UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Die Zukunft der GmbH: Arbeitnehmermitbestimmung in der GmbH

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1983. "Die Zukunft der GmbH: Arbeitnehmermitbestimmung in der GmbH." In *Die Zukunft der GmbH vor dem Hintergrund der deutschen und österreichischen Novellen vom 1.1.1981: Referate und Diskussionen des Innsbrucker Symposions vom 5./6. März 1982*, edited by Günter H. Roth, 131–44. Wien: Orac.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Die Zukunft der GmbH: Arbeitnehmermitbestimmung in der GmbH

Von Herbert *Buchner,* Augsburg *

I. Die rechtspolitische Situation in der Bundesrepublik

Die Zukunft der GmbH ist, soweit sie von der mitbestimmungsrechtlichen Gestaltung der Entscheidungsprozesse in der Gesellschaft abhängt, nur schwer prognostizierbar — allenfalls von Bundestagswahl zu Bundestagswahl, selbst dies ist angesichts der immer wechselhafter werdenden Meinungsbildung innerhalb der politischen Parteien nicht mehr gesichert. Ein politischer Kompromiß in der Frage der Unternehmensmitbestimmung wurde zwar erst 1976 mit Erlaß des Mitbestimmungsgesetzes (MitbG) gefunden. Dieses brachte aber keineswegs das Ende des rechtspolitischen Ringens. Vielmehr machte die Gewerkschaftsseite von Anfang an deutlich, daß sie das Mitbestimmungsgesetz nur als eine erste Etappe sieht auf dem Weg zu einer voll paritätischen Teilhabe der Arbeitnehmer am Entscheidungspozeß der Unternehmen, die rechtsformunabhängig und damit im Rahmen einer neu zu entwickelnden Unternehmensverfassung realisiert werden müsse. Eine entsprechende Mitbestimmungsinitiative des DGB wurde erst jüngst wieder angekündigt; der Gewerkschaftsvorsitzende erklärte dazu: „Wir wollen ein neues Unternehmensrecht, das der Mitbestimmung einen originären Stellen-

*) Die Vortragsfassung wurde beibehalten und nur um einige verweisende Fußnoten ergänzt. Aus Zeitgründen war eine umfassende Inbezugnahme der vielfältigen literarischen Stellungnahmen im Rahmen dieses Kurzreferates nicht möglich. Ausführliche Darstellungen der Problematik und des Streitstandes finden sich etwa bei *Zöllner,* GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht) 1977, S. 319ff.; *Hommelhoff,* Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, S. 119ff.; *Rosendahl,* Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 199; *Vollmer,* Die mitbestimmte GmbH — gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungsgestaltungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz —, ZGR 1979, S. 135; *Säcker,* Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, Der Betrieb 1977, S. 1845; *Säcker,* Kompetenzstrukturen bei Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des unternehmerischen Leistungsorgans, Betriebs-Berater 1979, S. 1321; *Rittner,* Die Anstellungsverträge der GmbH-Geschäftsführer und das Mitbestimmungsgesetz, Der Betrieb 1979, S. 973ff.; *Werner,* Anstellung von GmbH-Geschäftsführern nach dem Mitbestimmungsgesetz, Festschrift für *Robert Fischer* (1979), S. 822ff.; *Theisen,* Weisungsrecht gegen Zustimmungsvorbehaltsrecht in der mitbestimmten GmbH, Betriebs-Berater 1980, S. 1243.

wert in unserem Rechtssystem verleiht und sie nicht auf die überkommenen Kapitalverhältnisse aufpfropft“ [1]).

Auf der anderen Seite scheint der Weg zu einem neuen Unternehmensrecht im Sinne der Schaffung einer rechtsformunabhängigen Unternehmensverfassung beschwerlicher denn je. Die vom Bundesjustizminister eingesetzte Unternehmensrechtskommission hat sich nach siebenjähriger Tätigkeit nicht in der Lage gesehen, unter den gegebenen Umständen — nämlich ihrer inhomogenen Zusammensetzung — eine einheitliche Konzeption zu entwickeln, die einem künftigen Unternehmensrecht für alle Rechtsformen oder rechtsformunabhängig zugrunde gelegt werden könnte [2]). Wenn sich nicht unvorhersehbare Änderungen in der rechtswissenschaftlichen Meinungsbildung ergeben bzw. sich die politischen Mehrheitsverhältnisse erheblich verschieben, sind grundsätzliche konzeptionelle Neugestaltungen des Gesellschafts- bzw. Unternehmensrechts nicht zu erwarten. Eher ist damit zu rechnen, daß dem Gesellschaftsrecht — um den Sprachgebrauch der Unternehmensrechtskommission [3]) zu übernehmen — neben den geltenden Mitbestimmungsregelungen noch die eine oder andere ergänzende Vorschrift „aufgepfropft“ wird. Aber darüber läßt sich gegenwärtig nur spekulieren. Die hier gestellte Aufgabe kann deshalb nur sein, Überlegungen über die Zukunft der GmbH auf der Grundlage der geltenden Mitbestimmungsgesetzgebung anzustellen, wobei die Frage nur dahin gehen kann, ob die bestehende Mitbestimmungsregelung der Rechtsform der GmbH angemessen ist, d.h. diese Gesellschaftsform unter den Bedingungen der geltenden Mitbestimmung die ihr zugedachte Funktion noch hinreichend erfüllen kann, wobei es darum geht, den Einfluß der Mitbestimmung auf den Entscheidungsprozeß in der GmbH zu klären.

