

Kommission
zur Modernisierung der
deutschen Unternehmensmitbestimmung

Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission
mit Stellungnahmen
der Vertreter der Unternehmen
und der Vertreter der Arbeitnehmer

Dezember 2006

Inhaltsverzeichnis

A. Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder	4
Kapitel 1 - Einleitung	4
Teil 1 - Einführung	4
I. Zusammensetzung und Konstituierung	4
II. Auftrag und Regularien	5
III. Arbeitsweise	6
Teil 2 - Grundlagen	7
I. Mitbestimmungskommission von 1970	7
II. Mitbestimmungsgesetze	9
Kapitel 2 - Empfehlungen	12
Teil 1 – Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung	12
Teil 2 – Anpassung und Vereinfachung	19
I. Ergänzung des zwingenden Rechts durch dispositives Recht	20
1. Fehlende Flexibilität des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen	20
2. Größe des Aufsichtsrats	22
3. Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte	25
II. Vereinfachung des Wahlverfahrens	27
Teil 3 – Europäisierung und Internationalisierung	28
I. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im europäischen Vergleich	28
II. Gesetzgebung auf europäischer Ebene	30
III. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	32
IV. Legitimationsprobleme national geregelter Mitbestimmung in international organisierten Unternehmen und Konzernen	33
V. Empfehlungen	34
1. Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz	34
2. Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die Mitbestimmung	35
3. Mitbestimmung in einem monistischen System	39
Teil 4 – Bereinigung des geltenden Rechts	40
I. Änderungsbedarf	40
1. Anwendungsbereich der Gesetze	40
2. Entscheidungsbefugte Ausschüsse des Aufsichtsrats	42
3. Regelberichterstattung an den Aufsichtsrat	43
II. Kein Änderungsbedarf	44
1. Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden nach dem Mitbestimmungsgesetz	44
2. Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz	45
3. Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	46
4. Bestellung der Geschäftsführer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz	46
Kapitel 3 - Ausblick	48
B. Stellungnahmen	55
Kapitel 1 – Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen	55
Kapitel 2 – Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer	67

C. Anhang	79
Anhang 1: Mitgliederliste der Expertenkreise	79
Anhang 2: Gesetzliche Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung nach 1970	81
Anhang 3: Berücksichtigte Literatur zu A. Kapitel 2 Teil 1.....	85
Anhang 4: Übersicht Europa	89
Anhang 5: Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen / kombiniert ausländischen Rechtsformen	91

A. Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder

Kapitel 1 - Einleitung

Teil 1 - Einführung

I. Zusammensetzung und Konstituierung

Die Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung wurden am 26. Juli 2005 durch Bundeskanzler Gerhard Schröder ernannt. Der neunköpfigen Kommission gehörten drei Wissenschaftler, drei Vertreter der Unternehmen und drei Vertreter der Arbeitnehmer an.

Als Mitglieder der Kommission wurden benannt:

- Prof. Dr. Kurt **Biedenkopf**

Ministerpräsident a.D., Vorsitzender der Kommission

- Dr. Manfred **Gentz**

Präsident der ICC -Internationalen Handelskammer- Deutschland

- Dr. Dieter **Hundt**

Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

- Jürgen **Peters**

Erster Vorsitzender der Industriegewerkschaft Metall

- Günter **Reppien**

Gesamtbetriebsratsvorsitzender der RWE Power AG

- Michael **Sommer**

Vorsitzender des Deutschen Gewerkschaftsbundes

- Prof. Dr. Wolfgang **Streeck**

Direktor am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung

- Jürgen **Thumann**

Präsident des Bundesverbandes der Deutschen Industrie

- Prof. Dr. Hellmut **Wißmann**

Präsident des Bundesarbeitsgerichts a.D.

Die Kommission wurde von einer in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften in Berlin eingerichteten Geschäftsstelle betreut.

II. Auftrag und Regularien

Auftrag der Mitbestimmungskommission war es, ausgehend vom geltenden Recht, Vorschläge für eine moderne und europataugliche Weiterentwicklung der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu unterbreiten. Sie sollte die Mitbestimmungsregelungen im europäischen Raum analysieren und auf dieser Grundlage die Stärken und Schwächen der deutschen Unternehmensmitbestimmung, insbesondere vor dem Hintergrund europäischer und globaler Anforderungen, bewerten.

Auftrag und Zusammensetzung der Kommission wurden von der Bundesregierung unter Bundeskanzlerin Merkel bestätigt. Unter der Überschrift „Unternehmensmitbestimmung sichern und gestalten“ heißt es dazu im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005¹:

„Grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten und Strukturveränderungen von Unternehmen prägen das Bild in einem zusammenwachsenden Europa. Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf europäischer Ebene zu sichern und zu gestalten war in der Vergangenheit und bleibt daher auch für die Zukunft eine wichtige Aufgabe.“

Wir werden uns dafür einsetzen, dass das europäische Gesellschaftsrecht durch eine zügige Verabschiedung der Richtlinie über die grenzüberschreitenden Sitzverlegungen von Kapitalgesellschaften weiterentwickelt wird. Dabei sind die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer auf der Grundlage der bisher für die Europäische Aktiengesellschaft und der Verschmelzungsrichtlinie gefundenen Lösungen zu sichern.

¹ Einzusehen auf den Internetseiten von CDU, CSU und SPD, sowie zu bestellen unter der Bestell-Nr. 5283 bei der Union Betriebs-GmbH, Egermannstraße 2, in 53359 Rheinbach.

Das Erfolgsmodell der deutschen Mitbestimmung muss mit globalen und europäischen Herausforderungen Schritt halten. Aufgabe der eingesetzten Regierungskommission unter dem Vorsitz von Professor Dr. Biedenkopf ist es, ausgehend vom geltenden Recht bis Ende 2006 Vorschläge für eine moderne und europataugliche Weiterentwicklung der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu erarbeiten. Wir werden die - einvernehmlich erzielten - Ergebnisse der Kommission aufgreifen und, soweit erforderlich und geboten, Anpassungen der nationalen Unternehmensmitbestimmung vornehmen.“

Der Arbeit der Kommission lagen folgende Regularien zu Grunde:

- Alle Mitglieder der Kommission wurden ad personam berufen, eine Vertretung war nicht vorgesehen.
- Vertreter der Bundesregierung konnten zu den Beratungen hinzugezogen werden.
- Die Kommission konnte bei Ihren Beratungen auf drei externe Forschungsinstitute zurückgreifen, die Hans-Böckler-Stiftung in Düsseldorf, das Institut der deutschen Wirtschaft in Köln und das Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung in Köln. Zusätzliche Expertisen konnten in Auftrag geben werden.
- Die wissenschaftlichen Mitglieder sollten ein eigenes Votum zum Kommissionsgegenstand abgeben, falls sich die Positionen der Vertreter der Unternehmen und der Vertreter der Arbeitnehmer in der Kommission in den wesentlichen Punkten unvereinbar gegenüberstehen.

III. Arbeitsweise

Im Zeitraum von Oktober 2005 bis November 2006 fanden insgesamt sechs Sitzungen der Mitbestimmungskommission statt. An den Kommissionssitzungen nahm regelmäßig ein Vertreter des Bundeskanzleramtes als Gast teil.

Die Kommission stand vor der Aufgabe, sich in kurzer Zeit einen Überblick über die mit der Mitbestimmung gemachten Erfahrungen zu verschaffen. Zur Unterstützung ihrer Beratungen und zur Einbindung des vorhandenen Fachwissens berief sie deshalb zwei Expertenkreise².

Der Expertenkreis unter Leitung von Prof. Dr. Streeck erhielt von der Kommission den Auftrag, Aufgaben, Wirksamkeit, Wahrnehmung und ökonomische Wirkung der Mitbestimmung im Unternehmen vor dem Hintergrund sich verändernder Kapitalmärkte, neuer Bedingungen der Unternehmensfinanzierung und der Transformation zur Wissensgesellschaft erfahrungswissenschaftlich zu be-

² Zu den Mitgliedern der Expertengruppen vgl. Anhang 1.

leuchten. Der Expertenkreis unter Leitung von Prof. Dr. Wißmann befasste sich mit möglichen Konsequenzen der europarechtlichen Entwicklung für die deutsche Mitbestimmung sowie denkbaren Modernisierungen und Weiterentwicklungen des geltenden Rechts.

Angesichts des begrenzten Zeitraumes, der der Kommission zur Verfügung stand und der zu den verschiedenen Fragen im Bereich der Unternehmensmitbestimmung bereits vorliegenden Studien sah die Kommission davon ab, eigene Untersuchungen, Anhörungen oder schriftliche Befragungen durchzuführen oder Gutachten in Auftrag zu geben.

Es ist in den Kommissionsberatungen letztlich nicht gelungen, eine Verständigung zwischen den Vertretern der Unternehmen und den Vertretern der Arbeitnehmer in grundsätzlichen Fragen zu erreichen. Die unterschiedlichen Positionen bei der Bewertung der bisherigen Erfahrungen mit der Unternehmensmitbestimmung, der Beibehaltung der Besetzung des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, der Folgen des Zusammenwirkens von Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung, der möglichen Regelung von vertraglichen Ausgestaltungen im Mitbestimmungsbereich - um nur einige zu nennen - erwiesen sich als unüberwindlich.

Für den vorliegenden Berichtstext zeichnen deshalb, entsprechend den Regularien der Kommissionsarbeit, die drei wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission (im Folgenden: wissenschaftliche Mitglieder) verantwortlich. Die abweichenden Meinungen und Wertungen der weiteren Kommissionsmitglieder sind in den zum Bericht erstellten Stellungnahmen dargelegt. Die Empfehlungen sind als Hilfe und Vorbereitung für letztlich vom Gesetzgeber zu treffende Entscheidungen zu verstehen.

Teil 2 - Grundlagen

I. Mitbestimmungskommission von 1970

Wesentlicher Gegenstand der Kommissionsberatung war die Unternehmensmitbestimmung nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (Mitbestimmungsgesetz).³ Das Mitbestimmungsgesetz geht zurück auf die Empfehlungen einer Ende der sechziger Jahre eingerichteten Sachverständigenkommission.

Der 1970 von dieser Kommission nach zweijährigen Beratungen vorgelegte Bericht gibt die wesentlichen sozialetischen sowie sozial- und gesellschaftspolitischen Argumente der damaligen Mitbestimmungsdiskussion wieder⁴. Besonders

³ BGBl. I. S. 1153.

⁴ BT-Drucks. VI / 334 Teil II B. I.

hervorgehoben wurden die Würde der menschlichen Person und ihre freie Entfaltung, die Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit, die Verwirklichung des demokratischen Prinzips auch im wirtschaftlichen Bereich sowie die Kontrolle von Unternehmensmacht.

In Ausführung ihres Auftrags untersuchten die Sachverständigen die innere Struktur der Unternehmen, die Stellung der Unternehmen in einer an marktwirtschaftlichen Prinzipien ausgerichteten Wirtschaftsordnung sowie Notwendigkeiten und Grenzen der Unternehmensmitbestimmung, wie sie sich aus der in Deutschland bestehenden Rechts- und Gesellschaftsordnung ergeben. Zur Ermittlung der bisherigen Erfahrungen mit der Mitbestimmung wurden darüber hinaus umfangreiche Anhörungen und Befragungen durchgeführt.

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen des Unternehmens nicht nur politisch gefordert und historisch gegeben, sondern sachlich notwendig ist. Dabei wurde die Unternehmensmitbestimmung aus zwei Aspekten abgeleitet:

- dem besonderen rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Charakter des Arbeitsverhältnisses, wie er durch den Arbeitsvertrag, die organisatorische Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb, die Verfügung über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers und die damit verbundene, dem Arbeitsverhältnis eigene Autoritätsbeziehung gestaltet wird sowie
- der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Unternehmen, die durch das Arbeitsverhältnis begründet wird und ihre konkrete Gestaltung durch den Beitrag erfährt, den der Arbeitnehmer im Rahmen der Organisation Unternehmen zur Verwirklichung des Zwecks der Organisation entsprechend der unternehmerischen Planung und unter einheitlicher Organisationsgewalt leistet.⁵

Die Empfehlungen der Kommission beruhen auf dem Gedanken, dass sich die Mitbestimmung nicht nur in einem einzelnen Unternehmensorgan vollzieht, sondern als Zusammenspiel verschiedener institutioneller Vorkehrungen auf betrieblicher und Unternehmensebene. In dem Bestreben, zwischen diesen institutionellen Regelungen im Unternehmen Ausgewogenheit zu erreichen, wurden Empfehlungen zum Aufsichtsrat, zu Vorstand und Betriebsrat, zum Wahlverfahren sowie zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes abgegeben. Empfohlen wurde vom allem⁶

- eine relative Vermehrung der Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften mit mindestens 1.000 bis 2.000 Arbeitnehmern unter Beibehaltung eines, wenn auch geringen zahlenmäßigen Übergewichts der Vertreter der Anteilseigner;
- ein gesetzlich vorgeschriebener Personalvorstand, ohne besonderes Berufungsverfahren;

⁵ BT-Drucks. VI / 334 Teil IV A. I 1.

⁶ Zu den Empfehlungen im Detail siehe BT-Drucks. VI / 334 Teil V A.

- ein gesetzliches Wahlverfahren mit Vorschlagsrechten der Betriebsräte und bestimmter Minderheitsgruppen für die Wahl der unternehmensinternen Arbeitnehmervertreter, einem Nominationsrecht der Gewerkschaften für unternehmensexterne Arbeitnehmervertreter sowie die Entscheidung der Belegschaft, vertreten durch die Betriebsräte, ob die Wahl der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat durch Urwahl oder ein Wahlgremium erfolgen soll;
- eine Koordinierung der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mit den Wahlen der Betriebsräte.

II. Mitbestimmungsgesetze

Das aus den Empfehlungen im Kommissionsbericht von 1970 hervorgegangene Mitbestimmungsgesetz von 1976 gilt für Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, wenn diese Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und keine Tendenzunternehmen sind. Der Belegschaft des herrschenden Unternehmens eines Konzerns werden die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen zugerechnet, der Belegschaft einer Kapitalgesellschaft, die Komplementärin einer Kommanditgesellschaft ist, unter bestimmten Voraussetzungen deren Arbeitnehmer.

Das Gesetz sieht eine paritätische Besetzung der Aufsichtsräte durch Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter vor. Ihre Größe richtet sich nach der Zahl der Beschäftigten im Unternehmen. Bei bis zu 10.000 Beschäftigten hat der Aufsichtsrat zwölf Mitglieder, bei mehr als 10.000 bis zu 20.000 Beschäftigten sieht das Gesetz einen 16-köpfigen Aufsichtsrat und in Unternehmen mit mehr als 20.000 Beschäftigten einen 20-köpfigen Aufsichtsrat vor. Die Satzung, der Gesellschaftsvertrag bzw. das Statut können Aufsichtsräte mit 12 Mitgliedern auf 16 oder 20 beziehungsweise mit 16 Mitgliedern auf 20 Mitglieder erweitern.

