritten überlassen, im Rahmen ihrer Zahlungsverprechen eigenständig Bemessungsgrundsätze zu formulieren, bedeutet dies letztlich nichts anderes, als den Einfluss des Aufsichtsrats und seine Entscheidungsfreiheit im Rahmen des von § 87 AktG gewährten Korridors an Zielvorgaben erheblich einzuschränken. Dies bedeutet nicht, dass der Vorstand nicht auch auf den „shareholder value“ ausgerichtet werden dürfe – sofern dies nicht nach der Reform des § 87 AktG rein kurzfristig erfolgt. Entscheidend ist aber, wem die Kompetenz zur Festlegung der Ziele zukommt – und diese liegt allein beim Aufsichtsrat, und nicht bei einem Dritten.⁴⁰ Dem kann auch nicht dadurch begegnet werden, dass der Aufsichtsrat die Vergütung durch den Dritten ebenfalls beschließen würde; denn es ändert nichts daran, dass allein der Dritte die rechtliche Macht hat, die Bedingungen der Vergütung zu ändern und festzulegen. Nur dann, wenn man dem Aufsichtsrat jederzeit das Recht zugestehen würde, durch sein Veto die Drittvergütung zu Fall zu bringen, wäre es möglich den nötigen Einfluss auf die Formulierung der Vergütungsziele sicherstellen. Auch kann nicht allein auf die Verantwortung des Aufsichtsrats abgestellt werden, der den Vorstand im Unternehmensinteresse zu überwachen habe, oder auf die Haftung des Vorstandes⁴¹ – mit dieser Begründung wäre (überspitzt formuliert) auch die Verpflichtung des Vorstands auf ein rechtswidriges Handeln durch einen Dritten zulässig, es bliebe ja dem Aufsichtsrat unbenommen, den Vorstand ordnungsgemäß zu überwachen und ihn

38 Zum Ganzen s. *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 54 ff. m. w. Nachw.

39 So im Wesentlichen *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 767.

40 Daher für eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu Drittvergütungen *Bauer/Arnold* DB 2006, 260, 265; noch kritischer *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 754, 755; gegen eine grundsätzliche Unzulässigkeit hingegen *Hohaus/Weber*, DSfR 2008, 104, 105.

41 So aber *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 768.

gegebenenfalls abzuberaufen. Anders gewendet geht es um den nötigen institutionellen Schutz der Unabhängigkeit und der Kompetenzordnung in der AG.

Hinzu kommt, dass der Vorstand gerade aufgrund des breit gefassten Unternehmensinteresses über einen gewissen Konkretisierungsspielraum nach der Konzeption des deutschen AktG verfügt⁴² – dieser würde ihm genommen, wenn er von vornherein durch Vergütungssysteme von Dritten bestimmten Interessenvorgaben unterworfen wäre. Wie schon oben erwähnt, wäre es kaum einsichtig, warum es dem Satzungsgeber verwehrt ist (und der Hauptversammlung), selbst Grundelemente des Vergütungssystems festzulegen,⁴³ dies aber Dritten außerhalb jeder Kompetenzordnung ohne weiteres möglich sein sollte. Ob dies rechtspolitisch sinnvoll ist, den Gesellschaftern diese Entscheidungsoptionen zu nehmen, steht auf einem anderen Blatt und hängt mit der generellen Debatte über die Satzungsfreiheit in der Aktiengesellschaft zusammen.⁴⁴

Schließlich soll aus dem Vorstandsvergütungs-offenlegungsgesetz und den neu eingeführten §§ 285 Satz 1 Nr. 9a) und 314 Abs. 1 Nr. 6a) HGB, die vorsehen, dass Leistungen, die dem einzelnen Vorstandsmitglied von einem Dritten im Hinblick auf seine Tätigkeit zugesagt oder gewährt wurden, im Anhang des Jahresabschlusses bzw. Konzernabschlusses anzugeben sind, folgen, dass auch der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen sei, dass Drittvergütungen, insbesondere von Aktionären der Gesellschaft, zulässig seien.⁴⁵ Allerdings hatte der Gesetzgeber damit keineswegs eine grundsätzliche Aussage zur Zulässigkeit von Drittvergütungen verbunden; vielmehr stand die mit der Veröffentlichung der Leistungen einhergehende Transparenz im Vordergrund.⁴⁶ Das Streben nach einer größtmöglichen Transparenz besagt noch nichts darüber, ob derartige Zahlungen überhaupt zulässig seien – zumal der Gesetzgeber sich ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien mit dieser Frage überhaupt nicht näher auseinandergesetzt hat. Weder Referenten- noch Regierungsentwurf oder Ausschussunterlagen lassen erkennen, dass die Frage der Drittvergütungen thematisiert wurde. So enthielt der Referentenentwurf ebensowenig wie der Regierungsentwurf des VorstOG einen Hinweis auf Vergütungszusagen Dritter.⁴⁷ Erst in den Beratungen des Rechtsausschusses wurde dieser Passus eingefügt; zur Begründung wird angeführt⁴⁸:

42 S. dazu *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 69 ff.; zu dem Begriff des Unternehmensinteresses auch *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 756.

43 Dazu jüngst (zum Say-to-pay im neuen § 120 IV AktG) *Vetter*, ZIP 2009, 2136, 2143; *Fleischer/Bedkowski*, AG 2009, 677.

44 S. dazu *Spindler*, AG 1998, 53.

45 So argumentierend auch *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104, 105; *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 265 f.; zust. *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 768; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2292.

46 Vergleiche hierzu die Begründung in dem Gesetzesentwurf zum Vorstandsvergütungs- Offenlegungsgesetz vom 31.5.2005, BT-Drucks. 15/5577, S. 6 und S. 7; wie hier deutlich *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 755; zu dem Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz im Allgemeinen vgl. *Spindler*, NZG 2005, 689; *Fleischer*, DB 2005, 1611; *Thüsing*, ZIP 2005, 1389; *Leuering/Simon*, NZG 2005, 945; zuvor *Baums*, ZIP 2004, 1877.

47 RegE BR-Drucks. 398/05 vom 27.5.2005, abrufbar über http://www.dnoti.de/DOC/2005/BR_398_05.pdf; RefE VorstOG vom 31.3.2005, abrufbar über http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/vorstog_geschichte/vorstog_pdfs/01_refe_vorstog_2005_03_31.pdf

48 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 15/5860, S. 10.