II. Nach Unternehmensgröße differenzierte Mitbestimmungsregelung im geltenden Recht

Nach dem geltenden Recht der Bundesrepublik wird die GmbH mitbestimmungsmäßig je nach Größenordnung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens unterschiedlich erfaßt, wobei bezüglich der Größenordnung allein auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt wird.

---

[1]) Mitbestimmungsgespräch 1981, S. 420.

[2]) Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 1980, Ziff. 46.

[3]) a.a.O., Ziff. 50.

Von folgender Differenzierung ist auszugehen:

1. Gesellschaften mit bis zu 500 beschäftigten Arbeitnehmern unterfallen keiner Mitbestimmung auf Unternehmensebene. Ihnen ist schon die Bildung eines Aufsichtsrats, wie vom GmbH-Gesetz vorgezeichnet, freigestellt; soweit einer besteht, ist er nicht mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Im Vergleich dazu hat die AG dieser Größenordnung gemäß § 76 BetrVG 1952 bereits den zu ein Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat, allerdings nicht, soweit es sich um Familiengesellschaften handelt!

2. Gesellschaften mit einer Beschäftigtenzahl von 501 bis 2000 Arbeitnehmer fallen unter die Mitbestimmungsregelung des § 77 BetrVG 1952. Sie müssen kraft dieser Vorschrift einen Aufsichtsrat bilden. Dieser ist wie bei der AG gleicher Größenordnung zu ein Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Bezüglich der Kompetenzen des Aufsichtsrates wird auf verschiedene Bestimmungen des Aktiengesetzes verwiesen, allerdings nicht auf dessen § 84, der dem Aufsichtsrat die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder zuweist. Deshalb ist unstrittig, daß diese Befugnis den Gesellschaftern verblieben ist. Die Befugnisse des Aufsichtsrats beschränken sich damit auf die Überwachung der Geschäftsführung. Kaum behandelt wurde für diesen Bereich die Frage des Verhältnisses der den Gesellschaftern zustehenden Überwachungs- und Weisungsrechte zu den Aufsichtsratskompetenzen[4]). Nach geltendem Recht steht den Gesellschaftern die uneingeschränkte Befugnis sowohl zur Überwachung der Geschäftsführer wie auch zur Erteilung von Weisungen in Geschäftsführungsfragen zu. Für die unter § 77 BetrVG 1952 fallende GmbH neigt man wohl dazu, es dabei selbst dort zu belassen, wo dies mit der Aufsichtsratskompetenz zur Kontrolle der Geschäftsführung aus § 111 Abs. 4 AktG kollidiert[5]). Die Kompetenzzuteilung in der GmbH wird also durch die Einführung der Aufsichtsratspflicht nicht wesentlich zu Lasten der Gesellschafter verschoben. Der Aufsichtsrat wird zwar in weitgehender Anlehnung an das aktienrechtliche Modell zur Überwachung der Geschäfsführung berufen, ohne daß die Gesellschafter aber entsprechend der aktienrechtlichen Regelung über das Verhältnis der Hauptversammlung zu Vorstand und Aufsichtsrat einen Kompetenzverlust hinnehmen müßten.

---

[4]) S. *Dietz – Richardi,* Betriebsverfassungsgesetz, § 77 BetrVG 1952, Anm. 9.

[5]) So wenigstens *Schilling,* Gemeinschaftskommentar zum GmbH-Gesetz, § 52, Anm. 9; ebenso *Mertens,* a.a.O., § 35, Anm. 9.

3. Gesellschaften mit der Beschäftigtenzahl über 2000 Arbeitnehmer unterfallen dem Mitbestimmungsgesetz 1976 — im Bereich der Montanindustrie gilt bereits ab einer Beschäftigtenzahl von mehr als 1000 Arbeitnehmern die Sonderregelung des Montanmitbestimmungsgesetzes (MontanMitbG).