Eine Vertretung der Gewerkschaften ist garantiert. Für zwei Sitze in einem 12- oder 16-köpfigen und drei in einem 20-köpfigen Aufsichtsrat können allein die Gewerkschaften Wahlvorschläge einreichen. Die übrigen Sitze der Arbeitnehmerschaft sind Beschäftigten des Unternehmens vorbehalten. Den leitenden Angestellten ist ein Sitz garantiert. Wahlvorschläge machen jeweils die einzelnen Gruppierungen (Gewerkschaften, leitende Angestellte und Arbeitnehmer) für die auf sie entfallenden Sitze im Aufsichtsrat.

Alle Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite bedürfen der Wahl durch die Belegschaft. In Unternehmen mit bis zu 8.000 Beschäftigten werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in Urwahl gewählt, in Unternehmen ab 8.000 Beschäftigten erfolgt die Wahl durch Delegierte. Ein Wechsel der Wahlart kann von der Mehrheit der Belegschaft beschlossen werden. Die Details des äußerst komplexen Wahlverfahrens sind in drei Wahlordnungen festgelegt.

Dem Aufsichtsrat gehört kein neutrales Mitglied an. Dafür hat der Aufsichtsratsvorsitzende, der immer ein Anteilseignervertreter ist, in Pattsituationen im Aufsichtsrat eine zweite Stimme. Im Unterschied zum Montan-Mitbestimmungsgesetz kann der Arbeitsdirektor auch gegen die Stimmenmehrheit der Arbeitnehmervertreter berufen werden.

Gegen das Mitbestimmungsgesetz wurde von Arbeitgeberseite Verfassungsbeschwerde eingelegt. Mit Urteil vom 1. März 1979⁷ entschied das Bundesverfassungsgericht, dass das Mitbestimmungsgesetz von 1976 mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das Gericht stellte fest, dass die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz unterhalb der Parität bleibt, da der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat durch das Doppelstimmrecht des Vorsitzenden ein leichtes Übergewicht zukommt. Das Urteil bekräftigte, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral ist und keine bestimmte Wirtschaftsordnung festlegt oder gewährleistet. Zudem wurden die Sozialbindung des Eigentums und der Spielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Gestaltung der Vereinigungsfreiheit betont. Die Anwesenheit gesellschaftsexterner Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat wurde vom Gericht als nicht sachfremd bewertet, weil so zusätzliche Qualifikationen in den Aufsichtsrat eingebracht würden und einem möglichen Betriebsegoismus entgegengewirkt werden könne. Zudem befand das Gericht, dass das Mitbestimmungsgesetz ungeachtet etwaiger Gewichtsverlagerungen nicht zu nachhaltigen Funktionseinbußen des Tarifvertragssystems führt.

Die von der Kommission von 1968 bis 1970 gewonnenen Erkenntnisse fanden auch bei weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen Beachtung,⁸ so beim Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004.⁹ Es regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, sofern diese Unternehmen in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen und keine Tendenzunternehmen sind. Die Drittelbeteiligung gilt auch für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mit weniger als 500 Arbeitnehmern, wenn sie vor dem 10. August 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaften sind. Mit Ausnahme des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit fallen alle diese Unternehmen unter das Mitbestimmungsgesetz von 1976, wenn sie regelmäßig mehr als 2000 Beschäftigte haben.

Die Aufsichtsräte sind zu einem Drittel mit Vertretern der Arbeitnehmerschaft und zu zwei Dritteln mit Vertretern der Anteilseigner besetzt. Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmten sich je nach Rechtsform des Unternehmens nach unterschiedlichen Vorschriften. In dem vom Aktiengesetz vorgegebenen Rahmen hängt die Größe des Aufsichtsrats von der Satzung ab. Möglich sind danach 3, 6, 9, 12, 15, 18 oder 21 Mitglieder. Bei einem oder zwei Arbeitnehmermandaten müssen die Arbeitnehmervertreter aus dem Unternehmen

⁷ BVerfGE 50, 290 ff.

⁸ Eine Übersicht weiterer mitbestimmungsrelevanter Gesetze nach 1970 findet sich in Anhang 2.

⁹ BGBl. I. S. 974.

stammen. Ab drei Arbeitnehmervertretern können auch externe Personen, also Vertreter der Gewerkschaften, von den Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat gewählt werden.

Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite werden von den Arbeitnehmern unmittelbar gewählt. Eine Wahl durch Delegierte ist im Drittelbeteiligungsgesetz nicht vorgesehen. Wahlvorschläge können die Betriebsräte und ein Zehntel oder 100 der Arbeitnehmer des Unternehmens machen. Die Bestellung eines Arbeitsdirektors ist nicht vorgeschrieben. Die Einzelheiten des Wahlverfahrens bestimmt die Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz vom 23. Juni 2004.¹⁰

Für Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie und des Bergbaus (Montanunternehmen) sowie für Konzerne, deren Unternehmenszweck durch Montanunternehmen bestimmt wird, schreiben das Montanmitbestimmungsgesetz und das Mitbestimmungsergänzungsgesetz eine abweichende Form der Mitbestimmung vor. Die Montanmitbestimmung ist die älteste, bereits in der frühen Nachkriegszeit entstandene Form der Mitbestimmung in Deutschland. Vor dem Hintergrund ihres Auftrags und angesichts der quantitativ nur noch begrenzten, wenn auch regional durchaus erheblichen Bedeutung der Montanmitbestimmung sahen die wissenschaftlichen Mitglieder keine Veranlassung, sich vertieft mit der Montanmitbestimmung zu befassen.

¹⁰ Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz – Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz vom 23. Juni 2004, BGBl. I. S. 1393 ff.

Kapitel 2 - Empfehlungen

Die wissenschaftlichen Mitglieder sehen keinen Grund, der Bundesregierung eine grundlegende Revision der deutschen Unternehmensmitbestimmung vorzuschlagen. Dies gilt auch und gerade unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung, insbesondere der Mitbestimmung nach dem Gesetz von 1976.¹¹ Stattdessen empfehlen die wissenschaftlichen Mitglieder eine Weiterentwicklung des deutschen Mitbestimmungsmodells auf der Basis der mit ihm in den vergangenen Jahrzehnten gemachten Erfahrungen sowie in Anpassung an vielfältig veränderte institutionelle und wirtschaftliche Rahmenbedingungen. Die von ihnen vorgeschlagenen Maßnahmen bedeuten keinen Bruch mit dem deutschen Mitbestimmungsmodell. Sie sollen im Gegenteil dazu dienen, seine Zukunftsfähigkeit zu erhalten. In diesem Zusammenhang verweisen sie auf die zahlreichen vom deutschen Gesetzgeber in den letzten Jahren ergriffenen Maßnahmen zur Neuregulierung der Kapitalmärkte sowie auf die vielfältigen Initiativen zur Verbesserung der Unternehmensführung (corporate governance). Die Vorschläge reagieren auf diese Entwicklungen und passen sich in sie ein.

Die von den wissenschaftlichen Mitgliedern im Folgenden gemachten Vorschläge zur Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung lassen sich in drei Kategorien unterteilen. Zunächst erscheint den wissenschaftlichen Mitgliedern eine Optimierung der bestehenden Regelungen durch Vergrößerung des Gestaltungsspielraums auf Unternehmensebene und Entbürokratisierung einzelner Regelungen geboten.¹² Zweitens betonen die wissenschaftlichen Mitglieder die Notwendigkeit, die deutsche Unternehmensmitbestimmung mit der zunehmenden Europäisierung des Unternehmensrechts sowie der Internationalisierung der Unternehmensstrukturen besser vereinbar zu machen.¹³ Schließlich sollte die Gelegenheit genutzt werden, um eine Reihe von Widersprüchen und Systembrüchen im bestehenden Mitbestimmungssystem zu beseitigen.¹⁴

Teil 1 – Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung

Teil des Auftrags der Mitbestimmungskommission war, die Stärken und Schwächen der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu bewerten, insbesondere auch im internationalen Vergleich. Die wissenschaftlichen Mitglieder sehen diesen Auftrag im Zusammenhang mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Mitbestimmungsgesetz 1976 aus dem Jahr 1979.¹⁵ Das Gericht hat dem Ge-

¹¹ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 1.

¹² Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2.

¹³ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 3.

¹⁴ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 4.

¹⁵ BVerfGE 50, 290.

setzgeber zugestanden, dass die tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes zum Zeitpunkt seiner Verabschiedung nicht vollständig vorhersehbar sein konnten, und eine Reihe von „Unsicherheitsfaktoren“ angeführt, die eine „gesicherte Gesamtprognose“ unmöglich machten.¹⁶ Zwar habe der Gesetzgeber den Anforderungen, die an seine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung vernünftigerweise gestellt werden könnten, genügt;¹⁷ seine positive Prognose über die Auswirkungen des Gesetzes sei deshalb gerechtfertigt.¹⁸ Sollte sich jedoch seine Beurteilung später „als Irrtum erweisen“, sei er „zur Korrektur verpflichtet“.¹⁹ Die Kommission hat sich dementsprechend zunächst mit der Frage befasst, ob eine solche Korrektur aufgrund der mittlerweile gemachten Erfahrungen geboten erscheint.

Nach ausführlicher Diskussion über zu beobachtende wirtschaftliche Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung sehen die wissenschaftlichen Mitglieder insgesamt keinen Anlass, die positive Prognose des Gesetzgebers von 1976 in Frage zu stellen und eine grundsätzliche Korrektur oder gar Aufhebung des Gesetzes vorzuschlagen. Dabei orientieren sie sich, was das Zusammenwirken der Ebenen Betriebsverfassung, Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie angeht, an den bereits im Mitbestimmungskommissionsbericht 1970 und der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 1979 angestellten Erwägungen. Im Unterschied zu den in der Kommission vorgetragenen Meinungen sind sie nicht der Auffassung, dass diese Erwägungen seither ihre Berechtigung verloren haben.

Ebenso wenig konnten sich die wissenschaftlichen Mitglieder der Auffassung anschließen, der Gesetzgeber müsse die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Gesetz von 1976 auf eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat reduzieren, weil letztere den geringeren Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit der Eigentümer darstelle und deshalb solange, wie ein Nutzen eines tiefer gehenden Eingriffs nicht dargelegt werden konnte, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die verfassungsrechtlich gebotene Lösung sei.

Der Gesetzgeber hat die Mitbestimmung 1976 nicht mit dem primären Ziel einer Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen eingeführt, sondern zur Gewährleistung der Rechte der Belegschaften großer Unternehmen auf wirksame Beteiligung an sie betreffende Entscheidungen. Nach Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder besteht für den Gesetzgeber kein Anlass, die von ihm mit dem Gesetz von 1976 vorgenommenen Abwägungen zwischen dem Recht auf unternehmerische Freiheit und dem Anspruch der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen in Frage zu stellen.

Aufgrund der mit Unterstützung ausgewählter Experten erfolgten Sichtung und Auswertung des empirischen Forschungsstandes zu Akzeptanz und Wirkung der

¹⁶ BVerfGE 50, 290 (331 ff.).

¹⁷ BVerfGE 50, 290 (332 ff.).

¹⁸ BVerfGE 50, 290 (334 ff.).

¹⁹ BVerfGE 50, 290 (335 ff. und 377).

Mitbestimmung²⁰ sind die wissenschaftlichen Mitglieder im Einzelnen zu folgenden Einschätzungen gelangt:

- Die empirische Erfassung der wirtschaftlichen Auswirkungen einer einzelnen nationalen Institution stößt auf erhebliche und nicht völlig befriedigend lösbare methodische Probleme. Auch wenn die Qualität gerade der ökonomischen Untersuchungen zum Thema in den letzten Jahren deutlich zugenommen hat, bleibt eine eindeutige Zurechnung von Folgen wegen der hohen Komplexität der Wirkungszusammenhänge und der Vielzahl anderer einwirkender Faktoren streng genommen unmöglich. Soweit mitbestimmte deutsche Unternehmen international erfolgreich sind, lässt sich jedoch mindestens feststellen, dass die Mitbestimmung dem nicht im Wege gestanden hat.
- Die wirtschaftlichen Wirkungen der Unternehmensmitbestimmung werden in einer entwickelten Forschungstradition mit ökonomischen Methoden untersucht. Als abhängige Variable werden vor allem Gewinnsituation und Börsenbewertung der Unternehmen sowie ihre Beschäftigungsentwicklung, Innovationskraft und Produktivität untersucht. Der Forschungsstand ergibt insgesamt keinen Nachweis negativer wirtschaftlicher Wirkungen der Unternehmensmitbestimmung.²¹ Während preistheoretische Ansätze die Kosten der Mitwirkung der Arbeitnehmer an Unternehmensentscheidungen betonen, heben partizipationstheoretisch orientierte Untersuchungen die wirtschaftlichen Vorteile einer stabilen Belegschaft sowie einer sozial integrierten Betriebsorganisation hervor. Welche Effekte jeweils überwiegen, erscheint offen und dürfte nicht zuletzt vom Geschick der beteiligten Personen im Umgang miteinander und mit den gesetzlichen Institutionen abhängen. Unstrittig ist, dass gute Unternehmensführung die positiven Partizipationseffekte der Mitbestimmung nutzen kann, um mögliche negative Kosteneffekte auszugleichen. Auch wenn viele der methodisch besseren neueren Studien dazu tendieren, der Unternehmensmitbestimmung insgesamt positive wirtschaftliche Effekte zuzuschreiben, kann andererseits wegen immer noch widersprüchlicher Forschungsergebnisse und verbleibender methodologischer Probleme von einem zweifelsfreien Nachweis wirtschaftlicher Vorteile oder signifikanter Nachteile der Unternehmensmitbestimmung nicht gesprochen werden. In jedem Fall

²⁰ Vgl. die Literaturliste in Anhang 3.

²¹ So beispielsweise Theodor Baums, Bernd Frick (1999): *The Market Value of the Codetermined Firm*, in: Margaret M. Blair, Mark J. Roe (Hg.): *Employees and Corporate Governance*. Washington: Brookings Institution Press, 194-205. Vergleiche als Überblicksstudien zum Forschungsstand der ökonomischen Mitbestimmungsforschung: Alexander Dilger (2003): *Economic Effects of Co-Determination*, in: Walther Müller-Jentsch, Hansjörg Weitbrecht (Hg.), *The Changing Contours of German Industrial Relations*. München und Mering: Hampp, 119-136; Bernd Frick, Erik Lehmann (2005): *Corporate Governance in Germany: Ownership, Codetermination, and Firm Performance in a Stakeholder Economy*, in: Howard Gospel, Andrew Pendleton (Hg.), *Corporate Governance and Labour Management. An International Comparison*. Oxford/New York: Oxford University Press, 122-147; Dieter Sadowski, (2002): *Personalökonomie und Arbeitspolitik*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel.

aber liefern die von der Forschung dokumentierten wirtschaftlichen Erfahrungen in Vergangenheit und Gegenwart keine Begründung für Forderungen nach einer grundlegenden Umgestaltung der Unternehmensmitbestimmung.