„Die Einfügung des neuen Satzes 8 dient dazu, die Offenlegungspflicht auf Leistungen zu erstrecken, die einem Vorstandsmitglied im Hinblick auf seine Vorstandstätigkeit von einem Dritten zugesagt oder gewährt worden sind. Hierdurch sollen mögliche Interessenkonflikte deutlich gemacht werden. „Dritter“ ist grundsätzlich jede Person oder jedes andere als das den betreffenden Jahresabschluss aufstellende Unternehmen. Die Organe haben dafür Sorge zu tragen, dass sich die einzelnen Organmitglieder intern verpflichten, Drittzahlungen zu melden. Hinzuweisen ist ferner auf bereits bestehende Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG). In § 11 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 und § 33 Abs. 3 WpÜG werden bestimmte Fälle genannt, in denen solche Drittleistungen geregelt werden.“

Die Begründung erhellt deutlich, dass der Gesetzgeber die Gefahr der Interessenkollision sah, aber diese nicht von vornherein akzeptieren wollte; vielmehr wird zusätzlich auf § 33 Abs. 3 WpÜG (a.F.) verwiesen, der aber gerade Drittzahlungen dann untersagt, wenn damit nicht die Interessen der Gesellschaft verfolgt werden. Aus dem VorstOG kann daher keine Aussage zu einer generellen Zulässigkeit von Drittvergütungen abgeleitet werden.⁴⁹

Damit bestehen nicht nur gegenüber Drittanstellungsverträgen, sondern auch gegenüber Drittvergütungen und –zahlungen erhebliche Bedenken.

B. Konzernbezogene Ausgestaltung des Anstellungsvertrages

Eher denkbar als der direkte Anstellungsvertrag mit einer anderen Konzerngesellschaft sind Klauseln in Anstellungsverträgen des Vorstandsmitglieds mit „seiner“ abhängigen AG, die der Konzerneinbindung der Gesellschaft Rechnung tragen. Gerade für die Ausgestaltung der Vorstandsbezüge hat sich die Diskussion daran entzündet, ob das Gehalt des Vorstands der abhängigen Gesellschaft an dem wirtschaftlichen Erfolg der Obergesellschaft ausgerichtet werden kann. Vor allem durch variable Vergütungsmodelle, insbesondere Aktienoptionspläne, die auf Aktien der Muttergesellschaft bezogen sind oder Vergütungen in Abhängigkeit von Indizes, die auf den wirtschaftlichen Erfolg einer Konzerngesellschaft abstellen, wird die Frage aufgeworfen, ob die damit einher gehende Ausrichtung der Interessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft auf die Interessen der Obergesellschaft ein unzulässiges Maß erreicht. Hier steht die Frage im Vordergrund, inwiefern entsprechende Klauseln dazu führen können, die Interessen des Vorstandsmitglieds derart an andere Konzerngesellschaften zu binden, dass das Interesse der eigenen Gesellschaft unverhältnismäßig zurückgedrängt wird.

Dabei ergibt sich ein entscheidender Unterschied gegenüber der unmittelbaren Vergütung durch einen Dritten bzw. einer Konzerngesellschaft: Während hier die Zahlung bzw. Vergütung allein von dem Dritten oder dem Schicksal der Beteiligung abhängt,

⁴⁹ Ebenso Tröger, ZGR 2009, 447, 459 f.

bleibt es bei der „nur“ konzernorientierten Vergütung dabei, dass die Gesellschaft die Zahlung vorzunehmen hat – obwohl der „Erfolg“ des Vorstands nicht der Gesellschaft selbst, sondern einem Dritten zu Gute kommt. Daraus folgt unmittelbar, dass die Kompetenzen des Aufsichtsrats der AG nicht – anders als zuvor – unterminiert werden, da er es ist, der diese Parameter für die Vergütung festzulegt; ein unmittelbarer Einfluss des Dritten bzw. einer Konzerngesellschaft scheidet von vornherein aus.

1. Faktischer Konzern

a) Ausrichtung auf „verbundene Unternehmen“, § 192 Abs. 2 AktG

Sedes materiae für die Zulässigkeit von konzernbezogenen Vergütungsregelungen ist § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG: Der mit dem KonTraG neugefasste § 192 Abs. 2 AktG sieht vor, dass eine bedingte Kapitalerhöhung „zur Gewährung von Bezugsrechten an Arbeitnehmer und Mitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens“ beschlossen werden kann. Vom Wortlaut der Norm steht daher offenbar nichts im Wege, auch den Vorstandsmitgliedern einer Tochter-AG Bezugsrechte auf Aktien der Muttergesellschaft einzuräumen. Denn das Gesetz spricht neutral hier nur von „verbundenen Unternehmen“, ohne dass sich Einschränkungen hinsichtlich deren Rechtsform oder der gewählten Konzernierung ergäben. Daher ist es nicht verwunderlich, dass sich Befürworter einer völligen Freizügigkeit bei der Ausgestaltung der Vorstandsbezüge im Verhältnis zur Obergesellschaft im Ausgangspunkt auf den Wortlaut der Norm berufen.⁵⁰ Wenn das Gesetz Aktienoptionen bezogen auf die Muttergesellschaft oder andere verbundene Unternehmen für zulässig erklären sollte, wäre zudem die Tür für andere konzernbezogene Vergütungskriterien offen, etwa Phantom Stock Options oder konzerngewinnabhängige Prämien für den Vorstand der abhängigen AG.

Die Gesetzgebungsgeschichte ist ambivalent und lässt mehrere Deutungen zu: So spricht die Begründung zum RegE nur davon, dass

„Doppelbezüge von Vorständen, die zugleich gesetzliche Vertreter in Töchter sind, tunlichst zu meiden sind...“.

Ferner:

„Bei Tochtergesellschaften, die sich nicht im hundertprozentigen Besitz der Gesellschaft befinden, wird mit Blick auf die außenstehenden Eigentümer sorgfältig zu prüfen sein, ob eine einseitige Motivation von deren Organen und Führungskräften auf die Wertentwicklung bei der Mutter zu rechtfertigen ist. Unproblematisch ist die Einbeziehung im Vertragskonzern.“⁵¹

⁵⁰ So (aber nicht nur) *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 118 f.; *Martens*, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; dies aufnehmend *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2292.

⁵¹ Begr RegE BT-Drucks. 13/9712, S. 23 f.