a) Während in § 3 Abs. 2 MontanMitbG für die GmbH pauschal bestimmt wird, daß für den Aufsichtsrat die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäß Anwendung finden und nur im übrigen auf das GmbH-Gesetz verwiesen wird, nimmt § 25 MitbG 1976 neben den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes selbst nur enumerativ aufgezählte Bestimmungen des Aktiengesetzes in Bezug und weist im übrigen darauf hin, daß die für die jeweilige Gesellschaftsform geltenden gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Damit ist für den Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes 1976 bereits vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung her vorgezeichnet, daß der Aufsichtsrat den aktienrechtlichen Vorschriften nicht in vollem Umfang unterstellt wurde, und es wird zugleich deutlich, daß das grundsätzliche strukturelle Gefüge der GmbH weiterhin dem GmbH-Gesetz zu entnehmen ist, daß also die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zwar dem Aufsichtsrat besondere, ihm nach dem GmbH-Gesetz nicht zustehende Befugnisse zusprechen, dies jedoch nichts daran ändern kann, daß die Kompetenzverteilung im übrigen sich nach den Vorschriften des GmbH-Rechts richtet. Man spricht insoweit von einem rechtsformspezifischen Ansatz des Mitbestimmungsgesetzes[6]). Das Problem der Harmonisierung der Mitbestimmungsregelung mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, das latent auch schon im Geltungsbereich des Montanmitbestimmungsgesetzes angelegt ist, dort aber zu keinen nennenswerten Konflikten führte, entwickelte sich unter dem Mitbestimmungsgesetz 1976 zu einer Grundsatzdiskussion über die unternehmensverfassungsrechtliche Qualität der Mitbestimmungsregelung.

b) Einige der aktuellen Streitfragen um die Mitbestimmung in der GmbH sollen im folgenden kurz skizziert werden. Dabei liegt es, durch die Themenstellung bedingt, nahe, sich auf spezifische, den GmbH-Bereich betreffende Komplexe zu beschränken. Es bleiben deshalb die Rechtsprobleme der inneren Organisation und der Willensbildung im Aufsichtsrat einschließlich der Möglichkeiten zur Sicherung des leichten Übergewichts der Kapitaleignerseite — Gegen-

[6]) *Hanau - Ulmer,* Mitbestimmungsgesetz, § 25, Anm. 5.

stand der jüngsten BGH-Entscheidungen[7]) — ausgespart, weil sie kraft der insoweit einheitlichen Regelung im Mitbestimmungsgesetz und den in Bezug genommenen Vorschriften des Aktiengesetzes für Aktiengesellschaft und GmbH gleichermaßen bestehen und zu entscheiden sind, etwa der Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten aller Aufsichtsratsmitglieder, die Frage der Bildung und Besetzung von Ausschüssen, des doppelten Stimmrechts des Ausschußvorsitzenden.

Natürlich wird dabei nicht verkannt, daß eine den gesellschaftsrechtlichen Bedürfnissen wie den Anforderungen des Mitbestimmungsgesetzes gleichermaßen Rechnung tragende Lösung dieser Fragen für die Funktionsfähigkeit der GmbH als Gesellschaftsform von nicht geringerem Gewicht ist als die Lösung der GmbH-spezifischen Streitfragen. Doch kann die GmbH insoweit keine gegenüber der AG speziellen Interessen geltend machen. Hingegen ergeben sich GmbH-spezifische Probleme, soweit es nicht um die interne Organisation und Meinungsbildung im Aufsichtsrat, sondern um das Verhältnis des Aufsichtsrats zu anderen Gesellschaftsorganen, insb. seine Rechtsstellung gegenüber den Gesellschaftern geht. Letztlich spitzt sich dabei die Auseinandersetzung auf die Frage zu, ob durch die in § 25 MitbG enthaltene Verweisungstechnik die gesellschaftsrechtliche Kompetenzstruktur des GmbH-Gesetzes partiell zu Lasten einer umfassenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats aufrechterhalten und damit ein Mitbestimmungsdefizit der GmbH vorgezeichnet ist, und ob dieses gegebenenfalls zu bewahren ist oder aufgefüllt werden soll.

aa) Kaum zweifelhaft kann sein[8]), daß dem Aufsichtsrat der GmbH nicht der Anspruch auf die regelmäßige Berichterstattung des § 90 Abs. 1, 2 AktG gegenüber den Geschäftsführern zusteht: § 25 Abs. 1 Satz 2 MitbG verweist nur auf § 90 Abs. 3 AktG, wonach der Aufsichtsrat jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft usw. verlangen kann; es bedarf aber einer entsprechenden Anforderung. Der Aufsichtsrat der GmbH hat damit eine hinreichende Zugriffsmöglichkeit auf die für eine Überwachung erforderlichen Informationen, sie werden ihm lediglich nicht automatisch zuteil. Man sieht in dieser differenzierten Regelung ein Anerkenntnis des Gesetzgebers, daß für den Bereich der GmbH eine flexiblere Gestaltung des Verhältnisses zwischen Aufsichtsrat und Geschäfts-

[7]) Urteile vom 25. 2. 1982 — II ZR 145/80, 102/81, 123/81 —; Der Betrieb 1982, S. 742ff.

