Dr. Rüdiger Werner,
Rechtsanwalt, Gerlingen

Gilt das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) auch für die GmbH ?

Die Überschrift *"Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)"* erweckt zwar den Eindruck, die Novelle habe lediglich für die AG Bedeutung. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob und inwieweit die neuen Vorschriften auch für Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH oder der GmbH & Co. KG Wirkung entfaltet, da einzelne Vorschriften des AktG aufgrund der in § 31 Abs. 1 MitbestG bzw. § 52 GmbHG enthaltenen Verweisung auch für die GmbH gelten. Ob dies auch für einige der durch VorstAG in das AktG eingefügten Neuregelungen zutrifft, ist gegenwärtig heftig umstritten (in diesem Sinne *Fockenbrock/Iwersen*, Handelsblatt v. 25.8.2009, S. 2; explizit dagegen z.B. *Menke*, FAZ v. 2.9.2009, S. 21).

I. Gesellschaften die der Mitbestimmung nach dem MitbestG unterliegen

Gemäß § 1 Abs. 1 MitbestG unterfallen in der Rechtsform der GmbH organisierte Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung, wenn sie mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Derartige Gesellschaften sind daher nach §§ 6, 7 MitbestG zur Einrichtung eines paritätisch mit Vertretern der Beschäftigten besetzten Aufsichtsrats verpflichtet. Gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG ist auf einen solchen obligatorisch zu bildenden Aufsichtsrat insbesondere § 107 AktG anwendbar. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG i.d.F. des VorstAG bestimmt nunmehr, dass Aufgaben nach § 87 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1 u. 2 AktG zwingend durch den Gesamtaufsichtsrat wahrzunehmen sind. Aufgrund der Nichterwähnung des § 87 AktG in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG a.F. ging man bislang davon aus, dass insbesondere die Kompetenz zur Aushandlung der Geschäftsführerdienstverträge einem besonderen Aufsichtsratsausschuss überlassen werden konnten (*Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 52 Rz. 275).

Zwar wurde in der Literatur in diesem Zusammenhang vertreten, die paritätische Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen sei nicht nur für den Vermittlungsausschuss zwingend, sondern gelte auch für die Besetzung anderer Ausschüsse, wie etwa einen für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zuständigen Personalausschuss (*Nagel*, DB 1982, 2677 ff.; *Reuter*, AcP 179 [1979], 509 [533]). Der BGH und der überwiegende Teil des Schrifttums haben eine solche Verpflichtung zur paritätischen Besetzung jedoch abgelehnt (BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, AG 1993, 464; v. 25.2.1982 – II ZR 102/81, AG 1982, 221). Nach h.M behielt der Aufsichtsrat in Bezug auf die Besetzung seiner Ausschüsse die Autonomie. Er hatte daher auch das

Recht, für die Besetzung eines bestimmten Ausschusses nur Anteilseignervertreter zu bestimmen, sofern sachliche Gründe dafür gegeben waren (*Habersack* in Münch.Komm.AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rz. 127, m.w.N.).

Mit der Aufnahme des § 87 AktG in den Katalog des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG stellt sich die Frage, ob nicht aufgrund der Verweisung des § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf § 107 AktG auch bei der GmbH die Kompetenz zum Abschluss der Vorstandsdienstverträge nunmehr dem Gesamtaufsichtsrat obliegt. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob nicht auch der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH bei der Festsetzung der Vergütung der Geschäftsführer an die in § 87 AktG niedergelegten Maßstäbe gebunden ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG ausdrücklich auf § 116 AktG verweist. Im Rahmen der Neufassung dieser Norm durch das VorstAG wurde in § 116 AktG ein S. 2 eingefügt, der die Mitglieder des Aufsichtsrats explizit für persönlich haftbar erklärt, wenn diese eine unter Berücksichtigung des § 87 Abs. 1 AktG unangemessene Vergütung für den Vorstand festsetzen.

Zwar verweist § 116 S. 2 AktG explizit nur auf § 87 Abs. 1 AktG. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch § 87 Abs. 2 AktG auf die GmbH anwendbar ist. Bereits bislang erkannt die Rechtsprechung eine Verpflichtung der Geschäftsführer an, einer Herabsetzung ihrer Bezüge zuzustimmen, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft dies erfordert. Liegt die Kompetenz zum Abschluss der Dienstverträge wie bei der mitbestimmten GmbH nicht bei der Gesellschafterversammlung sondern beim Aufsichtsrat besteht insoweit auch eine Verpflichtung des Aufsichtsrats, auf eine Herabsetzung der Bezüge der Geschäftsführer hinzuwirken. Werden die Bezüge in einer derartigen Situation gleichwohl nicht herabgesetzt, so wird die Vergütung der Geschäftsführer im Zweifelsfalle auch unangemessen i.S.d. § 87 Abs. 1 AktG sein.