Im Vorfeld des KonTraG wurde indes namentlich von Baums Kritik an dem Referentenentwurf im Rahmen einer Anhörung geübt, der noch ohne jede Einschränkung die Einräumung von Stock Options an die Geschäftsführung bei verbundenen Unternehmen vorsah,⁵² und die sich im Wesentlichen an der Anreizwirkung entzündete, die mit Stock Options bezogen auf Aktien der Muttergesellschaft für die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft verbunden ist. Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG allein genüge nicht, um die damit verbundene dauerhafte Interessenausrichtung auf die Obergesellschaft auszugleichen.⁵³ Da der Gesetzgeber sich indes darauf beschränkt hat, lediglich in der Begründung eine besondere sorgfältige Prüfung zu verlangen, aber nicht im Wortlaut der Norm entsprechende Beschränkungen aufgenommen, wird namentlich von Habersack gefolgert, dass derartige Gestaltungen keineswegs unzulässig sind. Lediglich im Einzelfall sei ihre Vereinbarkeit mit den §§ 311 ff. AktG zu überprüfen.⁵⁴

Auf den ersten Blick scheint gegen diese Auslegung nichts einzuwenden sein; doch verkennt auch diese Auffassung nicht, dass die einschränkenden Bemerkungen des Gesetzgebers mit dem sehr weiten Wortlaut der Norm schlecht in Einklang zu bringen sind. Dies gilt erst recht für die Einschränkungen hinsichtlich der Optionsprogramme für Vorstände der Obergesellschaft bezogen auf Aktien von Tochtergesellschaften: Obwohl der Gesetzgeber eindeutig derartige Fallgestaltungen ausgeschlossen sehen wollte, findet sich auch hier nichts im Wortlaut.⁵⁵

Diese Ambivalenz zwischen dem (zu) weit geratenen Wortlaut und der Gesetzesbegründung reflektiert letztlich den nicht gelösten Grundkonflikt zwischen dem Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG einerseits und den sich auf die Konzernstruktur auswirkenden aktienrechtlichen Normen andererseits.⁵⁶ Ausgangspunkt muss - insoweit mit der Gegenauffassung - sein, dass der faktische Konzern vom Gesetzgeber zugelassen worden ist, insbesondere einzelne Normen des allgemeinen Aktienrechts zumindest relativiert werden, auch wenn das Ausmaß nach wie vor umstritten ist, etwa im Bereich der Kapitalerhaltung.⁵⁷ Wie oben bereits dargelegt,⁵⁸ bleibt es zwar dabei, dass unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG die Ausübung der einheitlichen Leitung auch im faktischen Konzern zulässig ist.⁵⁹ Doch ist es genauso weithin anerkannt, dass die

52 RefE abgedruckt in ZIP 1996, 2129, 2193.

53 Baums, AG-Sonderheft 1997, S. 26, 35; ders., FS Claussen, 1997, S. 3, 12; Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; Zitzewitz, NZG 1999, 698, 700 f.; Zitzewitz, Stock Options, 2003, S. 157 f.; Veil in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 23.

54 Habersack, FS Raiser, 2005, S. 111, 119; s. auch schon Martens, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; zust. Waldhausen/Schüller, AG 2009, 179, 180 f.; aA Friederichsen, Aktienoptionsprogramme, 2000, S. 207 ff.

55 Insoweit auch Habersack, FS Raiser, 2005, S. 111, 120, der allerdings den genau gegenteiligen Schluss daraus zieht; wie hier zu Recht Tröger, ZGR 2009, 447, 458 f.

56 Ebenso Tröger, ZGR 2009, 447, 455 ff.

57 Eingehend Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 64 ff.; Spindler, ZHR 171 (2007), S. 245, 264 m. w. Nachw.

58 S. oben S. 9 ff.

59 Altmeyen in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, Vor § 311 Rn. 4, § 311 Rn. 29; Koppensteiner in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vor § 311 Rn. 6, § 311 Rn. 103; Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 8; alle m. w. Nachw.

§§ 311 ff. AktG im Wesentlichen nur dezentrale Konzernstrukturen ermöglichen, da es stets darauf ankommt, dass der durch die Einflussnahme entstandene Nachteil ausgeglichen werden kann⁶⁰ und die abhängige Gesellschaft nicht vollständig ihre Eigenständigkeit verliert.⁶¹ Entscheidend für die Zulässigkeit des faktischen Konzerns ist damit die Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems des § 311 Abs. 2 AktG – was wiederum in den Händen des Vorstands der abhängigen AG liegt. Nun liegt es auf der Hand, dass eine strukturelle Anreizwirkung durch Vorstandsbezüge, die im Wesentlichen auf das Interesse der Obergesellschaft abstellen, sich dahingehend auswirkt, dass der Vorstand verleitet werden kann, das Eigeninteresse der abhängigen AG hintan zu stellen, da es negative Auswirkungen auf seine eigene Position haben könnte. Die Waagschale bei der Entscheidung, ob einer Einflussnahme der Obergesellschaft nachgegeben wird, senkt sich dann im Zweifel zugunsten der konzernleitenden Maßnahme.

Dem gegenüber lässt sich zwar einwenden, dass der Vorstand der abhängigen AG sowieso ständig unter dem Damoklesschwert der Abberufung durch den Aufsichtsrat stünde, der im faktischen Konzern zumindest mehrheitlich mit Vertretern der Obergesellschaft besetzt ist. Somit würde der Vorstand aufgrund dieser Abhängigkeitssituation stets die Interessen der Obergesellschaft im Blick haben, so dass es keinen Unterschied mache, ob er noch zusätzlich Anreize durch das Vergütungssystem erhalte, die Interessen der Obergesellschaft stärker zu gewichten.⁶²

Doch wird damit die entscheidende Frage überdeckt: Soll der Vorstand noch zusätzlich und über das schon bestehende Abhängigkeitsverhältnis hinaus Anreize erhalten, die Eigeninteressen der abhängigen AG hintanzustellen? Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG, dessen Funktionsfähigkeit sowieso generell schon bemängelt wird, was etwa die Kompensationsfähigkeit von Nachteilen betrifft,⁶³ wäre noch weiter untergraben, wenn der Vorstand der abhängigen AG entsprechende Anreize hätte, die Eigeninteressen der abhängigen AG nicht mehr in den Vordergrund zu stellen. Gerade das anlassbezogene Schutzkonzept der §§ 311 ff. AktG würde durch eine kontinuierliche Verstärkung der

⁶⁰ Vetter in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7; Habersack in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; Altmeyen in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 1.

⁶¹ Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 8: „§ 76 AktG wird durch § 311 AktG nicht außer Kraft gesetzt“; Vetter in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 113 f.; Altmeyen in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 403; Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 132 ff.; Koppensteiner in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 ff.; Habersack in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 78; Bälz, AG 1992, S. 277, 292 ff.

⁶² So deutlich Martens, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; Friedrichsen, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte, 2000, S. 209 f.; ähnlich Habersack, FS Raiser, 2005, S. 111, 123 f.; Hohenstatt/Seibt/Wagner, ZIP 2008, 2289, 2292 f.

⁶³ Zur generellen Kritik an den §§ 311 AktG: Großfeldt, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 218 f.; Kronstein, FS Geßler, 1979, S. 219, 222; Koppensteiner, ZGR 1973, S. 1, 11 f.; Koppensteiner in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 21.