[8]) S. dazu *Lutter,* Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 174ff.

führern geboten erscheint, insbes. auch im Hinblick auf die den Gesellschaftern nicht abgesprochene Kontrollkompetenz. Ich verweise auf diese praktisch nicht besonders bedeutsame Regelung nur deshalb, weil sie zeigt, daß die aktienrechtliche Kompetenzverteilung vom Gesetzgeber ganz eindeutig nicht schlechthin für die GmbH übernommen wurde, sondern nur nach Maßgabe der im Mitbestimmungsgesetz für die GmbH in Bezug genommenen Vorschriften.

bb) Größere Aufmerksamkeit wurde im Schrifttum der Frage gewidmet, ob das in der GmbH bestehende Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern unter den Bedingungen der Aufsichtsratsmitbestimmung uneingeschränkt weiterbestehen könne. Durch die Inbezugnahme des § 111 AktG ist klargestellt, daß der Aufsichtsrat ebenso wie bei der AG nicht zur Geschäftsführung, sondern nur zu deren Überwachung berufen ist. Die Satzung oder er selbst können jedoch gemäß § 111 Abs. 4 AktG bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung, kann der Vorstand nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt, wobei das Gesetz eine Dreiviertelmehrheit in der Hauptversammlung verlangt. Für die GmbH stellt sich die Frage, wie diese Regelung mit dem aus GmbH-Recht folgenden umfassenden Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern in Übereinstimmung zu bringen ist. Vertreten werden hierzu die verschiedensten Lösungsansätze vom uneingeschränkten Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung bis hin zur Reduzierung der Gesellschafterkompetenzen auf die nach dem Aktienrecht der Hauptversammlung nur zukommenden Einzelentscheidungsrechte aus §§ 111 Abs. 4 Satz 3, 119 Abs. 2 AktG[9]). Die Lösung wird vom konzeptionellen Ausgangspunkt her bestimmt, ob man nämlich in der Regelung der §§ 25 ff. MitbG die Zuweisung einzelner Kompetenzen an den mitbestimmten Aufsichtsrat sieht oder ob man von einer Mitbestimmungsintention ausgeht, nach der die wesentlichen Rechte des Aufsichtsrats in allen von der Mitbestimmung erfaßten Unternehmen „einheitlich" gelten würden[10]).

Läßt man das Weisungsrecht der Gesellschafter neben den Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats bestehen, kann man die

[9]) S. einerseits *Lutter - Krieger,* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, S. 86; *Zöllner,* ZGR 1977, S. 327/328, andererseits *Rosendahl,* Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 205; *Reich - Lewerenz,* AuR 1976, S. 272.

[10]) So *Rosendahl,* Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 205.

Diskussion sogar noch mit der weiteren Frage komplizieren, ob der Aufsichtsrat die Orientierung der Geschäftsführer an den Weisungen der Gesellschafter unter eventueller Nichtbeachtung der vom Aufsichtsrat verfolgten Geschäftspolitik zum Anlaß einer Abberufung der Geschäftsführer nehmen kann.

cc) In der Praxis steht derzeit wohl die Frage, wer zum Abschluß des Anstellungsvertrages mit den vom Aufsichtsrat bestellten Geschäftsführern zuständig ist, im Mittelpunkt des Interesses. § 31 MitbG spricht explizit nur von der Bestellung und dem Widerruf der Bestellung des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs und verweist insoweit auf §§ 84, 85 AktG. In Schrifttum wie Rechtsprechung geht man heute im allgemeinen davon aus, daß die Bestellung als der körperschaftsrechtliche Akt von der Anstellung als der Begründung und Ausgestaltung des dienstrechtlichen Verhältnisses zu differenzieren ist [11]). Ein Teil des Schrifttums vertritt unter Hinweis auf diese klare Differenzierung die Auffassung, daß angesichts der Fassung des § 31 MitbG nur der Bestellungsakt in die Aufsichtsratszuständigkeit verwiesen worden ist, da man kaum davon ausgehen könne, daß der Gesetzgeber die in Literatur und Rechtsprechung geprägte Unterscheidung von Bestellung und Anstellung nicht registriert oder akzeptiert hätte [12]); die Anstellungskompetenz sei damit bei den Gesellschaftern verblieben, denen sie bei der GmbH — für die nicht mitbestimmte GmbH ist dies unstrittig — ursprünglich zusteht. Die überwiegende Meinung im Schrifttum sowie eine neuere Entscheidung des LG Hamburg [13]) drängen allerdings in Richtung einer einheitlichen Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Bestellung und Anstellung. Die Argumentation ist differenziert. Zum Teil wird auf den in § 25 MitbG in Bezug genommenen § 112 AktG verwiesen, wonach die Gesellschaft Vorstandsmitgliedern gegenüber durch den Aufsichtsrat vertreten wird. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist aber wohl der enge Sachzusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung und das Bestreben, auch die Anstellung in die Hand des Aufsichtsrats zu legen, um jede auch nur mittelbare Gefährdung seiner Entscheidungskompetenz bezüglich der Bestellung (oder auch

---

[11]) S. dazu *Hanau – Ulmer,* Mitbestimmungsgesetz, § 31, Anm. 35; in der Rechtsprechung zuletzt BGH, Urteil vom 24. 11. 1980, Der Betrieb 1980, S. 308; *Rosendahl,* Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 202 scheint allerdings der Einheitstheorie zuzuneigen, wohl auch *Naendrup,* Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 25, Anm. 134.