- Die These, dass die Mitbestimmung ein Hindernis bei der Umwandlung von Familienunternehmen, die als Personengesellschaften verfasst sind, in Kapitalgesellschaften bildet, ließ sich mangels entsprechender Zahlen nicht empirisch belegen oder widerlegen.²² Es muss deshalb strittig bleiben, ob die Mitbestimmung, im Unterschied etwa zu den bei einem Rechtsformenwechsel wirksam werdenden allgemeinen Publizitätspflichten, tatsächlich ein ins Gewicht fallendes Argument für einen Verzicht auf den Rechtsformwechsel darstellt.
- Die Wahrnehmung der Unternehmensmitbestimmung durch Vorstände und Geschäftsleitungen sowie Mitglieder von Aufsichtsräten war in den vergangenen Jahren Gegenstand einer Reihe von Befragungen. Dennoch erlaubt der Forschungsstand lediglich über ausgewählte Teilaspekte abgesicherte Aussagen. Hinweise auf eine grundsätzliche Ablehnung der Unternehmensmitbestimmung oder gar einen überwiegenden Wunsch, sie abgeschafft zu sehen, gibt es nicht.²³

Dem überwiegenden Teil der Befragten erscheint eine gute Mitbestimmungspraxis innerhalb des bestehenden Systems möglich; auch schlechte Praxis erscheint möglich und kommt vor, ist aber in der überwiegenden Wahrnehmung eher die Ausnahme. Umfragen unter Führungskräften lassen punktuelle Reformwünsche bei grundsätzlicher Unterstützung, mindestens aber Hinnahme des bestehenden Systems erkennen. Qualitative Interviews mit Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern weisen insbesondere die Größe der Aufsichtsräte sowie deren mangelnde Internationalisierung als potentielle Reformgegenstände aus. Konflikte über Themen wie die Rolle der externen Gewerkschaftsvertreter gehen oft quer durch den gesamten Aufsichtsrat. Getrennte Vorbesprechungen der Aufsichtsratsbanken und intensive Zusammenarbeit zwischen Vorsitzendem und stellvertretendem Vorsitzenden des Aufsichtsrats werden positiv gewürdigt. In Familienunternehmen und Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen wird die Unternehmensmitbestimmung am ehesten als belastend empfunden, obwohl sie dort faktisch am schwächsten ausgeprägt ist.

- In den Beratungen der Kommission wurden die von den wissenschaftlichen Mitgliedern vorgenommenen Bewertungen der Unternehmensmitbestimmung von Arbeitgeberseite kritisiert. Dargelegt wurde unter anderem,

²² Vgl. dazu: Horst Albach, Christiane Corte, Rolf Friedwald, Marcus Lutter, Wolf Richter (1988): Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell. Gütersloh: Verlag Bertelsmann-Stiftung. Daraus: 97-113.

²³ So beispielsweise Martin Glaum (1998): Kapitalmarktorientierung deutscher Unternehmen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchung. Industriestudie im Auftrag von Coopers & Lybrand Deutschland. Frankfurt a.M.: Fachverlag Moderne Wirtschaft, 23.

dass bei Befragungen häufig keine ausreichende Differenzierung zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmungen vorgenommen werde. Im Übrigen wurde zu den Auswirkungen der Mitbestimmung im Unternehmen auf eine Untersuchung des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) und des Institute for Law and Finance der Universität Frankfurt verwiesen, die im November 2006 der Presse übergeben worden war. Die wissenschaftlichen Mitglieder sind diesem Hinweis nachgegangen. Nach Studium der Ergebnisse der Untersuchung sehen sie jedoch keinen Anlass, ihre bisherigen Bewertungen zu korrigieren.

Die Ergebnisse der genannten Untersuchung beruhen auf einer schriftlichen Umfrage aus dem Sommer 2006. Bei dieser wurden rund 2500 Unternehmen gebeten, über ihre Erfahrung mit der Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu berichten. Der Bitte entsprachen laut IW acht Prozent (also rund 200) der angeschriebenen Unternehmen, darunter angeblich etwa ein Sechstel (also rund 15 Prozent) der Unternehmen, die dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 unterliegen. Allerdings beruhen die der Kommission vorliegenden Auszählungen insgesamt nur auf 143 Fällen; über Zusammensetzung und Größenstruktur der antwortenden Unternehmen werden keine Angaben gemacht. Der geringe Rücklauf ist umso bemerkenswerter, als die Unternehmen mit einem gemeinsamen Schreiben der Präsidenten von BDA und BDI und unter Bezugnahme auf die Arbeit der Kommission aufgefordert worden waren, „die Diskussion über die Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf eine sichere empirische Grundlage zu stellen“. Ein vertraulicher Umgang mit den Antworten wurde ausdrücklich zugesichert.

Die Auswertung der eingegangenen Antworten ergab, dass 34 Prozent der nach dem Gesetz von 1976 mitbestimmten Unternehmen dessen Auswirkungen als sehr positiv bzw. positiv einschätzten, während 38 Prozent sie als sehr negativ bzw. negativ bezeichneten. Nicht weniger als 28 Prozent gaben keine Antwort, obwohl der Fragebogen diese Möglichkeit nicht vorgab. Interessant ist ferner, dass 49 Prozent der Antwortenden die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem Gesetz von 1976 als sehr kompetent und kompetent wahrnehmen und lediglich 41 Prozent als weniger oder nicht kompetent. Des weiteren erklärten 36 Prozent der Antwortenden, dass sich die Mitbestimmung im Aufsichtsrat sehr oder eher positiv auf die Entscheidungsqualität auswirke, während 20 Prozent die Auswirkungen sehr oder eher negativ einschätzten; keine Antwort gaben hier 44 Prozent.

Nicht zuletzt weil vermutet werden darf, dass mitbestimmungskritische Unternehmen sich überproportional an der Umfrage beteiligt haben, können die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission in den Ergebnissen eine überwiegende Ablehnung der Unternehmensmitbestimmung durch die betroffenen Unternehmen nicht erkennen. Auch im Blick auf den ungewöhnlich niedrigen Rücklauf erscheint ihnen im Gegenteil die Feststellung gerechtfertigt, dass die Untersuchung des IW die Bewertung der Unternehmensmitbestimmung durch die wissenschaftlichen Mitglieder insgesamt bestätigt.

- Die wissenschaftlichen Mitglieder können sich auch nicht der in der Kommission geäußerten Auffassung anschließen, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bei der Ernennung und Vertragsverlängerung der Vorstände zwingt die Mitglieder des Managements, sich bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen opportunistisch zu verhalten und mit den Arbeitnehmervertretern Kompensationsgeschäfte zu vereinbaren, die im Widerspruch zu den Interessen des Unternehmens stünden. Aus diesem Grund seien auch positive Äußerungen von Vorstandsmitgliedern großer deutscher Unternehmen über die Mitbestimmung nicht ernst zu nehmen. Die tiefen Umstrukturierungen bedeutender deutscher Unternehmen in den letzten anderthalb Jahrzehnten und die oft harten und hart umkämpften Sanierungsmaßnahmen, die von deutschen Vorständen durchgesetzt wurden, wären mit einem opportunistischen Management, das nur seine eigene Karriere und nicht das Wohl des Unternehmens im Auge hatte, kaum möglich gewesen.
- Auch in historischer Sicht spricht nichts dafür, dass die Mitbestimmung nach dem Gesetz von 1976 den betroffenen Unternehmen wirtschaftlichen Schaden zugefügt hätte. Die 1980er Jahre, in denen die neue Gesetzgebung ihre volle Wirksamkeit erreichte, waren eine Phase hoher Prosperität, in der dem „Modell Deutschland“ weltweit Anerkennung gezollt wurde. Dass die Krise des dann folgenden Jahrzehnts der Mitbestimmung anzulasten sei, wird selbst von ihren schärfsten Kritikern nicht behauptet – zumal auch in diesen Jahren, wie übrigens noch immer, die Exporterfolge der deutschen verarbeitenden Industrie, deren Großunternehmen sämtlich der Mitbestimmung unterliegen, eindrucksvoll anhielten. Es trifft zu, dass auch die historische Beurteilung in Einzelheiten strittig bleibt und differenziert werden muss. Allerdings gibt es nach Einschätzung der wissenschaftlichen Mitglieder keine Anhaltspunkte dafür, dass bestehende Schwächen deutscher Unternehmen oder der deutschen Wirtschaftsstruktur, welcher Art auch immer, überwiegend oder auch nur in relevantem Ausmaß auf die Unternehmensmitbestimmung zurückzuführen sind, oder dass grundlegende Änderungen an der deutschen Unternehmensverfassung erforderlich wären, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen zu erhalten oder zu verbessern.

Diese Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung ändert sich auch dann nicht, wenn man die in den letzten Jahren veränderten wirtschaftlichen Bedingungen in Betracht zieht. Hier ist vor allem auf die zunehmende Bedeutung und die Internationalisierung der Kapitalmärkte zu verweisen. Zwar können die wissenschaftlichen Mitglieder ebenso wenig wie der Gesetzgeber von 1976 künftige Entwicklungen mit Sicherheit voraussehen. Andererseits gibt es keine Anzeichen dafür, dass mitbestimmte Unternehmen sich unter den veränderten Wirtschaftsbedingungen der Gegenwart und des kommenden Jahrzehnts weniger erfolgreich behaupten werden als in den drei Jahrzehnten seit Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes.²⁴

²⁴ Zu den Folgen von Europäisierung und Internationalisierung für Stabilität und Legitimität der deutschen Mitbestimmung siehe unten, A. Kapitel 2 Teil 3.

- Die wissenschaftlichen Mitglieder konnten insbesondere keine Belege dafür finden, dass mitbestimmte deutsche Unternehmen auf den internationalen Kapitalmärkten einen „Mitbestimmungsabschlag“ hinnehmen müssten. Die einschlägige Literatur, die allerdings noch nicht umfangreich ist, sowie anekdotische Evidenz sprechen dafür, dass Investoren sich an fundamentalen Werten wie Profitabilität und strategischer Positionierung eines Unternehmens orientieren und die Unternehmensmitbestimmung bei der Bewertung von Anlageobjekten und der Zusammenstellung ihrer Portfolios ignorieren. Allerdings hat die Internationalisierung der Kapitalmärkte in jüngerer Zeit rapide zugenommen, so dass ihre Folgen für die Stellung mitbestimmter Unternehmen am internationalen Kapitalmarkt noch nicht völlig zu überblicken sind. Eine genaue Beobachtung der hier stattfindenden Entwicklungen erscheint deshalb geboten.²⁵
- Über die Wahrnehmung der Unternehmensmitbestimmung speziell bei internationalen Kapitalmarktteilnehmern ist wenig bekannt. Bei Untersuchungen von McKinsey²⁶ über das Vertrauen internationaler Investoren in unterschiedliche nationale Systeme der Unternehmenskontrolle schnitt Deutschland im Jahr 2000 vergleichsweise schlecht und 2003 vergleichsweise gut ab. Diese Ergebnisse können also nicht der – in diesem Zeitraum in ihrer Intensität unverändert gebliebenen – Unternehmensmitbestimmung zugeschrieben werden. Auch in Befragungen von Unternehmensleitungen zur Attraktivität als Zielland für Direktinvestitionen steht Deutschland im internationalen Vergleich insgesamt gut da.²⁷
- Ob die Unternehmensmitbestimmung hierzu einen spezifischen Beitrag leistet, lässt sich nicht erkennen. Vergleichende Studien kommen aber regelmäßig zu dem Ergebnis, dass das deutsche Arbeitsrecht als rigide eingeschätzt wird und bei der Gesamtbewertung negativ zu Buche schlägt. Inwieweit die Unternehmensmitbestimmung dem Arbeitsrecht zugerechnet und welches Gewicht ihr dabei beigemessen wird, muss offen bleiben. Auch lässt sich der besondere Beitrag der Unternehmensmitbestimmung im Unterschied zur betrieblichen Mitbestimmung nicht isolieren. In einer Gesamtschau kommt dem Arbeitsrecht im Bündel der Bewertungsfaktoren allerdings lediglich eine mittlere Bedeutung zu. Marktdynamik, Infrastruktur und Qualifikationsprofile sind wichtigere Kriterien.²⁸ Für die These, dass die Unternehmensmitbe-

²⁵ Siehe dazu auch A. Kapitel 3 – Ausblick.

²⁶ McKinsey (2000): Investor Opinion Survey. June 2000. London: McKinsey & Company; McKinsey (2002): Global Investor Opinion Survey: Key Findings. July 2002. London: McKinsey & Company.

²⁷ So z.B. AmCham Germany/Boston Consulting Group (2003): AmCham Business Questionnaire 2003. Boston Consulting Group Deutschland.

²⁸ Vgl. dazu Ernst & Young (2004): Kennzeichen D: Standort-Analyse 2004. Attraktivität Deutschlands als Investitionsstandort. EY Niederlassung Ruhrgebiet; Sigurt Vitols (2001): Unternehmensführung und Arbeitsbeziehungen in deutschen Tochtergesellschaften großer ausländischer Unternehmen. Studie des Forums Mitbestimmung im Auftrag der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung; Kerstin Pull (2005): Standortfaktor

stimmung in der Vergangenheit ein Standortnachteil in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen war oder in der Gegenwart ist, gibt es keine Belege. Der mitbestimmte Aufsichtsrat steht einer günstigen Bewertung des deutschen Standorts nicht im Wege. Allerdings wird das System der deutschen Unternehmensmitbestimmung im Ausland nicht immer leicht verstanden.²⁹

- Angesichts des Übergangs der Industriegesellschaft zu einer wissensbasierten Produktionsweise hat sich die Kommission schließlich mit der Frage befasst, ob eine Beteiligung der Arbeitnehmer durch Repräsentation in den Unternehmensorganen dazu beitragen kann, das Vertrauen zwischen Unternehmensleitung und Mitarbeitern zu festigen und eine hoch qualifizierte Belegschaft auf diese Weise an das Unternehmen zu binden. Dabei war in der Kommission umstritten, ob nicht bereits die betriebliche Mitbestimmung zur Schaffung von Vertrauen und zur Bindung der Belegschaft an das Unternehmen ausreicht. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass auch andere Formen der Partizipation vorstellbar seien und in verschiedenen Ländern praktiziert würden. Als Argument für die Existenz vertretungsbedürftiger Interessen hoch qualifizierter Arbeitnehmer auf Unternehmensebene wurde unter anderem die ausgeprägte Unterstützung der leitenden Angestellten für die Aufsichtsratsmitbestimmung angeführt. Andererseits wurde die Ansicht zum Ausdruck gebracht, dass gerade für hoch qualifizierte Beschäftigte eine gesetzlich vorgeschriebene Mitbestimmung über den Aufsichtsrat keine zwingende Voraussetzung für eine angemessene Wahrnehmung ihrer Interessen sein müsse.