Ausrichtung an den Interessen der Obergesellschaft empfindlich tangiert⁶⁴. Oder mit den Worten des OLG München, bezogen auf § 87 AktG⁶⁵:

„Ebenso muss eine Festsetzung der Vergütung, durch die auch nur der Anreiz geschaffen werden könnte, dass der Vorstand gegen die Interessen der Gesellschaft handelt oder die Belange der Gesellschaft gesellschaftsfremden Interessen unterordnet, grundsätzlich als unzulässig angesehen werden. Eine Vergütungsregelung, die prinzipiell geeignet ist, Entscheidungen zu honorieren, die den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen, wird in der Regel die Lage der Gesellschaft nicht wie von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gefordert angemessen berücksichtigen.“

Damit geht keineswegs ein Paradigmenwechsel hin zu einem anlassunabhängigen Schutzkonzept einher;⁶⁶ denn für die Frage der Zulässigkeit der auf die Obergesellschaft bezogenen Vergütung ist nur ausschlaggebend, ob die von § 311 Abs. 2 AktG vorgesehene Balance, die gerade eben auf die einzelfallbezogene Beeinflussung⁶⁷ und deren Kompensation abstellt, durch eine kontinuierliche erheblich verstärkte Ausrichtung auf das Konzerninteresse gestört werden kann.⁶⁸

b) Vorstandsbezüge und Doppelmandat

Eng damit im Zusammenhang steht die Frage, wie mit Doppelmandaten umzugehen ist. Auch hier ergibt sich auf den ersten Blick ein schlagendes Argument für die Zulässigkeit der Orientierung der Vorstandsbezüge an der Obergesellschaft, insbesondere durch Stock Options bezogen auf Aktien der Obergesellschaft. Denn § 88 Abs. 1 S. 2 AktG enthält gerade die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, Doppelmandate im Konzern zuzulassen.⁶⁹ Dies hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung erst kürzlich ausdrücklich anerkannt.⁷⁰

64 Wie hier: *Tröger*, ZGR 2009, 447, 466 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Kallmeyer*, AG 1999, 97, 102; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 23; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, § 6 Rn. 51; *Wagner* in *Heidel*, 2. Aufl. 2007, § 193 AktG Rn. 14; *Frey* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 2001, § 19 Rn. 101; *Zitzewitz*, NZG 1999, 698, 700; *Ziemons* in *Hdb. AG*, Loseblatt, Teil I Rn. 8329; *Schüller*, Vorstandsvergütung, 2002, S. 142; *Hoffmann-Becking*, NZG 1999, 799, 803; vor der Neufassung des § 192: *Baums*, AG-Sonderheft 1997, 26, 35 f.; *Baums*, FS Claussen, 1997, S. 3, 12; *Semler*, FS Budde, 1995, S. 599, 604;

65 OLG München ZIP 2008, 1237 Tz. 42 – RWE; der Nichtannahmebeschluss des BGH ZIP 2009, 2436 bezieht sich lediglich darauf, dass angesichts der unsicheren Rechtslage kein Anfechtungsgrund vorliege.

66 So aber *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 124.

67 *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 1; *Habersack* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 1.

68 Ebenso *Tröger*, ZGR 2009, 447, 466 ff.

69 Allg.M., vgl. OLG Köln ZIP 1993, 110, 114; LG Köln AG 1992, 238, 240; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1018, 1024; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), S. 570, 574; *Semler*, FS Stiefel, 1987, S. 719, 734; *Dreher*, FS E. Lorenz, 1994, S. 175, 183 ff.; *Anders*, Vorstandsdoublemandate – Zulässigkeit und Pflichtenkollision, 2006, S. 110 f.; *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990, S. 132 f.; *Passarge*, NZG 2007, 441; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm. AktG*, 3. Aufl. 2010, § 76 Rn. 70; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 21, § 88 AktG Rn. 4; *Kort* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 2003, § 76 Rn. 178; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 93, § 88 AktG Rn. 25.

70 BGHZ 180, 105 Tz. 14 ff.

Daraus leitet sich offenbar ohne weiteres ab, dass auch Vorstandsbezüge ausgerichtet auf die Obergesellschaft zulässig sein müssten; andernfalls läge der Schluss nahe, dass Doppelmandate im Prinzip nicht möglich wären, da der Doppelmandatsträger notwendigerweise auch Bezüge der Obergesellschaft erhält – was indes gerade von § 88 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt wird.⁷¹

Daran ist richtig, dass das Gesetz grundsätzlich doppelte Vergütungsstrukturen zulässt, die notwendigerweise mit dem Doppelmandat verbunden sind; doch ist damit nichts darüber ausgesagt, wie die ebenfalls nicht zu leugnenden Pflichtenkollisionen beim Doppelmandatsträger aufzulösen sind. Wie schon der Gesetzgeber des KonTraG festhielt, sind „Doppelbezüge von Vorständen, die zugleich gesetzliche Vertreter in Töchter sind, tunlichst zu meiden“.⁷² Schon allein diese Feststellung zeigt, dass mit der Anerkennung von Doppelmandaten keineswegs per se auch eine Anerkennung von auf die Obergesellschaft bezogenen Vergütungen von Doppelmandatsträgern verbunden ist und dem Gesetz auch nicht generell eine solche Tendenz unterstellt werden kann. Die Anerkennung von Doppelmandaten besagt eben noch nichts über die Ausgestaltung der jeweiligen Vorstandsbezüge, wobei man noch nicht so weit gehen muss wie die Gesetzesbegründung zum KonTraG, die offenbar nur eine einzige Quelle der Vorstandsbezüge (bzw. Gesellschaft) für den Doppelmandatar vorsehen möchte. Anders gewendet: Es geht um die zusätzliche Ausrichtung des Vorstands der abhängigen AG an den Ergebnissen der Obergesellschaft im Rahmen der Vergütung, die die abhängige AG an den Vorstand zahlt – nicht um die Vergütung, die der Doppelmandatsträger im Rahmen seines Vertrages mit der Obergesellschaft bereits (erfolgsbezogen) erhält. Die Ausrichtung der Vergütung auch in der abhängigen AG an den Kriterien der Obergesellschaft würde quasi zu einer Verdoppelung (Vervielfältigung) der ohnehin schon bestehenden Anreize führen, die Interessen der Obergesellschaft als vorrangig zu behandeln.

Hilfreich ist hier ein Blick auf die Frage, wie die mit Vorstandsmandaten einhergehenden Interessenkollisionen⁷³ gelöst werden können, wobei die Grundsätze zu den Interessenkonflikten von Aufsichtsratsmitgliedern in nicht verbundenen Unternehmen herangezogen werden können.⁷⁴ Danach hat sich das konfliktbefangene Aufsichtsratsmitglied bei seinen Entscheidungen ausschließlich von den Interessen desjenigen Pflichtenkreises leiten zu lassen, in dem es gerade tätig wird.⁷⁵ Interessen des anderen Pflichtenkreises dürfen dabei nur insoweit berücksichtigt werden, als sie mit diesem

71 Darauf stellt vor allem *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 123 ff. ab.

72 Begr. RegE BT-Drucks. 13/9712, S. 23 f.

73 *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 574 ff.; *Säcker*, ZHR 157 (1987), 59 ff.; *Semler*, FS Stiefel, 1987, S. 719, 734; zusammenfassend *Kort*, ZIP 2008, 717, 719 m. w. Nachw.