Der Rechtsausschuss hat in der Begründung zu seiner Beschlussempfehlung zur Änderung des § 87 AktG ausgeführt, dass der nunmehr in § 87 AktG verankerte Nachhaltigkeitsgedanke zwar auch von nicht börsennotierten Gesellschaften berücksichtigt werden sollte. Man habe jedoch von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen, da sonst Fragen zum Verhältnis zur GmbH und den Personengesellschaften aufgeworfen würden. Man wolle es jedoch den Eigentümern überlassen, hier die richtigen Instrumente zu finden. Auch über die Verweisung in § 116 AktG bei der GmbH mit Aufsichtsrat werde der geänderte § 87 AktG nicht für die GmbH anwendbar sein. Aus diesem Grund wurde die Verweisung des § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 93 Abs. 1 u. 2 AktG auf § 93 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1 AktG begrenzt (BT-Drucks. 16/13433, S. 16, 18). Der insoweit eindeutige Wortlaut der Gesetzesbegründung spricht deswegen dagegen, § 87 AktG auf die GmbH anzuwenden (*Wübbelsmann*, GmbHR 2009, 988 [990]). Ist § 87 AktG nicht anwendbar, so kann auch § 107 AktG nicht eingreifen (*Menke*, FAZ v. 2.9.2009, S. 21; a.A. *Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 [963]).

Es bleibt die Frage, inwieweit § 87 AktG im Wege der Analogie auf die GmbH angewendet werden kann. Eine solche Analogie käme von vornherein nur für Gesellschaften in Betracht, die der Anwendung des MitbestG unterfallen, da hier wie bei der AG der Aufsichtsrat und nicht die Gesellschafterversammlung für die Festsetzung der Vergütung der Geschäftsleiter zuständig ist (*Menke*, FAZ v. 2.9.2009, S. 21). Was die Höhe der dem Geschäftsführer zustehenden Vergütung angeht, so hat man sich bei mitbestimmten GmbHs bereits bisher am Maßstab des § 87 AktG orientiert (*Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 6 Rz. 31). Was allerdings die durch § 87 Abs. 2 S. 1 u 2 AktG eröffnete Möglichkeit zur nachträglichen Herabsetzung der Bezüge angeht, dürfte es an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlen (*Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 [960]), da die Rechtsprechung bislang entsprechende Fälle durch Rückgriff auf die Treuepflicht des Geschäftsführer löste (BGH v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 654; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 6 Rz. 34a). Im Übrigen muss § 87 Abs. 2 AktG aufgrund seiner einschneidenden Wirkung eng ausgelegt werden, so dass die Norm für eine Analogie ungeeignet ist (*Menke*, FAZ v. 2.9.2009, S. 21).

II. Gesellschaften, die der Mitbestimmung nach dem DrittbetG unterliegen

Eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats kann sich für eine GmbH im Übrigen nicht nur aus dem MitbestG sondern auch aus dem DrittbetG ergeben. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittbetG ist eine GmbH zur Einrichtung eines Aufsichtsrats verpflichtet, wenn sie in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Zwar erklärt § 1 Abs. 1 Nr. 2 DrittbetG insoweit auch § 107 sowie § 116 AktG für anwendbar. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer und zum Abschluss ihrer Dienstverträge bei einer nach dem DrittbetG mitbestimmungspflichtigen GmbH nicht beim Aufsichtsrat, sondern bei der Gesellschafterversammlung liegt. Aus diesem Grund kann hier von vornherein ein kein Raum für eine Anwendung des § 87 AktG. Nichts anderes gilt auch trotz der Verweisung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittbetG auf § 116 AktG für den Aufsichtrat (*Menke*, FAZ v. 2.9.2009, S. 21; Ebenso *Gaul/Janz*, GmbHR 2009, 959 [963]).

III. Gesellschaften mit fakultativem Aufsichtsrat

GmbHs, die nicht bereits kraft Gesetzes zur Bildung eines Aufsichtrats verpflichtet sind, können einen solchen jederzeit in ihrer Satzung vorsehen. Sieht der Gesellschaftsvertrag die Einrichtung eines solchen Aufsichtsorgans vor, d.h. die Einrichtung eines Organs, das seinen Kompetenzen nach dem aktienrechtlichen Aufsichtsrats vergleichbar und insbesondere die Kompetenz zur Überwachung der Geschäftsleitung besitzt, so erklärt § 52 Abs. 1 GmbHG eine Reihe

aktienrechtlicher Vorschriften für anwendbar. § 87 AktG sowie § 107 AktG sind in dem in § 52 Abs. 1 GmbHG aufgelisteten Katalog nicht enthalten. Zwar verweist § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 116 AktG, der ja den Aufsichtsrat in seiner novellierten Fassung im Fall der Festsetzung einer unter Berücksichtigung der Maßstäbe des § 87 Abs. 1 AktG unangemessenen Vergütung zum Schadenersatz verpflichtet. Wie zuvor bereits ausgeführt wurde, ist die Norm im Hinblick auf die GmbH insoweit teleologische zu reduzieren.

IV. Insbesondere die GmbH & Co. KG

Anders als Kapitalgesellschaften unterliegen die Gesellschafter einer Personengesellschaft aufgrund ihrer persönlichen Haftung nicht der Mitbestimmung. Die Komplementärin einer GmbH & Co. KG kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats verpflichtet sein, wenn ihr die Arbeitnehmer der KG nach §§ 4, 5 MitbestG zugerechnet werden. Verfügt sie unter Berücksichtigung dessen über mehr als 2000 Arbeitnehmer, so unterfällt auch sie der Mitbestimmung und ist zur Einrichtung eines Aufsichtsrats verpflichtet. In diesem Fall ist auch § 31 Abs. 1 MitbestG mit seiner Verweisung auf § 107 AktG anwendbar. Im Übrigen verweist § 31 Abs. 1 MitbestG auch auf § 116 AktG. Beide Verweisungen sind jedoch bei der GmbH & Co. KG wie bei der GmbH im Hinblick auf den entgegengesetzten Willen des Gesetzgebers teleologisch zu reduzieren (s.o.).