[12]) S. insb. *Rittner,* Der Betrieb 1979, S. 973; *Werner,* Festschrift für Fischer, S. 822ff.

[13]) Urteil vom 11. 9. 1981, Der Betrieb 1982, S. 271.

Abberufung) von Geschäftsführern auszuschließen, die man für gegeben hält, wenn die Gesellschafterversammlung durch Verweigerung des Anstellungsvertrages oder auch nur durch Angebot unzureichender Vertragsbedingungen die Anstellung eines vom Aufsichtsrat bestimmten Geschäftsführers verhindern könnte[14]).

III. Orientierungsgesichtspunkte für die Lösung aktueller Streitfragen in der mitbestimmten GmbH

Sucht man nach Orientierungsgesichtspunkten für die Lösung der genannten Streitfragen, kommt man an einigen Feststellungen zur konzeptionellen Seite unseres Mitbestimmungsgesetzes nicht vorbei, wenn daraus allerdings auch noch nicht schlechthin die Lösung konkreter Probleme abgeleitet werden kann.

1. Es steht außer Streit, daß es bislang nicht gelungen ist, ein Konzept einer einheitlichen Unternehmensverfassung zu entwickeln. Von einigen Vorstößen im Schrifttum abgesehen, hat man sich im Grunde darum auch nicht bemüht. Die Unternehmensrechtskommission hat ihre diesbezüglichen Bestrebungen demonstrativ aufgegeben. Es bleibt deshalb auf absehbare Zeit bei einer rechtsformspezifischen Gestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung, wie sie sowohl in §§ 76f BetrVG 1952 wie auch im Mitbestimmungsgesetz 1976 angelegt ist. Aus einer angeblich notwendig einheitlichen Gestaltung der dem Aufsichtsrat zustehenden Kompetenzen für alle vom Mitbestimmungsgesetz 1976 erfaßten Unternehmen kann deshalb nicht generell argumentiert werden. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu fragen, ob die in Streit stehende Aufsichtsratskompetenz durch die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes auch für die GmbH übernommen wurde.

2. Ein Mitbestimmungsgefälle zwischen AG und GmbH ist im Grundsatz durch die geltenden Mitbestimmungsgesetze klar vorgezeichnet und dieses Gefälle hat auch seinen guten rechtspolitischen Grund. Ich habe bewußt zu Beginn die stark differenzierende Mitbestimmungsregelung für die unter das BetrVG 1952 fallenden Gesellschaften herausgestellt. Sie beruht auf der Überzeugung, daß den unterschiedlichen gesellschaftlichen Ausgangsverhältnissen jedenfalls bei den mit diesen Vorschriften erfaßten Unternehmensgrößen mit einer differenzierenden Mitbestimmungsregelung Rechnung getragen werden muß, insbes. im Hinblick auf den bei der GmbH häufig

[14]) *Zöllner*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1977, S. 322; *Naendrup*, Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, § 25, Anm. 134.

anzuerkennenden personalistischen Einschlag. Sicher kann der Gesetzgeber diesen Gesichtspunkt bei größeren Unternehmen gegenüber dem Mitbestimmungsanliegen stärker zurückdrängen; eine in gewissem Umfang differenzierende Zuerkennung von Mitbestimmungsrechten für die beiden Gesellschaftsformen der AG und der GmbH läßt sich jedoch rechtspolitisch in jedem Falle rechtfertigen, jedenfalls solange die Mitbestimmungsregelung pauschal an der Gesellschaftsform als solcher ansetzt, ohne nach dem mehr personalistischen oder kapitalistischen Einschlag einer speziellen Gesellschaft zu fragen. Bedenkenswert sind in dieser Hinsicht die in der Unternehmensrechtskommission entwickelten Überlegungen, für die personenbezogene GmbH zu einer eingeschränkten Mitbestimmungsregelung zu kommen, während die nicht personenbezogene GmbH derselben Mitbestimmung wie die AG unterliegen sollte [15]). Solange man nicht bereit ist, bezüglich der Mitbestimmung innerhalb der Gesellschaftsformen je nach dem personalistischen Einschlag zu differenzieren, kann eine pauschalierende Lösung in der Richtung gerechtfertigt werden, daß dem durchschnittlich stärkeren personalistischen Einschlag der GmbH durch ein gewisses Mitbestimmungsdefizit gegenüber der für die AG vorgesehenen Regelung Rechnung getragen wird, wobei dieses Mitbestimmungsgefälle zwischen AG und GmbH mit wachsender Größe abnehmen kann, da in der Regel auch der personalistische Einschlag zugunsten des kapitalistischen Charakters zurücktreten wird. Vor diesem Hintergrund ist auch die zwischen AG und GmbH differenzierende Ausgestaltung der Mitbestimmung im Mitbestimmungsgesetz 1976 zu sehen. Das daraus resultierende Mitbestimmungsdefizit bei der GmbH ist nicht ein Vergreifen des Gesetzgebers, das unter Berufung auf die Mitbestimmungsintention zu korrigieren wäre [16]), sondern entspricht einer durch den unterschiedlichen Charakter der Gesellschaften bedingten Grundtendenz der Mitbestimmungsgesetzgebung.