Teil 2 – Anpassung und Vereinfachung

Die wissenschaftlichen Mitglieder halten eine grundsätzliche Korrektur der bestehenden Gesetzeslage nicht für erforderlich und den durch die bestehenden Regelungen bewirkten Schutz von Arbeitnehmerbelangen weiterhin für geboten. Mit dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 ist ein insgesamt leistungsfähiges Verfahren zur Bewältigung von Konflikten und zur Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen in den Unternehmen etabliert worden. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein solches Gesetz nicht unumstritten ist. Die wissenschaftlichen Mitglieder erinnern daran, dass das Mitbestimmungsgesetz 1976 nicht nur von den Arbeitgeberverbänden (als zu weitgehend), sondern auch vom DGB (als unzureichend) abgelehnt wurde.

Nach Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder ist sowohl die betriebliche Mitbestimmung als auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ge-

Arbeitsrecht: Die Bewertung durch ausländische Investoren, in: Wirtschaftsdienst 85, 10, 638-645.

²⁹ Eine wichtige Ausnahme sind ausländische Unternehmen, die schon länger in Deutschland ansässig und mit dem System vertraut sind.

rade in wirtschaftlich angespannten Zeiten ihrem Auftrag gerecht geworden, ein wirksames Instrumentarium zum Ausgleich unterschiedlicher Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern zur Verfügung zu stellen. Der kooperative Ansatz der Mitbestimmung hat nicht nur positive Auswirkungen auf die Motivation und das Verantwortungsbewusstsein der Arbeitnehmer, sondern durch seinen Beitrag zum Erhalt des sozialen Friedens auch bedeutende gesellschaftspolitische Auswirkungen. Unternehmen können und sollten sich die Produktivität der Kooperation im Wettbewerb nutzbar machen.

Unbeschadet der Tatsache, dass eine grundsätzliche Korrektur der bestehenden Gesetzeslage nicht für erforderlich gehalten wird, empfehlen die wissenschaftlichen Mitglieder angesichts der schnell anwachsenden Pluralität der Entwicklungen Maßnahmen zur Flexibilisierung³⁰ und Vereinfachung³¹ des bestehenden Gesetzesrechts. Dabei kann eine Flexibilisierung verschiedener Aspekte der Mitbestimmung nach Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder am sinnvollsten durch eine Ergänzung des zwingenden Rechts durch dispositives Recht erreicht werden.

I. Ergänzung des zwingenden Rechts durch dispositives Recht

Angesichts der Vielfalt der Unternehmensstrukturen erscheint es angezeigt, durch dispositives Recht die Möglichkeit unterschiedlicher Gestaltungen zu eröffnen und so zunächst auf einem begrenzten Feld die Grundlage für einen gemeinsamen „Entwicklungs- und Lernprozess“ zu schaffen. Besonderer Flexibilisierungsbedarf wird, gerade in Konzernstrukturen, hinsichtlich des anzuwendenden Mitbestimmungsstatuts und der Größe des Aufsichtsrats gesehen. Eine auf diese Weise vorgenommene Gewichtsverlagerung zwischen Ebenen der Mitbestimmung kann, um deren Wirkungen den spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens oder Konzerns anzupassen, von Absprachen über die Festlegung des Kreises zustimmungspflichtiger Geschäfte begleitet werden.

1. Fehlende Flexibilität des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen, in den einschlägigen Gesetzen abweichende vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen zuzulassen. Hierbei ist vor allem an einen Verzicht auf die wirkungsschwache Mitbestimmung in einem von der Mutter eng geführten Konzerntochterunternehmen zugunsten der Konzernebene zu denken, auf der die für dieses Unternehmen maßgeblichen Entscheidungen getroffen werden. Um

³⁰ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 I.

³¹ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 II.

diesem Bedarf gerecht zu werden, sollte für diejenigen Mitbestimmungssysteme eine Vereinbarungsoption eröffnet werden, die eine solche Option noch nicht kennen. Dabei ist die vom Gemeinschaftsrecht vorgegebene Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft der Modifikation durch den deutschen Gesetzgeber entzogen.

Im Einzelnen schlagen die wissenschaftlichen Mitglieder vor:

- Auf der Grundlage der ausschließlich auf deutschem Recht beruhenden Mitbestimmungssysteme sollten in Konzernen vertragliche Abweichungen vom geltenden Recht möglich sein. Die Vereinbarung sollte vom gesetzlichen Statut bezogen auf die Intensität der Mitbestimmung sowohl nach oben als auch nach unten abweichen können.
- Vereinbarungspartei auf Arbeitgeberseite ist dabei das Unternehmen, handelnd durch sein Vertretungsorgan. Eine Vereinbarung bedarf der Billigung durch die Anteilseignerversammlung, die mit Dreiviertel-Mehrheit beschließen muss. Für die Arbeitnehmerseite handelt ein Gremium, das vom (Gesamt-/Konzern-) Betriebsrat, den bisher im Aufsichtsrat vertretenen Gewerkschaften sowie bei Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes vom (Gesamt-/Konzern-) Sprecherausschuss gebildet wird. Die Zahl der Mitglieder entspricht der Größe der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat. Die genannten Stellen entsenden so viele Mitglieder, wie ihnen bisher Aufsichtsratsmitglieder zuzuordnen sind. Besteht kein mitbestimmter Aufsichtsrat, so wird das Verhandlungsgremium zu gleichen Teilen vom (Gesamt- / Konzern-) Betriebsrat und den in diesem vertretenen Gewerkschaften gebildet. Das Verhandlungsgremium beschließt mit Dreiviertel-Mehrheit.
- Der Vertrag ist ein Kollektivvertrag eigener Art, der nicht durch Arbeitskampf durchsetzbar ist. Seine Laufzeit soll in der Vereinbarung bestimmt werden.

Die vorgeschlagene Zusammensetzung des Verhandlungsgremiums führt zur Legitimation durch diejenigen, deren Rechte Gegenstand der Vereinbarung sind und durch diese beeinträchtigt werden können. Betroffen sind diejenigen, denen *de iure* (Sitzgarantie und exklusive Vorschlagsrechte der Belegschaft und der leitenden Angestellten) oder *de facto* (exklusives Vorschlagsrecht der Gewerkschaften) Sitze im Aufsichtsrat reserviert sind. Dies macht die Bildung eines pluralistisch zusammengesetzten Verhandlungsgremiums erforderlich. Der Rückgriff auf ein *ad hoc* gebildetes Verhandlungsgremium für Vereinbarungen über die Arbeitnehmerbeteiligung ist im europäischen Recht z.B. beim Europäischen Betriebsrat oder bei der Europäischen Gesellschaft etabliert. Die von einigen Mitgliedern der Kommission vorgeschlagene Urwahl des Verhandlungsgremiums durch die Belegschaft würde dagegen ein mit Minderheitenschutz verbundenes unangemessen aufwendiges Wahlverfahren erforderlich machen. Auch ein Abschluss der Vereinbarung durch die amtierenden Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer erscheint den wissenschaftlichen Mitgliedern ungeeignet. Ein Rückgriff auf die Institutionen schafft eine stärkere Legitimation als derjenige auf die gerade im Amt

befindlichen Personen, bei denen persönliche Interessen eine größere Rolle spielen können.

Die erforderliche Beschlussmehrheit orientiert sich an der auf Unternehmensseite für Satzungsänderungen notwendigen Mehrheit³² und ist im Hinblick auf die bestehenden gesetzlichen Vorgaben zur pluralistischen Zusammensetzung der „Arbeitnehmerbank“ im Aufsichtsrat höher als die für Beschlüsse des Besonderen Verhandlungsgremiums einer Europäischen Gesellschaft geforderten Mehrheiten.

Aus den für die Zusammensetzung des Verhandlungsgremiums angeführten Gründen erscheint es nicht angezeigt, den Abschluss einer Vereinbarung auf Arbeitnehmerseite ausschließlich in die Zuständigkeit der Gewerkschaften zu stellen. Wird die Vereinbarung aber von dem vorgeschlagenen Verhandlungsgremium abgeschlossen, so muss ein Tarifvertrag als Form der Vereinbarung schon deshalb ausscheiden, weil auf Arbeitnehmerseite keine tariffähige Vereinigung steht. Im Übrigen liegt mit der Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats, also eines Gesellschaftsorgans, der Vereinbarungsgegenstand außerhalb des der Regelung durch Tarifverträge eröffneten Bereichs.

In der Natur einer solchen Öffnung für Vereinbarungen liegt es, dass das einschlägige Gesetz einschränkungslos anzuwenden ist, soweit und solange eine abweichende Vereinbarung nicht (mehr) besteht. Die Frage nach einer Auffangregelung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen stellt sich in diesem Zusammenhang - anders als z.B. bei der Europäischen Gesellschaft - nicht. Für die Europäische Gesellschaft ist eine Auffangregelung unverzichtbar, da für sie kein originäres Mitbestimmungsstatut besteht, das bei Vorliegen bestimmter Merkmale des Unternehmens automatisch eingreifen würde. Vielmehr muss das Mitbestimmungsstatut bei der Europäischen Gesellschaft erst durch Vereinbarung oder notfalls durch Rückgriff auf eine Auffanglösung geschaffen werden. Die Situation im deutschen Mitbestimmungsrecht stellt sich dagegen anders dar. Dort besteht für das Unternehmen bereits ein vom Gesetz vorgeschriebenes Mitbestimmungsstatut, so dass es nur um die Frage geht, ob und falls ja welche Abweichungen hiervon zugelassen werden sollen. Kommt eine Vereinbarung also nicht zustande oder endet sie, so gilt die gesetzliche Regelung, deren Voraussetzungen in diesem Zeitpunkt erfüllt sind.

2. Größe des Aufsichtsrats

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen folgende Öffnung des Mitbestimmungsgesetzes, um die Größe des Aufsichtsrats durch Vereinbarungen abweichend von der gesetzlichen Vorgabe regeln zu können:

³² Vgl. § 179 Abs. 2 AktG.

- Es sollte sowohl eine vom Gesetz nach oben abweichende Größe des Aufsichtsrats als auch eine nach unten abweichende Größe vereinbart werden können. Dabei muss der Aufsichtsrat immer aus einer geraden Zahl von Mitgliedern bestehen.
- Bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats kann auch die Zusammensetzung der Arbeitnehmerseite anders als gesetzlich vorgegeben geregelt werden; dabei ist allerdings das zahlenmäßige Verhältnis zwischen unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsvertretern, soweit rechnerisch möglich, beizubehalten. Bei einer Vergrößerung des Aufsichtsrats müssen gesetzlich vorgeschriebene Sitzgarantien und ausschließliche Vorschlagsrechte erhalten bleiben; soweit dies rechnerisch möglich ist, sind sie nach dem Muster der für die verschiedenen Größenklassen des Aufsichtsrats bestehenden gesetzlichen Regelungen fortzuschreiben. Weitergehende Eingriffe in gesetzliche Rechtspositionen sind allerdings im Zusammenhang mit der Einbeziehung ausländischer Belegschaften in das Wahlverfahren zulässig,³³ oder wenn sie vom Verhandlungsgremium einstimmig beschlossen werden.
- Vereinbarungspartei auf Arbeitgeberseite ist das Unternehmen, dessen Aufsichtsrat Gegenstand der Vereinbarung ist. Es handelt durch sein Vertretungsorgan. Die Vereinbarung bedarf der Billigung durch die Anteilseignerversammlung, die mit Dreiviertel-Mehrheit beschließen muss. Für die Arbeitnehmerseite verhandelt ein Gremium, das vom (Gesamt-/Konzern-) Betriebsrat, den bisher im Aufsichtsrat vertretenen Gewerkschaften sowie vom (Gesamt-/Konzern-) Sprecherausschuss gebildet wird. Die Zahl der Mitglieder entspricht der Größe der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat. Die genannten Stellen entsenden so viele Mitglieder, wie ihnen bisher Aufsichtsratsmitglieder zuzuordnen sind.
- Das Verhandlungsgremium beschließt mit Dreiviertel-Mehrheit. Eine einstimmige Beschlussfassung ist erforderlich, wenn die Vereinbarung einen über die oben vorgeschlagenen Grenzen hinausgehenden Eingriff in die gesetzliche Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank vorsieht, etwa den Wegfall des Sitzes der leitenden Angestellten oder die Verminderung der Zahl der Gewerkschaftssitze von drei auf einen und die Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben nicht durch die Einbeziehung ausländischer Belegschaften bedingt ist.
- Der Vertrag ist ein Kollektivvertrag eigener Art, der nicht durch Arbeitskampf durchsetzbar ist. Seine Laufzeit soll in der Vereinbarung bestimmt werden.

Die Verhandlungsoption ermöglicht eine auf die Verhältnisse im betroffenen Unternehmen zugeschnittene Aufsichtsratsgröße. Der Aufsichtsrat kann im Verhältnis zu den gesetzlichen Vorgaben³⁴ verkleinert (z. B. bei mitbestimmten Konzern-töchtern) oder auch außerhalb der im Mitbestimmungsgesetz abschließend vorge-

³³ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 3 V 2.

³⁴ Vgl. § 7 MitbestG.

sehen drei Größenklassen vergrößert werden (z. B. wegen der Einbeziehung ausländischer Belegschaften). So wird die Grundlage für die vielfach geforderte Flexibilität geschaffen. Dabei ist allerdings die Zusammensetzung des Aufsichtsrats aus einer geraden Zahl von Mitgliedern unabdingbar, denn auf ihr beruht die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz.

Den wissenschaftlichen Mitgliedern ist bewusst, dass eine Veränderung der Größe des Aufsichtsrats regelmäßig Auswirkungen auf die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank haben wird. So wird sich nur in seltenen Fällen das zahlenmäßige Verhältnis zwischen den drei Kategorien von Arbeitnehmervertretern nach dem Mitbestimmungsgesetz (Gewerkschaftsvertreter, leitende Angestellte, übrige Arbeitnehmer) exakt aufrechterhalten lassen. Bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats gilt dies in besonderem Maße, da dann das proportionale Gewicht der Sitzgarantie für leitende Angestellte und des ausschließlichen Vorschlagsrechts für zwei Gewerkschaftssitze erheblich wachsen kann. Umgekehrt wird sich bei einer Vergrößerung des Aufsichtsrats das relative Gewicht der einzelnen Sitze vermindern.

Im Rahmen des Möglichen sollten die vom geltenden Recht vorgegebenen Grundsätze für die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank auch bei einer Veränderung der Aufsichtsratsgröße maßgeblich bleiben. Das gilt gerade auch für das Verhältnis zwischen unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitgliedern und Gewerkschaftsvertretern. Das Zusammenwirken „interner“ und „externer“ Arbeitnehmervertreter, das ein zentrales Element des Mitbestimmungsgesetzes darstellt und vom Bundesverfassungsgericht als sachgerecht anerkannt worden ist,³⁵ beruht auf Überlegungen, die seit der Verabschiedung des Gesetzes nichts von ihrer Überzeugungskraft eingebüßt haben. Die wissenschaftlichen Mitglieder sehen auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die insoweit auf die Rolle der Gewerkschaftsvertreter gerichteten Erwartungen unbegründet gewesen wären.