74 *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 577; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1021; *Semler/Stengel*, NZG 2003, 1 ff. m. w. Nachw.; *Streyll*, Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten, 1992, S. 179; anders aber *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990, S. 135 ff., 147 ff., der dem Mandatsträger ein Ermessen einräumen will, welchem Interesse er den Vorrang gewähren will.

75 BGHZ 36, 296, 306 f.; BGH NJW 1980, 1629, 1630; *Semler/Stengel*, NZG 2003, 1, 2; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224, 239; *Singhof*, AG 1998, 318, 323; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 94 und § 116 AktG Rn. 76; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 5; *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 15 ff.; *Habersack* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 100 AktG Rn. 51.

nicht konfliktieren.⁷⁶ Auch das Vorstandsmitglied in der abhängigen Gesellschaft hat daher in vollem Umfang deren Interessen zu wahren⁷⁷ – die Befolgung von Veranlassungen der Konzernspitze steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen,⁷⁸ so dass es auch der Haftung nach § 93 AktG unterliegt, wenn es für die abhängige AG nachteilige Geschäfte durchführt, wie der BGH unlängst in einem Fall der Vergabe konzerninterner Darlehen bestätigt hat.⁷⁹ Bei Interessenkollisionen kann das Vorstandsmitglied nicht einseitig den Interessen einer anderen Gesellschaft den Vorzug geben.⁸⁰ Daher ist auch der Auffassung,⁸¹ die Interessenkollisionen dadurch vermeiden will, dass der Doppelvorstand bei Entscheidungen über konzernleitende Maßnahmen bei der Muttergesellschaft analog § 34 BGB einem gesetzlichen Stimmverbot unterworfen wird, mit Skepsis zu begegnen.⁸² Ein partieller Stimmrechtsausschluss wird in der Regel nicht genügen, da eine Einflussnahme des Vorstandsmitglieds auf die Geschicke der Gesellschaft nicht auszuschließen sein wird.⁸³ Bedenken bestehen auch wegen der Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder,⁸⁴ zumal der Interessenkonflikt nicht nur bei Rechtsgeschäften zwischen Mutter und Tochter, sondern generell besteht, je intensiver die Konzerngesellschaft miteinander durch Transaktionen wirtschaftlich miteinander verflochten sind.⁸⁵ Ist demnach der Bereich schon recht schmal, in dem Vorstandsdoublemandate ohne Beeinträchtigung der §§ 311 ff. AktG wahrgenommen werden können, indem zumindest in Einzelfällen das Vorstandsmitglied sich jeglicher Einflussnahme zu enthalten hat, wird er bei andauernder Pflichtenkollision nur schwerlich um eine Amtsniederlegung herumkommen.⁸⁶

Würde nunmehr auch noch generell die Ausrichtung auf die Interessen der Obergesellschaft als ständig wirkender Anreiz für das Vorstandsmitglied durch entsprechende

76 Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986) 570, 578 f.; Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1021; Kort, ZIP 2008, 717, 719; Streyl, Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten, 1992, S. 173; Krieger in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 69 Rn. 29; Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 68 ff.; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 116 AktG Rn. 76; Drygala in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 15 ff.

77 So explizit BGHZ 180, 105 Tz. 16.

78 Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1018; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 579.

79 BGHZ 179, 71 Tz. 14 – MPS.

80 BGH NJW 1980, 1629, 1629 f.; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 579 ff.; Krieger in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 69 Rn. 29; Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 56; Kort, ZIP 2008, 717, 719.

81 Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 579 ff.; Semler, FS Stiefel, 1987, S. 757; Seibt in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 18; diff. Kort in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 AktG Rn. 183 ff., 187, der §§ 136 AktG, 47 Abs. 4 GmbHG analog anwenden will; wohl auch Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 96: „erwägenswert“.

82 Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 77 AktG Rn. 8; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 11; Anders, Vorstandsdoublemandate – Zulässigkeit und Pflichtenkollision, 2006, S. 120 ff.

83 S. auch Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1021 ff.

84 Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 19 Rn. 29; Kort in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 AktG Rn. 186.

85 Säcker, ZHR 151 (1987), 59, 70.

86 Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 577; Kort in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 Rn. 189; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 97; Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 58; Seibt in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 18; im Ergebnis ähnlich Zitzewitz, Stock Options, 2003, S. 175.

Bezüge, insbesondere konzernerfolgsbezogene Kriterien verstärkt, zementiert sich quasi eine permanente Pflichtenkollision.⁸⁷ Dies gilt erst recht bei vollständiger Personalunion zwischen Gesellschaften, also wenn sämtliche Vorstandsmitglieder identisch mit denjenigen der Obergesellschaft wären. Allenfalls wäre denkbar, dass wenigstens ein unabhängiges Vorstandsmitglied der abhängigen AG vorhanden sein muss, um das Schutzsystem und den Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG zu gewährleisten.

c) Angemessene Vergütung nach § 87 AktG

Zudem ergibt sich ein fundamentaler Konflikt mit § 87 AktG (der Angemessenheit der Vergütung), erst recht nach dessen Neufassung durch das VorstAG, der die Vereinbarkeit solcher Vergütungsstrukturen zweifelhaft erscheinen lässt. Denn nunmehr betont § 87 AktG noch mehr als dies schon zuvor unter der alten Rechtslage der Fall war⁸⁸ die Ausrichtung des Vergütungssystems auf eine langfristige Rentabilität des Unternehmens, oder in den Worten des Gesetzgebers: auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ – allerdings beschränkt auf börsennotierte Gesellschaften. Vor allem hinsichtlich der variablen Vergütungsbestandteile muss der Aufsichtsrat die nachhaltige Unternehmensentwicklung als Leitbild des Systems und der Anreize berücksichtigen; reine Fixvergütungen werden damit nicht untersagt.⁸⁹ Das Gesetz erfasst aber auch andere Vergütungsformen, die nicht von vornherein in einer festen Geldsumme fixiert sind, etwa stock options, Gewinnbeteiligungen oder sonstige von Indikatoren abhängige Vergütungen. Die Vergütung kann auch aus einer Mischung kurz- und langfristiger Anreize bestehen, solange die langfristige Komponente überwiegt.⁹⁰

Zwar ist auch hier angesichts der erheblichen Probleme, die nachhaltige Unternehmensentwicklung zu operationalisieren,⁹¹ der Aufsichtsrat relativ frei, im Rahmen des – allerdings ebenfalls diffusen Unternehmensinteresses – Prioritäten zu setzen.⁹² Ob dem Aufsichtsrat hier ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbe-

87 Ähnlich *Tröger*, ZGR 2009, 447, 470 f.; anders *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2293 f., die sogar Vorteile erblicken, die der Aufsichtsrat in seiner Entscheidung über ein Vergütungssystem zugunsten der Berücksichtigung der Interessen der Konzernobergesellschaft einfließen lassen müsse.