3. Für die Auslegung der Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 und die Frage, wieweit rechtsformspezifisches Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommt, ist vom Vorrang des Mitbestimmungsgesetzes 1976 gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Normen auszugehen; es kann keine Frage sein, daß die Normen des Mitbestimmungsgesetzes 1976 die mit ihnen kollidierenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechts verdrängen. Dieser Vorrang beschränkt sich aber

[15]) Bericht der Unternehmensrechtskomission, Ziff. 619ff.

[16]) So das Bestreben von *Rosendahl,* Mitbestimmungsgespräch 1979, S. 205.

auf die normativen Anordnungen des Mitbestimmungsgesetzes 1976, er gilt nicht für die Mitbestimmungsidee. Im Gesellschaftsrecht begründete Zuständigkeiten müssen nicht schon dort zurücktreten, wo es vom Mitbestimmungsgedanken her geboten wäre, den mitbestimmten Aufsichtsrat entscheiden zu lassen. Natürlich ist der Bedeutungsgehalt der Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes 1976 wie der aller gesetzlicher Normen durch Auslegung zu ermitteln, im Einzelfall eventuell auch nach den allgemeinen rechtsmethodischen Grundsätzen durch lückenausfüllende Analogie zu ergänzen, wobei auf die Teleologie des Gesetzes zurückzugreifen ist. Diese — die Teleologie des Mitbestimmungsgesetzes 1976 — geht aber nicht auf gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an den Entscheidungsprozessen der Gesellschaftsorgane schlechthin, sondern auf Mitwirkung gemäß der durch das Gesetz vorgegebenen Kompetenzabgrenzung. Diese Linie erscheint auch durch die jüngste BGH-Rechtsprechung bestätigt: Der BGH wendet sich in einer seiner Entscheidungen vom 25. 2. 1982[17]) gegen alle Versuche, rechtspolitische Vorstellungen, die das Mitbestimmungsgesetz nicht oder — wie die Parität von Arbeitnehmern und Anteilseignern — nicht voll verwirklicht hat, mit Hilfe allgemeiner Rechtsgedanken oder Wertungen auf nicht geregelte Tatbestände zu übertragen.

IV. Einige Gesichtspunkte zur Abgrenzung der Aufsichtsratskompetenz

Für die vorstehend genannten Streitfragen ergibt sich daraus:

1. Dem Aufsichtsrat der GmbH steht zunächst das Überwachungsrecht nach § 111 Abs. 1 AktG zu. Ob es zu einer laufenden Beteiligung an der Geschäftsführung durch Einführung entsprechender Zustimmungsvorbehalte i.S. § 111 Abs. 4 AktG kommt, hängt davon ab, ob ihm entweder die Gesellschafter durch Satzung diese Kompetenz zuweisen oder er selbst sie in Anspruch nimmt. Erfolgt beides nicht, kann allein aus der Verweisung des § 25 MitbG auf § 111 AktG sicher nicht die Konsequenz gezogen werden, daß die grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung in der GmbH — insb. in Form der Weisungsbefugnisse der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern — umgestaltet und durch die aktienrechtliche Struktur — alleinige und unabhängige Leitungskompetenz des Vorstands — ersetzt wäre. Soweit die Gesellschafter durch gesellschaftsvertragliche Regelung selbst dem Aufsichtsrat die Aufgabe der Mitwirkung bei der Geschäftsführung

[17]) II ZR 102/81, Der Betrieb 1982, S. 745 (746).

zuweisen oder der Aufsichtsrat diese gemäß der gesetzlichen Ermächtigung beansprucht, steht ihm eine eigenständige zuständige Kontrollkompetenz zu. Diese schließt zwar die aus Gesellschaftsrecht fließenden Überwachungs- und Weisungsbefugnisse der Gesellschafter nicht schlechthin aus, geht diesen aber vor, soweit sie mit diesen kollidieren würde. Daraus rechtfertigt sich die verbreitet vertretene Lösung, daß die Geschäftsführer auch bei vorliegenden Weisungen der Gesellschafter den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats beachten müssen, d.h. sich über die Zustimmungsverweigerung nur hinwegsetzen dürfen, wenn die Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit dies entscheidet, daß aber andererseits die Gesellschafter nicht wie im Aktienrecht darauf angewiesen sind, daß die Geschäftsführer sie um Erteilung der Zustimmung anrufen, sondern daß sie die Geschäftsführer dazu anweisen können. Denn dadurch werden nicht Interessen und Positionen des mitbestimmten Aufsichtsrats betroffen, sondern lediglich die Kompetenzverteilung Gesellschafter - Geschäftsführer, die durch das Mitbestimmungsgesetz nicht berührt wurde. Soweit es um die Kompetenzen des Aufsichtsrates als des unmittelbar mitbestimmten Organs geht, werden diese von jedem Zugriff seitens der Gesellschafter abgeschirmt.