Da die Vereinbarung aber ungeachtet der vorgeschlagenen Begrenzungen in Rechtspositionen eingreifen kann, die auf Arbeitnehmerseite nach geltendem Mitbestimmungsrecht bestehen, muss die Vereinbarungspartei auf Arbeitnehmerseite von allen denjenigen legitimiert sein, deren Rechte durch die Vereinbarung betroffen sein können. Das sind - wie auch bei der empfohlenen Vereinbarungsoption hinsichtlich des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen - diejenigen, denen de iure (Sitzgarantie und exklusive Vorschlagsrechte der Belegschaft und der leitenden Angestellten) oder de facto (exklusives Vorschlagsrecht der Gewerkschaften) Sitze im Aufsichtsrat reserviert sind. Eine Bildung des Verhandlungsgremiums im Wege der Urwahl oder durch die amtierenden Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ist aus den gleichen Erwägungen wie bei der empfohlenen Vereinbarungsoption hinsichtlich des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen nicht zu empfehlen.

Für das Abweichen vom Gesetz und den damit unvermeidlichen Eingriff in bestehende Positionen muss eine hohe Mehrheit im Verhandlungsgremium gefordert werden. Den wissenschaftlichen Mitgliedern ist bewusst, dass trotz dieser Vor-

³⁵ BVerfGE 50, 290 (361).

kehrung Minderheiten gegen ihren Willen Positionen einbüßen können (z. B. bei einer erheblichen Verkleinerung des Aufsichtsrats die Gewerkschaften das ausschließliche Vorschlagsrecht für einen von mehreren Sitzen). In geringem Umfang erscheint dies aber hinnehmbar, da bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats eine exakt proportionale Beibehaltung der geschützten Positionen kaum möglich ist und nur die Wahl zwischen deren rechnerischer Einschränkung oder Erweiterung besteht. Eine unter Gleichheitsgesichtspunkten verfassungsrechtlich bedenkliche Inkonsequenz des Gesetzes ist insoweit nach Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder zu verneinen.

Für weiterreichende Eingriffe, wie den Wegfall aller oder der Mehrheit der Gewerkschaftssitze oder des Sitzes der leitenden Angestellten, erscheint den wissenschaftlichen Mitgliedern allerdings eine einstimmige Beschlussfassung verfassungsrechtlich geboten. In der Abwägung gegenüber dem gesetzlich gewollten Schutz dieser Positionen ist das Gewicht der Zweckmäßigkeitsgründe, die für eine Verkleinerung des Aufsichtsrats streiten können, recht gering. Sie reichen nicht aus, um abweichend vom Regelungskonzept des Gesetzes eine Beseitigung des Schutzes gegen den Willen der Geschützten zu rechtfertigen.³⁶

Da die Größe des Aufsichtsrats Satzungsangelegenheit ist, bedarf die Abweichung vom Gesetz der Billigung durch die Anteilseigner des betroffenen Unternehmens.

Zu Charakter und Laufzeit der Vereinbarung gelten die gleichen Erwägungen wie bei der empfohlenen Vereinbarungsoption zum Mitbestimmungsstatut in Konzernstrukturen.³⁷

3. Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte

Nach dem Aktiengesetz³⁸ hat die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Der Inhalt dieses obligatorischen Katalogs ist gesetzlich nicht festgelegt. Dementsprechend groß ist die Variationsbreite in der Praxis.

Es wird keine Empfehlung ausgesprochen, den Inhalt eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäften gesetzlich festzulegen oder rechtlich durchsetzbare Vereinbarungen über den Inhalt eines solchen Katalogs zuzulassen. Die wissenschaftlichen Mitglieder weisen aber auf die Notwendigkeit hin, im Sinne guter corporate governance einen umfassenden, nach den Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens ausgerichteten Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte festzulegen. Dies sollte im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer- und

³⁶ Insoweit stellt sich die Situation anders dar als bei einer Veränderung der Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank wegen der Einbeziehung ausländischer Belegschaften. Vgl. hierzu A. Kapitel 2 Teil 3 IV.

³⁷ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 I.1.

³⁸ § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Anteilseignerseite geschehen. Bei Vereinbarungen über ein vom Gesetz abweichendes Mitbestimmungsstatut³⁹ oder eine Verkleinerung des Aufsichtsrats eines abhängigen Konzernunternehmens⁴⁰ kann es sinnvoll sein, für die mitbestimmte Leitungsebene im Konzern zusätzliche Zustimmungsvorbehalte abzuspüren, um die Wirksamkeit der Mitbestimmung auch nach der Verlagerung auf eine höhere Konzernebene zu gewährleisten.

Die von Teilen der Kommission zur Steigerung der Überwachungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats geforderte gesetzliche Festlegung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte betrifft generell die Rollenverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Rahmen der corporate governance und reicht damit über die Balance der Einflussmöglichkeiten im Rahmen der Mitbestimmung hinaus. Die wissenschaftlichen Mitglieder bezweifeln daher - unabhängig von der Frage, ob ein gesetzlich festgelegter Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte dem Bedürfnis der Unternehmen nach individuellen Regelungen überhaupt gerecht werden könnte -, dass der Auftrag der Kommission so umfassend zu verstehen ist. Das gilt umso mehr, als sich der Gesetzgeber erst im Jahr 2002 mit diesem auch außerhalb der Mitbestimmungsdiskussion kontroversen Thema befasst und die jetzt gültige Regelung mit dem Transparenz- und Publizitätsgesetz eingeführt hat.

Die oben formulierten Zweifel mögen für eine Vereinbarungsoption, die nur für mitbestimmte Unternehmen in Betracht käme, weniger gewichtig sein. Insoweit ist aber ein Bedarf für eine Öffnungsklausel nur schwer erkennbar. Besteht über den Inhalt des Zustimmungskatalogs das für eine Vereinbarung erforderliche Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite, so wird der Aufsichtsrat den Katalog entsprechend festlegen. Eine hierauf gerichtete, einklagbare Vereinbarung könnte möglicherweise spätere Änderungen des Katalogs, die von der Anteilseignerseite durchgesetzt werden, verzögern. Dieser Aspekt erscheint indessen nicht so gewichtig, dass er die Einführung einer Vereinbarungsoption rechtfertigen könnte.

Es ist nach Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder aber möglich und sinnvoll, sich beim Abschluss bestimmter Vereinbarungen (z.B. über die Verkleinerung des Aufsichtsrats oder den Wegfall der Mitbestimmung in einem abhängigen Konzernunternehmen) zugleich darüber zu verständigen, dass zur Sicherung des Mitbestimmungseinflusses auf das betroffene Unternehmen im Aufsichtsrat desjenigen Unternehmens im Konzern, das die Leitungsmacht ausübt, ein umfangreicherer Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte festgelegt wird.

³⁹ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 I.1.

⁴⁰ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 I.2.

II. Vereinfachung des Wahlverfahrens

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen, das Wahlverfahren dadurch zu vereinfachen, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in einer Versammlung der Betriebsrats- und Sprecherausschussmitglieder gewählt werden. An den Wahlvorschlagsrechten der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften ändert sich nichts.

Das Verfahren zur Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz ist kompliziert, langwierig und teuer. Es begegnet zudem dem Vorwurf, Personalkapazitäten im Bereich der Arbeitnehmervertreter im Übermaß zu binden. Durch den Rückgriff auf die bestehenden betrieblichen Arbeitnehmervertretungen wird das Wahlverfahren erheblich vereinfacht. Das gilt auch im Vergleich zu einer Wahl durch Delegierte oder Urwahl ohne die nach bisherigem Recht bestehende Wechselmöglichkeit.

Die von Mitgliedern der Kommission geäußerten Bedenken wegen der Verbindung zweier Mitbestimmungsebenen greifen nach Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder nicht durch. Unternehmensmitbestimmung und Betriebsverfassung sind einander ergänzende Subsysteme der Arbeitnehmerbeteiligung, die übereinstimmend den Schutz von Arbeitnehmerbelangen in Entscheidungsprozessen des Unternehmens bezwecken. Die Trennung beider Ebenen ist nicht vom Gesetzeszweck geboten, sondern hat technische Gründe. Sie soll der Kompetenzaufteilung folgen, die sich aus der rechtlichen Verfassung und der in diesem Rahmen erfolgenden autonomen Organisation des Unternehmens ergibt. Tatsächlich rekrutieren sich die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in aller Regel schon nach dem geltenden Wahlrecht aus den betrieblichen Arbeitnehmervertretungen.

Die Beibehaltung der bestehenden, nach Sitzkategorien getrennten Wahlvorschlagsrechte ist als Konsequenz der entsprechenden Aufteilung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat geboten.

Der ebenfalls in der Kommission diskutierte Vorschlag, die Delegiertenwahl abzuschaffen und durch eine generelle Urwahl durch die Belegschaft zu ersetzen, würde einen umfassenden Wahlkampf in den Betrieben erforderlich machen und letztlich keine wesentliche Vereinfachung des Wahlverfahrens darstellen.

Teil 3 – Europäisierung und Internationalisierung

Nach Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder hat die deutsche Unternehmensmitbestimmung auch angesichts der bisher vollzogenen Europäisierung des Unternehmensrechts sowie unter den Bedingungen immer stärker internationalisierter Märkte und Unternehmensstrukturen Bestand. Insbesondere gibt es auch unter diesem Gesichtspunkt keinen Anlass, das Modell der Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz in Frage zu stellen. Allerdings erscheinen verschiedene Anpassungsmaßnahmen geboten, um der gewachsenen Mobilität der Unternehmen und ihrer Internationalisierung sowie veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene gerecht zu werden.

I. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im europäischen Vergleich

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist Teil einer europäischen Vielfalt unterschiedlicher Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungsprozessen von Kapitalgesellschaften.⁴¹ Die in den verschiedenen Ländern auf diesem Gebiet gefundenen Regelungen sind über lange Zeiträume gewachsen und haben sich in ihren Grundzügen gegenüber allen Vereinheitlichungsversuchen als resistent erwiesen. In Ländern mit traditionell konfliktgeprägten Arbeitsbeziehungen wie Italien und Großbritannien bestehen keine gesetzlichen Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene; hier ziehen es die Gewerkschaften vor, sich bei der Vertretung ihrer Mitglieder gänzlich auf erstreikbare Tarifverträge zu stützen. Dagegen sieht die in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg entstandene Wirtschafts- und Sozialordnung für größere Unternehmen eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor, die in Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats umfasst.

Ob und inwieweit die in Deutschland vorgeschriebene paritätische Besetzung der Aufsichtsräte großer Unternehmen im europäischen Kontext eine besonders weitgehende Form der Unternehmensmitbestimmung darstellt, steht angesichts weitreichender Mitgestaltungsmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter im Boardsystem z.B. in skandinavischen Ländern dahin und war von der Kommission nicht zu klären. Unbestritten ist, dass wegen des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden von Parität nur in numerischer Hinsicht die Rede sein kann. Unbestritten ist ferner, dass die in Deutschland für Unternehmen mit 500 bis 2.000 Arbeitnehmern vorgeschriebene Drittelbeteiligung im europäischen Rahmen nicht ungewöhnlich ist: sie findet sich etwa in Dänemark, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, Tschechien und Ungarn. Im Übrigen werden die in Europa bestehenden Ausformungen der Unternehmensmitbestimmung durch die gesetzlichen Beteiligungsquoten nur unzureichend beschrieben:

⁴¹ Vgl. die Übersicht in Anhang 4.

- In einer Reihe von Ländern, vor allem in Skandinavien, wird vom Gesetz statt einer Beteiligungsquote eine absolute Zahl von Arbeitnehmervertretern festgelegt. Dies kann Beteiligungsquoten zur Folge haben, die ein Drittel übersteigen.
- Ebenfalls vor allem in Skandinavien sind die bestehenden Mitbestimmungsrechte auf Unternehmensebene als Gewerkschaftsrechte ausgestaltet. Damit erhalten die Gewerkschaften, die zugleich Tarifpartei sind, direkten Zugang zu unternehmerischen Entscheidungsprozessen. In Deutschland dagegen ist das Recht auf Unternehmensmitbestimmung ein Belegschaftsrecht, und Rolle und Einfluss der Gewerkschaften bei der Mitbestimmung auf Unternehmensebene werden vom Gesetz eng begrenzt.
- Zugleich werden in Deutschland die Gewerkschaften dadurch in die wirtschaftliche Verantwortung für das mitbestimmte Unternehmen eingebunden, dass das Gesetz eine Minderzahl der Aufsichtsratssitze für Arbeitnehmervertreter für von den Gewerkschaften nominierte Personen reserviert. Stärker konfliktorientierte Gewerkschaften in romanischen und angelsächsischen Ländern lehnen jede derartige Einbindung als Behinderung bei der unabhängigen Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder nachdrücklich ab.
- Die für das Einsetzen von Mitbestimmungsrechten geltenden Schwellenwerte sind in zahlreichen europäischen Ländern deutlich niedriger als in Deutschland. So beginnt die Unternehmensmitbestimmung in Schweden bereits bei 25 Beschäftigten, in Dänemark bei 35, in Tschechien bei 50, in Finnland bei 150 und in Ungarn bei 200. In Österreich entsenden Arbeitnehmer Vertreter in den Aufsichtsrat, sofern es einen Betriebsrat gibt, der bereits ab 5 Beschäftigten gewählt werden kann. Insgesamt besteht ein Zusammenhang zwischen Mindestgröße und Beteiligungsquote: ist letztere niedrig, so wird als Voraussetzung der Unternehmensmitbestimmung in der Regel eine vergleichsweise geringe Mindestzahl von Arbeitnehmern gefordert.

Zieht man alle diese Umstände in Betracht, so stechen für die deutsche Unternehmensmitbestimmung vor allem die numerische Parität der Beteiligung jenseits von 2.000 Beschäftigten sowie die allgemein sehr hohen Schwellenwerte hervor, nicht jedoch die Tatsache der Arbeitnehmerbeteiligung als solche. Dies wird auch von den jüngsten Entwicklungen in anderen europäischen Ländern sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht bestätigt. So ist bemerkenswert, dass in Ländern wie der Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn in den neunziger Jahren zum Teil sehr weitgehende Arbeitnehmerrechte auf Mitbestimmung im Unternehmen neu eingeführt wurden. Unter dieser Perspektive kann nicht die Rede davon sein, dass es sich bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung um eine einzigartige Erscheinung handelt.

Dies gilt nach Überzeugung der wissenschaftlichen Mitglieder umso mehr, als jede Form der Mitbestimmung auf Unternehmensebene nur im Gesamtzusammenhang der in einer Gesellschaft bestehenden Arbeitsbeziehungen bewertet werden kann. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass dort, wo eine Unternehmensmitbestimmung besteht, neben dieser zur Interessenwahrnehmung der

Arbeitnehmer regelmäßig auch verschiedene Formen der Beteiligung an betrieblichen Entscheidungsprozessen sowie Rechte aus der Tarifautonomie zur Verfügung stehen. Dabei handelt es sich um einander ergänzende Systeme kollektiven Interessenausgleichs, die in den einzelnen Staaten meist unterschiedlich gestaltet sind und je für sich von Staat zu Staat auch oft unterschiedliches Gewicht haben. So kann, wie in einem System kommunizierender Röhren, eine im Vergleich zum deutschen Recht schwache Ausprägung institutioneller Arbeitnehmerbeteiligung in Betrieb und Unternehmen durch tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten der Gewerkschaften kompensiert werden, die über die in Deutschland bestehenden hinausreichen. Eine isolierte Betrachtung der Mitbestimmung auf Unternehmensebene ist deshalb nur von begrenzter Aussagekraft, was Umfang und Intensität der Einflussnahme der Arbeitnehmerseite auf Entscheidungen der Unternehmen angeht.