88 Zur vorherigen Rechtslage und Ausrichtung auf die längerfristige Rentabilität des Unternehmens im Rahmen des Vergütungssystems s. *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 38, 41; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 87 AktG Rn. 16, 18 f.; *Kort* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 2006, § 87 Rn. 93, 197; LG Düsseldorf Urt. v. 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275, 3278 f.; *Ringleb* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 3. Aufl. 2008, Ziff. 4.2.3 Rn. 725 f., 732 ff.; *Hohaus/Weber*, DB 2009, 1515, 1517; *Thüsing*, AG 2009, 517, 519 f. hält dies allerdings für eine Verstärkung.

89 *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1350; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *Thüsing*, AG 2009, 517, 519; s. schon die Kritik in der Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2009, 612, 613 Tz. 7 zum Frake.

90 Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13433, S. 16, der damit der Kritik der Praxis Rechnung trägt; Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2009, 612, 613 Tz. 5, 8; im Ergebnis auch *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1351; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *Hohaus/Weber*, DB 2009, 1515, 1517; *van Kann/Keilowitz*, DStR 2009, 1587, 1588; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1919 nennt ein Verhältnis von 40% fix, 20% variabel langfristig und 20% variabel kurzfristig, 20% aktienbasierte Vergütung für nicht zu beanstanden.

91 S. dazu *Spindler*, NJOZ 2009, 3282, 3284 f.

92 Zutr. *Thüsing*, AG 2009, 517, 520. Allerdings entsteht hier ein bislang kaum wahrgenommener Konflikt zwischen der gemeinhin dem Vorstand eingeräumten Priorität bei der Definition des Unternehmensinteresses und dem Aufsichtsrat.

griffs eingeräumt werden kann (in Analogie zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG), ist bislang wenig diskutiert, aber anzunehmen.⁹³

Doch sind alle Kriterien und Parameter für die Angemessenheit einer Vergütung auf die Entwicklung des Unternehmens bzw. der AG ausgerichtet – und nicht auf die „Performance“ eines Dritten. Der Vorstand soll über die Vergütung Anreize erhalten, den Wert und die Überlebensfähigkeit der AG zu steigern und zu bewahren, was sich letztlich auch in § 91 Abs. 2 AktG niederschlägt – nicht aber den Wert des Unternehmens eines Dritten zu steigern. Allenfalls dann, wenn der Index oder der Parameter im Vergütungssystem, der auf Daten eines Dritten zurückgreift, die Leistung des Vorstands gegenüber seiner eigenen AG reflektiert, könnte darüber nachgedacht werden, diese Indizes als zulässig zu erachten. Selbst in diesen Fällen ergibt sich jedoch sofort die Frage, warum nicht unmittelbar an den Erfolg des eigenen Unternehmens geknüpfte Parameter gewählt werden. Dies schließt nicht aus, etwa den Börsenkurs der AG als Basis für eine Vergütung zu wählen, sofern eine mehrjährige Komponente gewählt wird. Eine Vergütung, die überwiegend auf die Interessen einer anderen Konzerngesellschaft, insbesondere einer Muttergesellschaft abstellt, ist daher erheblichen Bedenken ausgesetzt, ob sie noch nach § 87 AktG als zulässige Vergütungsstruktur angesehen werden kann.⁹⁴

d) Gesamtabwägung

Eine Beeinträchtigung der Interessen der Tochtergesellschaft tritt indes nur ein, wenn die Vergütungsbestandteile zugunsten einer anderen Konzern(ober)gesellschaft die Vergütungselemente, die auf die Tochtergesellschaft bezogen sind, überwiegen. Nur dann, wenn das Vorstandsmitglied durch die Vergütungsausgestaltung deutliche Anreize erhält, das Interesse der Konzern(ober)gesellschaft über dasjenige „seiner“ Tochtergesellschaft zu stellen, kommt es zu Fehlsteuerungen. Daher können konzernbezogene Vergütungen Bestandteil der Gesamtvergütung sein, sofern sie kein besonderes Gewicht hinsichtlich möglicher Entscheidungen des Vorstandsmitglieds bei Einflussnahmen seitens der Konzern(ober)gesellschaft erhalten. Überwiegen etwa die fixen und variablen Vergütungsbestandteile, die auf die Situation der Tochtergesellschaft abstellen, deutlich diejenigen, die auf die Muttergesellschaft bezogen sind, erheben sich keine Bedenken. Dabei können unterschiedliche Gestaltungen zum Tragen kommen, wobei stets der jeweilige wirtschaftliche Wert der jeweiligen Vergütungsform zu berücksichtigen ist, etwa der Zeit- bzw. Barwert bei zukunftsbezogenen Optionsformen (z.B. phantom stock options)⁹⁵. Es obliegt dem Aufsichtsrat, sich stets über die Gewichtung der Vergütungsbestandteile zu vergewissern, insbesondere ob dem Interesse der Tochtergesellschaft

93 Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 20; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 87 AktG Rn. 15; allgemein dazu Spindler, FS Canaris, 2007, S. 403; im Ergebnis ähnlich Hohenstatt, ZIP 2009, 1349, 1354 f.; van Kann/Keilweit, DStR 2009, 1587, 1588; Nikolay, NJW 2009, 2640, 2642.

94 OLG München ZIP 2008, 1237 Tz. 42 – RWE.

95 Insofern zutr. Waldhausen/Schüller, AG 2009, 179, 183 f.; s. auch Hohenstatt/Seibt/Wagner, ZIP 2008, 2289, 2294 f.

noch genügend Gewicht verliehen wird;⁹⁶ im Zweifel wird er dem Interesse der Tochtergesellschaft den Vorzug geben müssen. Auch im Rahmen des Anstellungsvertrages müsste dann der laufenden Kontrolle und Nachjustierung Rechnung getragen werden.⁹⁷