Insoweit kann ich auch keine wirkliche Problematik im Zusammenhang mit der Frage der Abberufung der Geschäftsführer erkennen. Der Aufsichtsrat kann die Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen. Befolgen die Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafter, solange der Aufsichtsrat von seiner Kompetenz aus § 111 Abs. 4 AktG keinen Gebrauch macht, kann darin niemals ein wichtiger Grund liegen, auch wenn der Aufsichtsrat selbst eine andere Geschäftspolitik verfolgen würde. Wird der Zustimmungsvorbehalt seitens des Aufsichtsrats geltend gemacht, müssen ihn die Geschäftsführer beachten, solange nicht eine Dreiviertelmehrheit der Gesellschafterversammlung sie davon enthebt. Verstoßen sie dagegen, liegt zweifellos eine Pflichtverletzung vor, selbst wenn eine einfache Gesellschaftermehrheit dies gebilligt oder gar verlangt haben sollte.

2. Für die umstrittene Frage der Kompetenz zum Abschluß des Anstellungsvertrages mit den Geschäftsführern möchte ich auf folgende Gesichtspunkte abstellen:

Die überwiegenden Gründe sprechen dafür, daß der Gesetzgeber mit § 31 dem Wortlaut gemäß und in Übereinstimmung mit der herrschenden Trennungstheorie nur die Bestellung erfaßt und dem

Aufsichtsrat zugewiesen hat[18]). Es besteht kein Anlaß zu unterstellen, daß der Gesetzgeber angesichts der klar herausgearbeiteten Unterscheidung mit dem Begriff der Bestellung auch die Anstellung erfaßt hat. Allenfalls kann in Betracht kommen, daß der Gesetzgeber von der Vorstellung ausging, die Anstellungskompetenz würde als Art Annexkompetenz der Bestellungskompetenz sozusagen folgen. Sollte er dergestalt von der Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats ausgegangen sein, wäre allerdings nicht verständlich, warum er dann nicht die den Aufsichtsrat bei Vertragsschluß mit dem Vorstand bindenden Vorschriften der §§ 86ff. AktG mit in Bezug genommen hat. Diese Frage erhebt sich auch, wenn man den in § 25 MitbG angeführten § 112 AktG als gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats ansehen wollte, was verbreiteter Meinung entspricht, jedoch insofern anfechtbar ist, als § 112 AktG seiner ursprünglichen Zielsetzung nach dazu bestimmt war, die Aktiengesellschaft bei Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten mit einem Vorstandsmitglied nicht durch andere Vorstandsmitglieder vertreten zu lassen. Mit § 112 AktG sollten die Vertretungsverhältnisse zwischen Vorstandsmitgliedern und Gesellschaft geklärt, nicht die Zuständigkeitsverteilung im Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Aufsichtsrat geregelt werden.

Mehr spricht deshalb dafür, davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Frage der Anstellungskompetenz im Mitbestimmungsgesetz nicht mit einer Regelung bedacht hat. Ob man daraus allerdings die Folgerung ziehen kann, daß das Mitbestimmungsgesetz 1976 insoweit lückenhaft und damit durch analoge Anwendung aktienrechtlicher Regelungen ergänzungsbedürftig sei, ist eine andere Frage. Eine Rechtslücke im Sinne einer etwa durch Analogie zu füllenden Ergänzungsbedürftigkeit könnte nur angenommen werden, wenn aus der Teleologie des Mitbestimmungsgesetzes entnommen werden müßte, daß — auch unter Berücksichtigung der vom Gesellschaftsrecht her zur Verfügung stehenden Grundstruktur des Entscheidungsprozesses in der GmbH — die Regelung unvollständig ist — dabei geht es wiederum um die Teleologie des konkreten Mitbestimmungsgesetzes, nicht um die Mitbestimmungsidee schlechthin. Und diesbezüglich kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß verschiedentlich die Lückenhaftigkeit der Mitbestimmung, wie sie der Gesetzgeber mit den verschiedenen Abstrichen von der vollparitätischen Ausgestaltung bewußt statuiert hat, als Lückenhaftigkeit des Mitbestimmungsgesetzes ausgegeben wird.

[18]) *Hanau – Ulmer,* Mitbestimmungsgesetz, § 31, Anm. 36, insoweit *Rittner* und *Werner* (s. dazu oben Fn. 12) zustimmend.