In der Kommission ist vorgetragen worden, dass das Nebeneinander von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, das in Europa einzigartig sei, zu einer effektiven „Überparität“ führe. Die Gesetzgebung der Europäischen Union hat hingegen den deutschen Dualismus von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung – in Gestalt des SE-Betriebsrats einerseits und der Vertretung der Arbeitnehmer im Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Europäischen Gesellschaft andererseits – als zweckmäßig übernommen. Wie bereits betont hat sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung im Jahr 1979 mit den in der Kommission vorgebrachten Befürchtungen einer „Überparität“ befasst und diese als unbegründet zurückgewiesen. Da das Betriebsverfassungsgesetz damals schon sieben Jahre lang Anwendung fand und seit 1979 in seinen Grundzügen unverändert geblieben ist, sehen die wissenschaftlichen Mitglieder keinen Grund, die Frage neu aufzugreifen.

II. Gesetzgebung auf europäischer Ebene

Den wissenschaftlichen Mitgliedern erscheint es bemerkenswert, dass für die neuerdings bestehenden Unternehmensformen europäischen Rechts ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung im Unternehmen vorgesehen ist, und zwar zusätzlich zur Einrichtung von Betriebsräten. Insofern hat sich nach Einschätzung der wissenschaftlichen Mitglieder die europäische Rechtsentwicklung am deutschen Vorbild orientiert. Dies gilt auch in Bezug darauf, dass das Gemeinschaftsrecht die Belegschaft und nicht die Gewerkschaften zum Träger von Mitbestimmungsrechten auf Unternehmensebene gemacht hat. Zugleich hat es die Vielfalt der im Bereich der Unternehmensmitbestimmung wirksamen nationalen Traditionen respektiert. Hierzu gehört, dass es Vorkehrungen dagegen getroffen hat, dass Unternehmen den Übergang in eine europäische Rechtsform dazu nutzen, sich nationalen Verpflichtungen zur Beteiligung ihrer Belegschaft an Unternehmensentscheidungen zu entziehen.

Allerdings hat das europäische Recht, bei grundsätzlicher Anerkennung eines Anspruchs der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen, auf die Schaffung eines einheitlichen Mitbestimmungsmodells verzichtet. Im Wesentlichen beschränkt sich die europäische Gesetzgebung darauf, Brücken zwischen der Vielfalt der nationalen Regelungen zu bauen, um grenzüberschreitende Kooperation bei Erhaltung der Eigenständigkeit der nationalen Rechts- und Sozialordnungen zu ermöglichen. Dies geschieht vor allem dadurch, dass für Gesellschaften europäischen Rechts Freiräume bei der Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung im Einzelfall geschaffen werden und insoweit in erheblichem Umfang dispositives Recht maßgeblich ist. Auch gewährleistet das Gemeinschaftsrecht die – nach den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bisher nicht mögliche – Beteiligung der Belegschaften von Betrieben aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten an der Arbeitnehmervertretung in einem Unternehmensorgan. Die wissenschaftlichen Mitglieder sind der Ansicht, dass der deutsche Gesetzgeber hieraus für die europataugliche Weiterentwicklung der deutschen Mitbestimmung lernen kann.

Was die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Einzelnen angeht, so hatte die große Vielfalt der in Europa bestehenden Formen und Traditionen der Arbeitnehmerbeteiligung zunächst jahrzehntelang alle Versuche zur Einführung einer Europäischen (Aktien-)Gesellschaft (SE) durch europäische Gesetzgebung vereitelt. Die ursprüngliche Absicht, die SE mit einem einheitlichen Mitbestimmungsstatut zu versehen, ließ sich nicht verwirklichen. Daher hat die europäische Gesetzgebung⁴² für die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE eine neuartige, von den nach den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bestehenden Modellen grundlegend abweichende Lösung gewählt. Danach besteht in der SE, anders als nach deutschem Mitbestimmungsrecht, keine eigenständige, von objektiven Merkmalen des Unternehmens wie der Arbeitnehmerzahl abhängige Arbeitnehmerbeteiligung. Vielmehr wird die Mitbestimmung vorrangig im Wege freier Verhandlungen zwischen der Unternehmensleitung und einem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer vereinbart. Bei einem Scheitern der Verhandlungen greift eine gesetzliche Auffangregelung, die neben Informations- und Konsultationsrechten auch Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer enthält. Hierfür schreibt das Gemeinschaftsrecht eine “Vorher-Nachher-Betrachtung“ vor: Weil der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer weitgehend gesichert werden soll, richtet sich die Mitbestimmung in der SE nach den diesbezüglichen Verhältnissen bei den Gründern.

In gleicher Weise ist die Arbeitnehmerbeteiligung für Unternehmen in der neu geschaffenen Rechtsform der Europäischen Genossenschaft (SCE) geregelt.⁴³

⁴² Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft und Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG L 294 vom 11.12.2001 S. 22. In deutsches Recht umgesetzt durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. 12.2004, BGBl. I. S.3675.

⁴³ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft und Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer,

Ebenso hat die europäische Gesetzgebung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften⁴⁴ das Modell der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE mit wenigen Änderungen auf die aus einer Fusion von Kapitalgesellschaften unterschiedlicher Nationalität hervorgehenden Unternehmen übertragen.

Die geschilderten Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht können sich mittelbar auch auf die Anwendung des innerstaatlichen Mitbestimmungsrechts auswirken. Sie werden immer auch im Hinblick darauf beobachtet, ob sie Unternehmen, die nach deutschem Recht verfasst sind, die Möglichkeit eröffnen, durch Wahl einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtsform die für Unternehmen deutschen Rechts vorgeschriebene Mitbestimmung zu vermeiden. In diesem Zusammenhang wird beispielsweise geltend gemacht, dass eine von mitbestimmungsfreien Gesellschaften gegründete und daher nicht mit Arbeitnehmerbeteiligung versehene, in Deutschland ansässige SE auch bei späterem Wachstum über die für das Mitbestimmungsgesetz maßgebliche Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern mitbestimmungsfrei bleibe. In den durch derartige Unterschiede zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht eröffneten „Wettbewerb der Unternehmensverfassungen“ kann der deutsche Gesetzgeber allenfalls im Rahmen des europäischen Rechts eingreifen. Die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE, der SCE und den aus einer internationalen Fusion hervorgehenden Gesellschaften ist in ihren wesentlichen Elementen gemeinschaftsrechtlich vorgegeben und daher insoweit dem Zugriff des nationalen Rechts entzogen.

III. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Zweifel daran, ob sich die Mitbestimmung nach deutschem Recht als ein verbindlich vorgegebener Teil der Unternehmensverfassung im Wettbewerb weiterhin behaupten können, werden nicht nur unter Hinweis auf den möglichen Rückgriff auf eine Europäische Gesellschaft oder internationale Fusionen geäußert. Insoweit wird vielmehr auch darauf verwiesen, dass deutschen Unternehmen nunmehr auch Rechtsformen des ausländischen Rechts zur Verfügung stehen. Grundlage hierfür ist die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, die als eine der Grundfreiheiten der EG die Anwendung entgegenstehenden nationalen Rechts ausschließt. Ursprünglich galt in Deutschland der

ABl. EG L207 vom 18.8.2003 S. 25. In deutsches Recht umgesetzt durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14.8.2006, BGBl. I. S.1911.

⁴⁴ Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25.11.2005 S.1 ff. Der Bundestag hat den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (BT-Drucksache 16/2922) am 9.11.2006 in 2. und 3. Lesung beschlossen.

Grundsatz, dass ein im Ausland in einer ausländischen Rechtsform gegründetes Unternehmen dann, wenn es seinen Verwaltungssitz in Deutschland nehmen wollte, in Deutschland in einer Rechtsform deutschen Rechts neu gegründet werden musste (und dann gegebenenfalls der deutschen Mitbestimmung unterlag). Nach dieser „Sitztheorie“ war es für ein in Deutschland ansässiges Unternehmen nicht möglich, der deutschen Mitbestimmung durch Rückgriff auf eine ausländische Rechtsform auszuweichen. Nach mehreren Grundsatzentscheidungen des EuGH zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit⁴⁵ ist nunmehr gesichert, dass diese auch die Möglichkeit gewährleistet, ein Unternehmen mit inländischem Verwaltungssitz und überwiegend oder gar ausschließlich inländischen Betrieben in einer ausländischen Rechtsform (und daher mit ausländischem Satzungssitz) zu führen.

Auf Unternehmen ausländischen Rechts sind die geltenden deutschen Gesetze über die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat nach herrschender, aber bestrittener Auffassung nicht anzuwenden. Allerdings steht nach der zitierten Rechtsprechung des EuGH nicht fest, ob ein nationales Gesetz, das solche Auslandsgeellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in gleicher Weise wie entsprechende Unternehmen inländischer Rechtsformen der Mitbestimmung unterwirft, die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen würde und ob bejahendenfalls eine solche Beeinträchtigung zulässig wäre. Erlaubt ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, wenn mit ihr ein legitimes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird, wenn sie ausländische Unternehmen nicht gegenüber inländischen diskriminiert und wenn sie durch „zwingende Gründe des Gemeinwohls“ gerechtfertigt ist. Zusätzlich muss die Beschränkung zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist. Zu den zwingenden Gründen des Gemeinwohls rechnet der EuGH auch die Interessen der Arbeitnehmer. Der EuGH hatte in diesem Zusammenhang noch keine Veranlassung, sich zu Fragen der Mitbestimmung zu äußern.

IV. Legitimationsprobleme national geregelter Mitbestimmung in international organisierten Unternehmen und Konzernen

Das deutsche Mitbestimmungsrecht beschränkt das aktive Wahlrecht sowie die Wählbarkeit auf belegschaftsgebundene Sitze im Aufsichtsrat auf die Arbeitnehmer in Deutschland gelegener Betriebe des Unternehmens oder von Tochtergesellschaften. Die meisten betroffenen Unternehmen selbst oder ihre Tochtergesellschaften haben indessen auch ausländische Betriebe. Deren Belegschaften werden von Entscheidungen des Aufsichtsrats meist ebenso betroffen wie die

⁴⁵ Art. 43 EG. Dazu EuGH, Urteil vom 9.3.1999 Rs. C-212/97 „Centros“; Urteil vom 5.11.2002 Rs. C-208/00 „Überseering“; Urteil vom 30.9.2003 Rs. C 167/01 „Inspire Art“; Urteil vom 13.12.2005 Rs. C-411/03 „Sevic Systems AG“; Urteil vom 12. 9. 2006 Rs. C-196/04 „Cadbury Schweppes“.

deutschen. Eine Legitimation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch die im Ausland beschäftigten Belegschaften fehlt aber. Insoweit unterscheidet sich das deutsche Mitbestimmungsrecht allerdings nicht von ausländischen Vorschriften über die Arbeitnehmervertretung im Unternehmen. Lediglich das europäische Recht⁴⁶ schreibt für die von ihm erfassten Unternehmen, also für SE, SCE und aus einer internationalen Fusion hervorgehende Gesellschaften, eine grenzüberschreitend verfasste Belegschaftsvertretung vor. Das geschilderte Legitimationsproblem gewinnt in dem Maß weiter an Gewicht, wie von Deutschland aus geführte Unternehmen und Konzerne sich fortschreitend stärker international organisieren und dabei in wachsendem Umfang im Ausland beschäftigte Belegschaften umfassen, die Anspruch auf Mitsprache bei sie betreffenden Entscheidungen erheben.

V. Empfehlungen

1. Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz

Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz treten erst auf der Grundlage der dargestellten Rechtsprechung des EuGH auf und sind daher ein relativ junges Phänomen. Nach den der Kommission zur Verfügung stehenden Informationen⁴⁷ gibt es solche Unternehmen in mitbestimmungsrelevanter Größenordnung, also mit über 500 Arbeitnehmern, bisher gar nicht oder allenfalls in ganz geringer Zahl. Die zahlreichen bisher zu verzeichnenden Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz sind insbesondere britische private companies limited by shares (ltd.) und weisen alle viel weniger als 500 Arbeitnehmer auf. Es sind insgesamt sechs ausländische Unternehmen bekannt, die in Deutschland eine Niederlassung mit über 500 Arbeitnehmern (relevant ist die Zahl der Arbeitnehmer in Deutschland, nicht die Gesamtzahl der Arbeitnehmer des Unternehmens) betreiben. Zahlreicher sind allerdings Personengesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern, in denen eine ausländische Kapitalgesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin ist. Von den insgesamt elf bekannten Unternehmen dieser Art überschreiten neun die Schwelle von 2000 Arbeitnehmern. Nach herrschender, aber bestrittener Auffassung werden sie vom Mitbestimmungsgesetz nicht erfasst.

Wie die quantitative Entwicklung in Zukunft verlaufen wird, lässt sich noch nicht verlässlich einschätzen. So könnte z.B. die auf den Weg gebrachte Reform des deutschen GmbH-Rechts die Attraktivität der britischen private company limited by shares schmälern.

⁴⁶ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 3 II.

⁴⁷ Vgl. die von der Hans-Böckler-Stiftung erstellte Übersicht in Anhang 5.

Die wissenschaftlichen Mitglieder sehen daher von einer Empfehlung zur Erstreckung deutschen Mitbestimmungsrechts auf ausländische Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz ab. Sie sind allerdings – in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum – überzeugt, dass der deutsche Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich nicht daran gehindert ist, solche Unternehmen jedenfalls dann der Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sich ihre betriebliche Organisation einschließlich der Arbeitnehmer im wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer nicht nach dem Recht des Gründungsstaats ein Mitbestimmungsrecht haben. Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen jedoch, die Bildung solcher Unternehmen aufmerksam zu beobachten und in dem Fall, dass sie in nennenswerter Zahl in mitbestimmungsrelevanter Größenordnung auftreten, geeignete und gemeinschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Mitbestimmung zu treffen.

2. Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die Mitbestimmung

Die geschilderte⁴⁸ Problematik der deutschen Mitbestimmung (wie auch aller ausländischen Formen) in Bezug auf betroffene jeweils im Ausland beschäftigte Belegschaften ließe sich in umfassender Weise nur dadurch beheben, dass für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ein Verfahren vorge-schrieben wird, welches alle Betriebe des Unternehmens oder Konzerns einbezieht ohne Rücksicht darauf, ob sie sich im Inland oder im Ausland befinden. Dies setzt Vorschriften voraus, die in allen betroffenen Staaten Verbindlichkeit beanspruchen können. Da dies nationalem Recht in Bezug auf fremdes Staatsgebiet nicht möglich ist, kommt für das Gebiet der Europäischen Union insoweit nur Gemeinschaftsrecht in Betracht, wie es für wenige Teilbereiche⁴⁹ bereits vorliegt.