Darüber hinaus könnte daran gedacht werden, stets im Einzelfall zu überprüfen, ob der Vorstand der abhängigen AG überhaupt einen Einfluss auf die Wertentwicklung der Konzernobergesellschaft hat; würde es daran fehlen, etwa bei einer Orientierung am Börsenkurs der Obergesellschaft und relativ geringem Gewicht der Tochtergesellschaft im Konzernverbund, könnte man geneigt sein, eine Fehlsteuerung bzw. eine Anreizwirkung zu negieren.⁹⁸ Eine solche Betrachtungsweise erscheint jedoch aus mehreren Gründen lebensfremd: Zunächst liegt die Frage auf der Hand, warum dann überhaupt der Vorstand einer Tochtergesellschaft konzernbezogene Vergütungsbestandteile erhalten sollte, wenn diese keine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten sollen.⁹⁹ Zudem dürfte selbst bei einem geringen Einfluss des Vorstandes der abhängigen AG auf den Kurs der Obergesellschaft der Effekt einer Rückkoppelung an die Interessen der Obergesellschaft auf der Ebene der Tochtergesellschaft spürbar sein, da durchaus fraglich erscheint, ob ein Vorstandsmitglied tatsächlich eine nüchterne ökonomische Kalkulation seiner Einflussmöglichkeiten auf den Börsenkurs durchführt und sich nur auf die Interessen der Tochtergesellschaft konzentrieren würde; anders formuliert kann eine Rückkoppelung an das Interesse der Obergesellschaft – auch wenn sie noch so klein ausfallen sollte – das Zünglein an der Waage spielen, sofern nicht die Vergütung durch die Tochtergesellschaft absolut überwiegt. Eine Vergütung, die z.B. zu 90% an die Börsenkursentwicklung der Obergesellschaft gekoppelt wäre, bliebe unzulässig, selbst wenn der Vorstand der Tochtergesellschaft kaum Einfluss auf die Geschicke der Obergesellschaft nehmen kann. Schließlich dürfte sich das Ausmaß der Verkoppelung von Vorstandshandeln in der Tochtergesellschaft und den wirtschaftlichen Ergebnisindikatoren einer Obergesellschaft oftmals nur ex post feststellen lassen.

2. Vertragskonzern

Anders ist die Rechtslage im Vertragskonzern: Da der Vorstand der vertraglich konzernierten abhängigen AG verpflichtet ist, dass Konzerninteresse zu beachten, § 308 Abs. 2 AktG, kann gegen eine entsprechende Ausrichtung der Bezüge nichts vorgebracht werden.¹⁰⁰ Dabei kommt es nur darauf an, dass dem Eigeninteresse der abhängigen AG noch genüge getan wird – was durch die Schutzregelungen der § 302 AktG (Verlustübernahme) und § 303 AktG (Gläubigerschutz) gewährleistet wird. Eine Ausrichtung des

96 Von gesteigerten Überwachungspflichten gehen auch *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2295 aus.

97 *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 184: „Gegenmaßnahmen“.

98 So *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 184; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2294 f.

99 Skeptisch auch *Tröger*, ZGR 2009, 447, 473.

100 Begr. RegE BT-Drucks. 13/9712, S. 23 f.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 87 AktG Rn. 151; *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 185; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2289 f.; *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S. 154 f.; *Friedrichsen*, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte, 2000, S. 206 f.

Vorstandes der abhängigen AG am Interesse anderer Konzerngesellschaften steht daher wenig im Wege, so dass auch Stock Options bezogen auf die Obergesellschaft für den Vorstand der abhängigen AG zulässig sind¹⁰¹ - wie der Gesetzgeber deutlich festgehalten hat. In Fällen der existenzgefährdenden Weisungen bleibt es indes bei der Pflicht des Vorstandes der abhängigen AG deren Interessen zu wahren.

3. Einpersonen-AG

Eine weitere Ausnahme gegenüber den grundsätzlichen Bedenken gegenüber konzernbezogenen Vergütungsprogrammen ist anscheinend für die Einpersonen-AG zu machen, fehlt es doch hier an Minderheitsaktionären, auf die die Eigeninteressen der AG bezogen werden könnten.¹⁰² Damit würde indes das System der §§ 311 ff. AktG auf den Schutz der Minderheitsaktionäre reduziert – was nicht dem Ansatz der §§ 311 ff. AktG entspricht, die gleichermaßen dem Gläubigerschutz dienen, indem das Eigeninteresse der abhängigen AG gewahrt wird.¹⁰³ Demgemäß differenziert das Gesetz in den §§ 311 ff. AktG nicht danach, ob es sich um eine Einpersonen-AG oder eine solche mit Minderheitsaktionären handelt.¹⁰⁴ Selbst die Gegenauffassung muss konzedieren, dass die Leitlinie für den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, der über die konzernbezogene Vergütung zu entscheiden hat, immer noch das Unternehmensinteresse der Tochtergesellschaft – und nicht das Konzerninteresse – bleibt¹⁰⁵. Die Bedenken, die gegenüber einer Ausgestaltung von Vorstandsbezügen der Tochter-AG bezogen auf die Wertentwicklung der Obergesellschaft dargelegt wurden, bleiben daher auch bei einer Einpersonen-AG bestehen.¹⁰⁶

101 *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 18; *Frey* in Großkomm. AktG 4. Aufl. 2001, § 192 Rn. 101; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S.154 f.; *Zitzewitz*, NZG 1999, 698, 700.

102 In diesem Sinne *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; ähnlich *Waldhausen/Schüller* AG 2009, 179, 186.

103 Wie hier auch *Tröger*, ZGR 2009, 447, 468 f.; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 10; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 jew. m. w. N.

104 So auch *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 312 Rn. 27; *Habersack* in Emmerich/Habersack, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 13, § 312 AktG Rn. 6; *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 126 f.; kritisch zu dieser fehlenden Differenzierung *Götz*, AG 2000, S. 498 ff., der den nach § 312 AktG erforderlichen Abhängigkeitsbericht bei einer 100%igen Tochtergesellschaft als unnötig und ohne Nutzen ansieht; gegen diese Kritik *Bachmann*, NZG 2001, 961, 970, der den Abhängigkeitsbericht sowohl für den Insolvenzfall als auch zur Prophylaxe (Drohmittel der Aufnahme in den Abhängigkeitsbericht) für wichtig hält und der zur Vermeidung der Erstellungspflicht das Ausweichen auf die Rechtsform der GmbH anregt.

105 *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 186.

106 Anders wohl Begr. RegE BT-Drucks 13/9712, S. 24; umgekehrte Schlussfolgerung auch bei *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 126 f.; *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 186.

4. Mehrstufiger Konzern

Wenig erörtert, gleichwohl aber relevant, wie es das Verfahren vor dem LG München I bzw. dem OLG München eindrucksvoll belegt,¹⁰⁷ sind Fallgestaltungen in mehrstufigen Konzernen, etwa indem Vergütungen eines Vorstandes der Enkel-AG abhängig gemacht werden vom Konzerngewinn der Muttergesellschaft. Unproblematisch ist von vornherein ein mehrfach gestufter, aber auf jeder Stufe mit einem Beherrschungsvertrag versehener Vertragskonzern. Denn hier ist jeder Vorstand gehalten, die Interessen des Konzerns zu beachten, die Muttergesellschaft kann über die Tochtergesellschaft (gegebenenfalls auch bei einem unmittelbaren Beherrschungsvertrag mit der Enkelgesellschaft direkt) Weisungen erteilen. Dann aber sind auch Anreizstrukturen zulässig, die sich auf die Wertentwicklung der Obergesellschaft beziehen.