Akzeptiert man erst einmal die rechtspolitische Rechtfertigung eines Mitbestimmungsgefälles zwischen AG und GmbH, ist die Aufteilung von Bestellungs- und Anstellungskompetenz auf Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung durchaus nicht so abwegig, wie sie vielfach hingestellt wird. Es sei darauf hingewiesen, daß das österreichische Recht in § 92 Abs. 4 AktG vorsieht, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat von der ihnen grundsätzlich gewährleisteten Mitwirkung in Aufsichtsratsausschüssen ausgeschlossen sind, soweit es um Sitzungen und Abstimmungen geht, die die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstands betreffen, während für Bestellung und Abberufung ein uneingeschränktes Mitwirkungsrecht vorgesehen ist. Man sieht die Frage der Anstellungsbedingungen als Angelegenheit der Gesellschafter und Kapitaleigner, nicht vorwiegend des Arbeitnehmerinteresses. Was im österreichischen Recht ohne weiteres akzeptiert wird, kann für das deutsche Recht nicht als indiskutabel abgewertet werden. Es geht bei der Regelung der Anstellungsbedingungen vorwiegend um wirtschaftliche Fragen, bei denen der Gesetzgeber des Aktiengesetzes sich, wie §§ 87ff. AktG zeigen, sogar veranlaßt gesehen hat, dem Aufsichtsrat besondere, den Kapitaleignerinteressen dienende Schutzvorschriften zu erlassen. Für die GmbH, die ihre Eigenschaft als Veranstaltung der Gesellschafter noch besser als die AG wahren konnte, und in der die Gesellschafterinteressen noch weitergehend als in der AG gesichert sind, ist eine Kompetenz der Gesellschafter zur Regelung der Anstellungsbedingungen keineswegs eine inadäquate Gestaltung, so daß insoweit auch eine rechtsfortbildende Korrektur nicht schlechthin veranlaßt ist. Es steht vom Grundsatz her nichts entgegen, Bestellung und Anstellungskompetenz verschiedenen Gesellschaftsorganen zuzuweisen, wovon im Bereich außerhalb der Mitbestimmungsgesetze vielfach in Gesellschaftsverträgen Gebrauch gemacht wurde. Wenn oft darauf hingewiesen wird, daß für den Bereich des § 77 BetrVG 1952 der Grundsatz entwickelt worden wäre, daß Bestellung und Anstellung einheitlich bei der Gesellschafterversammlung liegen müßten, ist dem entgegenzuhalten, daß dies nicht in der Sachlogik begründet liegt, sondern in der ursprünglichen, durch die Mitbestimmungsregelung nicht verlagerten Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für beide Akte.

Am schwersten wiegen wohl die Bedenken, die Bestellungsentscheidung des Aufsichtsrats könnte gegebenenfalls durch die Anstellungskompetenz der Gesellschafterversammlung „konterkariert" werden. Hierzu müssen Überlegungen entwickelt werden, das für die Anstellung zuständige Organ an die Entscheidung des Bestellungsor-

gans insoweit zu binden, als es um die Sicherung der Bestellungs- und Abberufungszuständigkeit des Aufsichtsrats geht — eine Bindung, wie sie schon in der Entscheidung des BGH vom 24. 11. 1980[19]) für die Aufteilung von Bestellungs- und Anstellungskompetenz auf Verwaltungsrat und Präsidialausschuß eines öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts skizzenhaft entwickelt wurde. Dabei müßte Leitlinie sein, daß die Gesellschafter gewisse wirtschaftliche Grundsatzentscheidungen für die Anstellung treffen können, daß sie aber nicht einzelfallbezogen nach Belieben Vertragsbedingungen gewähren oder verweigern können. Es geht insoweit noch um eine Verdeutlichung der Pflicht zu loyalem Zusammenwirken zwischen den zur Kooperation berufenen Gesellschaftsorganen, wie sie etwa von *Säcker*[20]) — einem dezidierten Gegner der Anstellungskompetenz der Gesellschafter — immerhin als alternativer Lösungsansatz angedeutet worden ist[21]). Die Gewinnung einer diesbezüglich befriedigenden Lösung dürfte letztlich darüber entscheiden, ob die Anstellungskompetenz der GmbH-Gesellschafter als ausfüllungsbedürftige Mitbestimmungslücke empfunden wird oder nicht.

[19]) Der Betrieb 1981, S. 308. Bestätigt wurde diese Bindung in der Entscheidung vom 25. 2. 1982, Der Betrieb 1982, S. 745 (746). Es wurde dort als unzulässiger Übergriff bezeichnet, wenn durch das Angebot oder die Vereinbarung unangemessener Vertragsbedingungen versucht werden sollte, die Bestellungszuständigkeit des Aufsichtsrates zu unterlaufen.

[20]) Betriebs-Berater 1979, S. 1329.

[21]) Aus einer solchen Pflicht zu loyaler Kooperation kann die Rechtsordnung durchaus Grenzen der Entscheidungsfreiheit ableiten. Hinzuweisen ist etwa auf die Entscheidung des BAG vom 22. 12. 1980, wonach der Betriebsrat seine Mitwirkung an einer Regelung der Arbeitszeitverkürzung nicht im Hinblick darauf verweigern kann, daß er die Voraussetzungen eines arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls bestreitet.