Es gibt indessen keine Anzeichen dafür, dass in absehbarer Zeit mit den hierfür erforderlichen Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts zur Harmonisierung der Unternehmensmitbestimmung gerechnet werden könnte. Solange dies der Fall ist, sollten daher wenigstens die Maßnahmen ergriffen werden, mit denen der deutsche Gesetzgeber das bestehende Legitimationsproblem zwar nicht beheben, aber doch mildern kann.

Zu diesem Zweck empfehlen die wissenschaftlichen Mitglieder, durch eine gesetzliche Öffnungsklausel Vereinbarungen zu ermöglichen, auf deren Grundlage im Ausland beschäftigte Belegschaften von deutschen mitbestimmten Unternehmen und deren Konzerntochtergesellschaften in die Vertretung im Aufsichtsrat einbezogen werden können. Dabei soll es Sache der Vereinbarung sein, ob die

⁴⁸ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 3 IV.

⁴⁹ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 3 II.

im Ausland beschäftigten Belegschaften durch aktiv und passiv gleichberechtigte Teilnahme an der allgemeinen Aufsichtsratswahl einbezogen werden oder durch die Wahl eigener Aufsichtsratsmitglieder auf Sitze, die für diese Belegschaften reserviert werden. Auch soll es zulässig sein, der Auslandsbelegschaft in der Vereinbarung nur das passive Wahlrecht für belegschaftsgebundene Aufsichtsratssitze zu eröffnen.

Partei der Vereinbarung auf Arbeitgeberseite sind das deutsche mitbestimmte Unternehmen (Konzernobergesellschaft) sowie das ausländische Unternehmen, dessen Belegschaft im Aufsichtsrat vertreten sein soll, jeweils handelnd durch ihre Vertretungsorgane. Bei einer Veränderung der Größe des Aufsichtsrats ist bei dem deutschen Unternehmen die Zustimmung der Anteilseignerversammlung erforderlich, die der Dreiviertelmehrheit bedarf. Partei der Vereinbarung auf Arbeitnehmerseite ist ein Gremium, welches vom (Gesamt-/Konzern-) Betriebsrat, den bisher im Aufsichtsrat vertretenen Gewerkschaften sowie bei Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes vom (Gesamt-/Konzern-) Sprecherausschuss gebildet wird. Die Zahl der Mitglieder entspricht der Größe der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat. Die genannten Stellen entsenden so viele Mitglieder in das Gremium, wie ihnen bisher Aufsichtsratsmitglieder zuzuordnen sind. Besteht kein mitbestimmter Aufsichtsrat, so wird das Verhandlungsgremium zu gleichen Teilen vom (Gesamt- / Konzern-) Betriebsrat und den in diesem vertretenen Gewerkschaften gebildet. Die Zustimmung einer Vertretung der im Ausland beschäftigten Belegschaft ist wünschenswert, aber nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vereinbarung. Die Beschlussfassung im Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer erfolgt mit Dreiviertel-Mehrheit. Diese reicht auch dann, wenn die Vereinbarung wegen der Zuweisung von Sitzen an im Ausland beschäftigte Belegschaften die Sitzgarantie für leitende Angestellte oder das ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für Aufsichtsratssitze beseitigt.

Die Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften führt nicht automatisch auch zur Berücksichtigung bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Anwendung eines Mitbestimmungsstatuts oder die Größe des Aufsichtsrats. Eine entsprechende Vereinbarung ist aber möglich.⁵⁰ Der Vertrag ist ein Kollektivvertrag eigener Art, der nicht durch Arbeitskampf durchsetzbar ist. Seine Laufzeit soll in der Vereinbarung bestimmt werden.

Dem deutschen Gesetzgeber fehlt die Befugnis zum Erlass von Vorschriften, welche ausländische Unternehmen verpflichten würden, in ihren nicht in Deutschland gelegenen Betrieben die Wahl von Arbeitnehmervertretern zu dulden und solche Arbeitnehmervertreter zur Ausübung von Funktionen in Mitbestimmungsorganen von der Arbeit freizustellen. Zwar werden deutsche Konzernobergesellschaften vielfach auf Grund ihrer Leitungsmacht die Möglichkeit haben, ausländische Tochtergesellschaften zu veranlassen, das zur Einbeziehung ihrer Belegschaften in die Mitbestimmung bei der Konzernspitze Erforderliche zu tun. Dies kann aber im faktischen Konzern nicht als durchgängig gesichert angenommen werden. Da-

⁵⁰ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 2 I. 1. und 2.

her ist eine Beteiligung der ausländischen Tochtergesellschaften an der Vereinbarung erforderlich.

Die Zustimmung der deutschen Konzernobergesellschaft zur Vertretung im Ausland beschäftigter Belegschaften im Aufsichtsrat erscheint zwar in den Fällen, in denen die – satzungsrelevante – Größe des Aufsichtsrats unverändert bleibt, nicht bereits aus Rechtsgründen geboten. Sie trägt aber den gegenüber der betreffenden ausländischen Tochtergesellschaft bestehenden Einflussmöglichkeiten Rechnung und gewährleistet auch auf Arbeitgeberseite die wünschenswerte Akzeptanz für die Einbeziehung der im Ausland beschäftigten Belegschaft.

Die Gewährung eines gesetzlichen Anspruchs im Ausland beschäftigter Belegschaften auf Einbeziehung in die Mitbestimmung wäre bei Einwilligung des Arbeitgebers im Ausland zwar rechtlich möglich, würde den unterschiedlichen Gegebenheiten in den betroffenen Unternehmen und Konzernen (z. B. Anteile der in Deutschland und im Ausland beschäftigten Belegschaften, Verteilung auf verschiedene Länder und dort bestehende Einstellung zu der für die Mitbestimmung konstitutiven Kooperationskultur) nicht gerecht. Auch erschiene der einem Beteiligungsanspruch im Ausland beschäftigter Belegschaften korrespondierende Einflussverlust der Belegschaft in Deutschland im Rahmen der Mitbestimmung angesichts der bisher fehlenden Gegenseitigkeit nicht angemessen. Das gilt, wenn auch teilweise abgeschwächt, ebenfalls im Verhältnis zu Belegschaften von Betrieben in Mitgliedstaaten der EU, solange das Prinzip einer auf geregelter, kampffreier Kooperation im Unternehmen bestehenden Mitbestimmung nicht überall als akzeptiert vorausgesetzt werden kann. Die wissenschaftlichen Mitglieder können daher im Fehlen eines Beteiligungsanspruches auch keine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nach Artikel 39 EG-Vertrag erkennen.

Das Interesse an einer auf dem Vereinbarungswege zu verbreiternden Legitimationsgrundlage der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat besteht bezüglich Betrieben in Drittstaaten nicht weniger als hinsichtlich solcher in der EU. Allerdings hat es für die letzteren angesichts des innerhalb der EU inzwischen auch im Arbeitsrecht erreichten Grades der Vergemeinschaftung höheres Gewicht.

Die Einbeziehung der im Ausland beschäftigten Belegschaften soll nicht daran scheitern, dass sie zum Wechsel auf ein von der Arbeitgeberseite nicht gewünschtes höheres Mitbestimmungsniveau führt. Daher soll sich die Vereinbarungsoption unmittelbar nur auf das Wahlverfahren und die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat beziehen und nicht zugleich für die auf den Anwendungsbereich bezogenen Schwellenwerte relevant sein.

Für die Vertretung im Ausland beschäftigter Belegschaften im Aufsichtsrat bestehen mit der gleichberechtigten Beteiligung der Auslandsbelegschaften an dem bestehenden Wahlverfahren sowie der Vorabverteilung der Aufsichtsratssitze auf Konzernunternehmen oder Länder(gruppen) zwei unterschiedliche, sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht umfassende Ansätze, die von den Verhandlungspartnern vereinbart werden können. Beim Ersten bleiben die Vorgaben für die Aufteilung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat unverändert, die Stärke

der Vertretung der jeweiligen Konzernteile wird allein durch den Wahlausgang bestimmt. Die zweite Variante ermöglicht eine den jeweiligen Belegschaftsstärken entsprechende Reservierung der Sitze für im Ausland und im Inland gelegene Betriebe, erfordert aber im Gegenzug die Möglichkeit, von den bestehenden gesetzlichen Vorgaben für die Aufteilung der Arbeitnehmerbank abzuweichen. Die Beschränkung der Vereinbarung auf die Eröffnung des passiven Wahlrechts der Auslandsbelegschaft für die belegschaftsgebundenen Aufsichtsratssitze soll, sofern eine vollständige Einbeziehung in das Wahlverfahren (noch) nicht konsensfähig ist, die schrittweise Annäherung hieran ermöglichen.

Die Vereinbarungspartei auf Arbeitnehmerseite muss, wie bereits bei den Empfehlungen zur Vereinbarungsoption für das Mitbestimmungsstatut und die Größe des Aufsichtsrats, von allen denjenigen legitimiert sein, deren nach geltendem Mitbestimmungsrecht bestehende Rechtspositionen durch die Vereinbarung beeinträchtigt werden können. Daher ist nach Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder zur Bildung des Gremiums auf die geschützten Rechtsträger (Gewerkschaften) sowie vorhandene Repräsentanten der vom Gesetz geschützten Gruppen (Belegschaft, leitende Angestellte) zurückzugreifen, deren Rechtspositionen beeinträchtigt werden können. Für Belegschaft und leitende Angestellte sind das die jeweiligen betrieblichen Arbeitnehmervertretungen. In diese Rechte wird zumindest dann eingegriffen, wenn den im Ausland beschäftigten Belegschaften Aufsichtsratssitze vorbehalten werden.

Die für einen Beschluss des Verhandlungsgremiums verlangte Dreiviertel-Mehrheit erscheint – anders als bei Vereinbarungen über die Größe des Aufsichtsrats – im vorliegenden Zusammenhang auch dann ausreichend, wenn die Vereinbarung die Sitzgarantie für die leitenden Angestellten und/oder das ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für bestimmte Aufsichtsratssitze beseitigt, um eine Aufteilung der Arbeitnehmersitze auf im Inland und im Ausland beschäftigte Belegschaften zu ermöglichen. Dass auf diese Weise eine Minderheit gegen ihren Willen geschützte Positionen einbüßen kann, ist im Interesse der Verbreiterung der Legitimationsgrundlage der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat hinzunehmen. Ein Erfordernis einstimmiger Beschlussfassung würde es dagegen vergleichsweise kleinen Minderheiten ermöglichen, Lösungen zu blockieren, nach denen alle betroffenen Gruppen im Interesse eines Zustandekommens der Vereinbarung quantitative „Opfer“ bringen. Eine unter Gleichheitsgesichtspunkten verfassungsrechtlich bedenkliche Inkonsequenz des Gesetzes ist angesichts der Stärkung der Legitimation für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu verneinen.

Die wünschenswerte Beteiligung der im Ausland beschäftigten Belegschaften am Abschluss der Vereinbarung ist nicht aus Rechtsgründen erforderlich, da ihnen gegenüber kein Eingriff in bestehende Rechte erfolgt. Eine entsprechende Regelung wäre praktisch auch kaum zu verwirklichen. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass eine Vereinbarung nicht abgeschlossen wird, wenn nicht die Bereitschaft der im Ausland beschäftigten Belegschaft feststeht, von den damit eingeräumten Beteiligungsrechten Gebrauch zu machen.

Die wissenschaftlichen Mitglieder verkennen nicht, dass gerade angesichts fehlender Gegenseitigkeit deutsche Belegschaften häufig zögern werden, bisher eigenen Vertretern zustehende Sitze im Aufsichtsrat den im Ausland beschäftigten Belegschaften zu überlassen. Dies mag, soweit nicht durch eine Vergrößerung des Aufsichtsrats ein Ausgleich geschaffen werden kann, zunächst den Abschluss entsprechender Vereinbarungen verhindern. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass als erster Schritt in Richtung auf eine international organisierte Arbeitnehmervertretung die Bildung eines Organs in Betracht kommt, das - vergleichbar einem Europäischen Betriebsrat oder dem SE-Betriebsrat - zwar nicht über Mitbestimmungsrechte, wohl aber über Informations- und Konsultationsbefugnisse verfügt und aus Repräsentanten der im Inland und im Ausland beschäftigten Belegschaften besteht.

Ein derartiges, gelegentlich als „Weltbetriebsrat“ oder Konsultationsgremium bezeichnetes Organ kann bereits nach geltendem Recht vereinbart werden. Von dieser Möglichkeit wird inzwischen gelegentlich Gebrauch gemacht. Besondere gesetzliche Vorgaben bestehen insoweit nicht und sind nach Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder auch nicht erforderlich. Das gilt sowohl für den Abschluss der Vereinbarung als auch für deren Inhalt. So kann z.B. vorgesehen werden, dass das Organ (auch) dem unmittelbaren Meinungsaustausch der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mit den in das Gremium entsandten Repräsentanten der im Inland und im Ausland beschäftigten Belegschaften dienen soll und die Aufsichtsratsmitglieder zu diesem Zweck jeweils zu den Zusammenkünften des Gremiums eingeladen werden.

3. Mitbestimmung in einem monistischen System

Unter Hinweis auf ausländische Rechtsordnungen wird gefordert, auch im deutschen Recht für Aktiengesellschaften eine Verfassung nach dem sog. monistischen System, also mit einem einzigen Organ, das die Funktionen von Vorstand und Aufsichtsrat in sich vereint, zur Verfügung zu stellen. Die wissenschaftlichen Mitglieder sehen von Vorschlägen für die Ausgestaltung der Mitbestimmung in einem solchen monistisch verfassten Unternehmen ab. Die für Aktiengesellschaften deutschen Rechts geltenden Vorschriften sehen lediglich das durch Vorstand und Aufsichtsrat gekennzeichnete dualistische System vor. Eine monistische Verfassung ist für Unternehmen in Deutschland nur im Rahmen der Rechtsform einer Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft möglich. Für diese supranationalen Rechtsformen ist die Ausgestaltung der Mitbestimmung vom Gemeinschaftsrecht vorgegeben und daher Eingriffen des deutschen Gesetzgebers entzogen. Es sind keinerlei Anzeichen dafür erkennbar, dass der deutsche Gesetzgeber die Einführung des monistischen Systems auch für deutsche Unternehmen planen würde. Die Frage der Ausgestaltung der Mitbestimmung in einem monistischen System dürfte demzufolge auf absehbare Zeit keine praktische Bedeutung haben. Zwar gehen die wissenschaftlichen Mitglieder davon aus, dass im Fall der Einführung eines monistischen Systems in Deutsch-

land spezifische Ausformungen der Mitbestimmungsregeln zur Einpassung in dieses System erforderlich sein werden. Vorschläge hierzu halten sie aber nicht für sinnvoll, solange die konkrete Ausgestaltung eines solchen Systems und damit die wesentlichen Voraussetzungen für eventuelle Empfehlungen nicht erkennbar sind.