Bei mehrfach gestufter faktischer Beherrschung kommen Optionen auf Aktien oder andere variable Vergütungen bezogen auf die Wert- oder Erfolgsentwicklung einer anderen Gesellschaft als der jeweiligen Tochter- bzw. Enkelgesellschaft nicht in Betracht. Hier gilt wiederum das oben Ausgeführte, dass der Vorstand das Eigeninteresse der abhängigen (Enkel-) AG zu wahren hat, einerlei von wem die Einflussnahme ausgeht, ob von Ober- oder Tochtergesellschaft. Optionen oder andere Vergütungselemente, die sich auf eine andere Gesellschaft als der eigenen beziehen, sind daher im Grundsatz nicht möglich.

Komplexer sind Mischformen aus faktischem und vertraglichen Konzern: So kann etwa das Gehalt eines Vorstandes einer Enkelgesellschaft Aktienoptionen bezogen auf die Muttergesellschaft enthalten, wobei die Enkelgesellschaft vertraglich konzerniert ist gegenüber der Tochtergesellschaft, diese aber nur faktisch von der Muttergesellschaft beherrscht wird, etwa bei einer deutschen Holding-Gesellschaft, die Tochtergesellschaft gegenüber einer US-amerikanischen Muttergesellschaft ist. Während der Vorstand der Enkelgesellschaft aufgrund der vertraglichen Konzernierung ohne weiteres die Interessen der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen hat, gilt dies nicht ohne weiteres gegenüber der Muttergesellschaft, da diese die Enkelgesellschaft nicht unmittelbar vertraglich beherrscht.¹⁰⁸ So wenig wie die Tochtergesellschaft ihre eigenen Interessen im Rahmen des § 311 Abs. 2 AktG vernachlässigen darf, so wenig ist es der Enkelgesellschaft erlaubt, nur die Interessen der Obergesellschaft gegebenenfalls zu Lasten der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. Nur wenn ein unmittelbarer Beherrschungsvertrag zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft bestünde, wäre die Sachlage anders. Denn wenn die Enkelgesellschaft nur unselbständiger Teil der Tochtergesellschaft wäre, kämen alle oben dargelegten Einschränkungen im Rahmen des faktischen AG-Konzerns zum Tragen.

¹⁰⁷ OLG München ZIP 2008, 1237 – RWE.

¹⁰⁸ Statt vieler *Veil* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 308 AktG Rn. 10.

Ist die Tochtergesellschaft dagegen vertraglich konzerniert, die Enkelgesellschaft indes nur faktisch beherrscht, kann der Vorstand der Enkelgesellschaft weder an die Interessen der Tochtergesellschaft noch an diejenige der Muttergesellschaft durch entsprechende Optionen oder Bezüge angebunden werden, da er auch hier die Interessen der eigenen Enkelgesellschaft im Rahmen des § 311 Abs. 2 AktG zu vertreten hat.

C. Geschäftsführergehalt der abhängigen GmbH

Wieder anders stellt sich die Situation in der abhängigen GmbH dar: Aufgrund der Pflicht des Geschäftsführer der GmbH, Weisungen der Gesellschafter zu befolgen, entsteht eine ähnliche Situation wie im Vertragskonzern, allerdings ohne dessen rigide Ausgleichsmechanismen. Wie schon oben festgehalten, ist bereits ein unmittelbarer Vertrag mit dem Geschäftsführer zulässig, so dass erst recht entsprechende Vergütungen an ihn im Konzern möglich sind, ebenso konzernerfolgsbezogene Ausgestaltungen. Selbst wenn man einen unmittelbaren Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft ablehnen sollte, bliebe es bei der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers, so dass die Rechtslage gleichgelagert mit derjenigen des Vertragskonzerns bleibt.

Ohne hier die umfangreiche Diskussion zum GmbH-Konzern aufgreifen zu können¹⁰⁹, ist jedoch festzuhalten, dass das Eigeninteresse der GmbH nur hinsichtlich der Existenzgefährdung geschützt ist¹¹⁰, so dass ähnlich wie im Vertragskonzern variable Vergütungen, die sich an der wirtschaftlichen Entwicklung der Obergesellschaft orientieren, weitgehend zulässig sind.¹¹¹ Dies gilt auch in der nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten GmbH, da die Mitbestimmung nichts an der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers ändert.

109 Eingehende Darstellungen zu Konzernrecht der GmbH bei *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, 2006; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, SchlAnhKonzernR, je m. w. Nachw.

110 Zum Streit um das Bestandsschutzinteresse in der Einpersonen-GmbH *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 201; *Ulmer* in Hachenburg, 8. Aufl. 1997, Anh. § 77 GmbHG Rn. 75, 87; *Habersack* in Emmerich/Habersack, 6. Aufl. 2010, Anh. § 318 AktG Rn. 34; *Lutter* in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, Anh. § 13 GmbHG Rn. 34 ff.

111 *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S. 159 f.; *ders.*, NZG 1999, 698, 701; *Friedrichsen*, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte, 2000, S. 210 f.

IV. Zusammenfassung

Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern mit Dritten sind nur im Vertragskonzern zulässig, selbst hier nur dann, wenn sie der herrschenden Gesellschaft keine Rechtsmacht einräumen, Weisungen zu erteilen, die existenzbedrohend für die abhängige AG sein können oder außerhalb des Konzerninteresses liegen. Zudem bedürfen die Verträge der Genehmigung durch den Aufsichtsrat. Die Zustimmung des Aufsichtsrats kann auf einen Ausschuss übertragen werden. Verträge mit Dritten oder im faktischen Konzern sind dagegen weitgehend unzulässig. Im GmbH-Konzern können dagegen Drittanstellungsverträge vereinbart werden, bei einer mitbestimmten GmbH allerdings nur, sofern hier der Aufsichtsrat zustimmt – was durch die Gesellschafterversammlung aber überstimmt werden kann.

Vergütungen für Vorstandsmitglieder, die sich am Erfolg anderer Konzerngesellschaften orientieren, insbesondere der Konzernobergesellschaft, sind nur im Vertragskonzern zulässig. Im faktischen Konzern führen derartige Vergütungen zu einer unzulässigen Verstärkung des Einflusses der beherrschenden Gesellschaft. Im GmbH-Konzern sind derartige Vergütungen ohne weiteres zulässig, auch bei der mitbestimmten GmbH.

Über die Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage **www.boeckler.de** bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39 Telefon: 02 11/77 78-0
40476 Düsseldorf Telefax: 02 11/77 78-225



www.boeckler.de

**Hans Böckler
Stiftung**

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