Teil 4 – Bereinigung des geltenden Rechts

Bei der Überprüfung der deutschen Unternehmensmitbestimmung im Hinblick auf eine notwendige Weiterentwicklung fallen bei einzelnen Regelungen des geltenden Rechts Systembrüche und Defizite auf, für die keine überzeugenden Erklärungen bestehen. Diese Schwächen sollten nach Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder durch Gesetzesänderungen behoben werden.

Andere von einzelnen Mitgliedern der Kommission als unzureichend kritisierte Regelungen zur Rechtsstellung und inneren Ordnung des Aufsichtsrats waren dagegen aus Sicht der übrigen Kommissionsmitglieder aus verschiedenen Gründen nicht zu beanstanden. Änderungen werden insofern nicht empfohlen.

I. Änderungsbedarf

Die empfohlenen Gesetzesänderungen betreffen im geltenden Recht enthaltene Durchbrechungen der Grundkonzeption bei der Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Drittelbeteiligungsgesetz und Mitbestimmungsgesetz sowie die bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung fehlende, für Aktiengesellschaften dagegen bestehende Verpflichtung zur Regelberichterstattung an den Aufsichtsrat. Die wissenschaftlichen Mitglieder halten es darüber hinaus für geboten, dass die Vertretung der Arbeitnehmerseite in entscheidungsbefugten Ausschüssen des Aufsichtsrats gesetzlich abgesichert wird.

1. Anwendungsbereich der Gesetze

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen folgende materielle Änderungen in den einschlägigen Gesetzen:

- Wie alle anderen Rechtsformen sollten auch Aktiengesellschaften nur noch dann unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, wenn ihre Arbeitnehmerzahl 500 übersteigt.

- Wie alle anderen vom Drittelbeteiligungsgesetz erfassten Rechtsformen sollten auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit mit mehr als 2000 Arbeitnehmern unter das Mitbestimmungsgesetz fallen.
- Zur Ermittlung der vom Drittelbeteiligungsgesetz geforderten Arbeitnehmerzahl sind herrschenden Konzernunternehmen in gleicher Weise wie nach dem Mitbestimmungsgesetz auch die Arbeitnehmer faktisch beherrschter Tochterunternehmen zuzurechnen.
- Ebenso erscheint es dann, wenn eine Kapitalgesellschaft & Co. KG in besonderer Weise kapitalistisch strukturiert ist, erwägenswert, die Arbeitnehmer der KG in gleicher Weise wie nach dem Mitbestimmungsgesetz der Komplementär-Kapitalgesellschaft zuzurechnen.

Diese Änderungen bereinigen Systembrüche in der ansonsten schlüssigen Grundkonzeption der zwischen Drittelbeteiligungsgesetz und Mitbestimmungsgesetz nach Arbeitnehmerzahlen der Unternehmen abgestuften Mitbestimmung. Sachliche, auf den Gegenstand der Regelungen bezogene Gründe für die Systemabweichungen sind nicht zu erkennen. Im Einzelnen:

- Als einzige Rechtsform fallen Aktiengesellschaften auch mit bis zu 500 Arbeitnehmern unter das Drittelbeteiligungsgesetz, wenn sie vor dem 10. August 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaften sind. Dies begegnet vor dem Hintergrund des Artikel 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken.
- Warum die Rechtsform des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit als einzige der unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallenden Rechtsformen bei Überschreiten der Arbeitnehmerzahl von 2000 nicht vom Mitbestimmungsgesetz erfasst wird, ist nicht nachvollziehbar. Die Gesetzesmaterialien enthalten hierzu keinerlei Begründung.
- In die Ermittlung der für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes erforderlichen Arbeitnehmerzahl eines herrschenden Unternehmens sind nach geltendem Recht alle (deutschen) Konzerntöchter einzubeziehen, für die Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes dagegen nur diejenigen, die auf Grund eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung beherrscht werden. Allein die Einbeziehung des faktischen Konzerns wird indessen den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht. Diese Wertung war zwar dem Aktiengesetz von 1937 - und damit auch der 1952 geschaffenen Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat - noch fremd, bestimmt jetzt aber schon seit langem die deutsche Gesetzgebung z.B. im Aktiengesetz von 1965 oder im Betriebsverfassungsgesetz von 1972. Auch die einschlägigen Vorschriften des EG-Rechts, wie z.B. die Richtlinien über den Europäischen Betriebsrat und die Europäische Gesellschaft, lassen eine faktische Beherrschung genügen. Ein zeitgemäßes und europataugliches Mitbestimmungsrecht kann daher den faktischen Konzern nicht länger ausblenden.

- Im Fall einer Kapitalgesellschaft & Co. KG sind der Kapitalgesellschaft die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes zuzurechnen, wenn die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft mehrheitlich mit den Kommanditisten der KG identisch sind und die Kapitalgesellschaft selbst nicht einen Geschäftsbetrieb mit über 500 Arbeitnehmern hat. Für die Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes gilt eine solche Zurechnungsregel bisher nicht. Für ihre Einführung spricht die der entsprechenden Regelung des Mitbestimmungsgesetzes zugrunde liegenden Erwägung, dass sich eine solcherart strukturierte KG in der Substanz nicht von einer Kapitalgesellschaft unterscheidet. Daher sollte eine entsprechende Änderung des Drittelbeteiligungsgesetzes erwogen werden.

2. Entscheidungsbefugte Ausschüsse des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen und diesen auch Entscheidungskompetenzen übertragen. Darüber, wie entscheidungsbefugte Ausschüsse zusammengesetzt sind, und ob für den Fall der Stimmgleichheit ein Zweitstimmrecht des Vorsitzenden vorgesehen werden kann, enthalten die einschlägigen Gesetze keine ausdrücklichen Vorgaben. Allgemein ist aber anerkannt, dass die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht durch die Bildung unparitätisch oder ohne Arbeitnehmervertreter zusammengesetzter Ausschüsse in ihrer Wirkung beeinträchtigt werden sollte. Genau dies wird aber befürchtet, wenn eine spiegelbildliche Übertragung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats in bestehende entscheidungsbefugte Aufsichtsratsausschüsse nicht vorgeschrieben wird. Dem wird von anderer Seite unter Hinweis auf die Empfehlung des Corporate Governance Kodex⁵¹ entgegengehalten, dass der in der Gewährleistung einer schnellen und effizienten Bearbeitung liegende Zweck der Ausschüsse durch die mit einer spiegelbildlichen Übertragung der Zusammensetzung verbundenen Vergrößerung der Ausschüsse gemindert würde. Höchststrichterlich entschieden ist hierzu, dass im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes die unparitätische Zusammensetzung von Ausschüssen nur zulässig ist, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt, und dass für Abstimmungen im Ausschuss ein Zweitstimmrecht vorgesehen werden kann. Wegen der in jedem Einzelfall vorzunehmenden Bewertung, ob sachliche Gründe vorliegen, konnte diese Rechtsprechung für die Praxis allerdings kaum Klarheit schaffen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erscheint daher erforderlich, um die mit Auseinandersetzungen um die Ausschussbildung verbundenen Reibungsverluste zu vermeiden.

⁵¹ 5.3.1. Der Aufsichtsrat soll abhängig von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens und der Anzahl seiner Mitglieder fachlich qualifizierte Ausschüsse bilden. Diese dienen der Steigerung der Effizienz der Aufsichtsratsarbeit und der Behandlung komplexer Sachverhalte. Die jeweiligen Ausschussvorsitzenden berichten regelmäßig an den Aufsichtsrat über die Arbeit der Ausschüsse.

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen daher, entscheidungsbefugte Ausschüsse nach dem Vorbild der Sitzverteilung zwischen beiden Seiten im Aufsichtsrat zu besetzen, wobei ein Zweitstimmrecht des Vorsitzenden bei paritätischer Besetzung vorgesehen werden kann. Vorgeschlagen wird eine Änderung des Mitbestimmungsgesetzes dahingehend, dass entscheidungsbefugte Ausschüsse des Aufsichtsrats grundsätzlich paritätisch aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern zusammenzusetzen sind und dem Vorsitzenden ein Zweitstimmrecht zusteht; im Einvernehmen zwischen beiden Seiten im Aufsichtsrat soll hiervon abgewichen werden können.

Im Zusammenhang damit sollte das Drittelbeteiligungsgesetz dahingehend geändert werden, dass entscheidungsbefugten Ausschüssen des Aufsichtsrats grundsätzlich wenigstens ein Arbeitnehmervertreter angehören muss; auch hier soll aber im Einvernehmen zwischen beiden Seiten im Aufsichtsrat eine Ausschussbildung ohne Arbeitnehmervertreter zulässig sein.

3. Regelberichterstattung an den Aufsichtsrat

Das Mitbestimmungsgesetz⁵² und das Drittelbeteiligungsgesetz⁵³ nähern für ihre Anwendungsbereiche die Rechtsstellung des Aufsichtsrats einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung weitgehend derjenigen einer Aktiengesellschaft an. Dabei wird auch der aktienrechtliche Anspruch des Aufsichtsrats, jederzeit vom Vorstand einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen zu können⁵⁴, auf mitbestimmte Gesellschaften mit beschränkter Haftung erstreckt. Dagegen gilt die in Aktiengesellschaften bestehende weitergehende Verpflichtung des Vorstands, in bestimmten Zeitabständen dem Aufsichtsrat auch unaufgefordert zu einer Reihe von zentralen Fragen der Unternehmensführung Bericht zu erstatten⁵⁵, für mitbestimmte Gesellschaften mit beschränkter Haftung bisher nicht. Eine Verbreiterung der Informationsbasis des Aufsichtsrats erscheint in solchen Gesellschaften jedoch angemessen. Die unaufgefordert zu erstattenden Berichte betreffen Gegenstände, die auch vitale Interessen der Belegschaft betreffen, wie grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, die Rentabilität oder den Gang der Geschäfte. Insoweit weisen Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine Besonderheiten auf, die eine deutlich schwächer ausgeprägte Unterrichtung des mitbestimmten Aufsichtsrats rechtfertigen würden als in einer Aktiengesellschaft. Das Argument, dass die unterschiedlichen Aufsichtsratskompetenzen auf unterschiedlichen gesetzlichen Verfassungen der einzelnen Kapitalgesellschaftsformen beruhen, die es beizubehalten gilt, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil das GmbH-Gesetz einen Aufsichtsrat nicht vorschreibt und sich die Notwendigkeit seiner Bildung daher aus dem

⁵² Vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG.

⁵³ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 DrittelbG.

⁵⁴ Vgl. § 90 Abs. 3 bis 5 AktG.

⁵⁵ § 90 Abs. 1 und 2 AktG.

Mitbestimmungsrecht ergibt. Für einen lediglich auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden („freiwilligen“) Aufsichtsrat schließt das GmbH-Gesetz die Begründung eines Anspruchs auf unaufgeforderte Berichterstattung keineswegs aus.

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen daher, das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz dahingehend zu ändern, dass die Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat in gleicher Weise zur Regelberichterstattung verpflichtet wird wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft.

II. Kein Änderungsbedarf

Die wissenschaftlichen Mitglieder empfehlen keine Änderungen des geltenden Rechts in Bezug auf das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden nach dem Mitbestimmungsgesetz. Auch eine Einführung besonderer Regelungen für die Bestellung des Arbeitsdirektors nach dem Mitbestimmungsgesetz wird nicht empfohlen. Ebenso wenig können die wissenschaftlichen Mitglieder einen Anlass sehen, das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beseitigen oder die Bestellung der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz dem Aufsichtsrat zuzuweisen.

1. Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden nach dem Mitbestimmungsgesetz

Dem Aufsichtsratsvorsitzenden steht nach dem Mitbestimmungsgesetz bei der Abstimmung eine zweite Stimme zu, wenn eine vorhergehende Abstimmung über denselben Gegenstand Stimmgleichheit ergeben hat oder bei der Abstimmung über die Bestellung oder Abberufung eines Vorstandsmitglieds im zweiten Wahlgang die absolute Mehrheit verfehlt worden ist. Da der Aufsichtsratsvorsitzende immer von der Anteilseignerseite gestellt wird, hat diese daher ein leichtes Übergewicht im Aufsichtsrat.

Bei der Diskussion in der Kommission über die von einzelnen Mitgliedern geforderte Abschaffung des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden in Verfahrensfragen konnten verfassungsrechtliche Bedenken nicht zerstreut werden. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde die geforderte Abschaffung zu verfassungsrechtlich begründeten Angriffen führen, deren Erfolglosigkeit keineswegs sicher wäre. Zudem ließe sich eine rechtssichere Trennlinie zwischen Sach- und Verfahrensentscheidungen kaum ziehen, da die Klärung von Sachfragen auch in Verfahrensentscheidungen eingebunden sein kann.

Gegen die Einführung einer Vereinbarungsoption ins Gesetz spricht, dass sich eine für die Vereinbarung erforderliche Bereitschaft der Anteilseignerseite, auf den Einsatz des Zweitstimmrechts in Verfahrensfragen zu verzichten, auch ohne rechtliche Verbindlichkeit im konkreten Einzelfall zeigen würde. Von entsprechenden informellen Absprachen wird berichtet. Eine gerichtlich durchsetzbare Vereinbarung könnte zusätzlich allenfalls eine gewisse Auslaufzeit nach einem Sinneswandel der Anteilseignerseite und einer darauf erfolgenden Kündigung gewährleisten.

2. Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz

Für die Bestellung des Arbeitsdirektors, dem als Vorstandsmitglied ein Kernbereich von Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen zusteht, gelten nach dem Mitbestimmungsgesetz dieselben Regeln wie für die übrigen Vorstandsmitglieder. Er kann also letztlich auch mit dem Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden bestellt werden.

Es sollte keine Öffnung in das Mitbestimmungsgesetz aufgenommen werden, welche die verbindliche Vereinbarung eines besonderen Bestellungsverfahrens für die Position des Arbeitsdirektors ermöglichen würde.

In der Kommission bestand Übereinstimmung, dass in der Leitung eines Unternehmens ein speziell für Personal- und Sozialfragen zuständiges Vorstandsmitglied vertreten sein muss. Der von einzelnen Mitgliedern der Kommission geforderten Stärkung der Funktion des Arbeitsdirektors im Mitbestimmungsgesetz durch Einführung einer Öffnungsklausel, nach der für seine Bestellung in Anlehnung an das Montan-Mitbestimmungsgesetz ein besonderes Verfahren vereinbart werden kann, können die wissenschaftlichen Mitglieder dagegen nicht zustimmen.

Angesichts der wachsenden Bedeutung, die Personal- und Sozialfragen beigemessen wird, erscheint es unwahrscheinlich, dass die Position des Arbeitsdirektors in der Praxis gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat besetzt wird. Ohne die Zustimmung der Arbeitnehmerseite wäre die notwendige vertrauensvolle Zusammenarbeit auf Dauer nicht zu gewährleisten. Überdies könnte eine gerichtlich durchsetzbare Vereinbarung, wie zum Zweitstimmrecht bereits ausgeführt,⁵⁶ der Arbeitnehmerseite allenfalls für eine Übergangszeit größere Sicherheit geben.

⁵⁶ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 4 II. 1.

3. Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Während der Vorstand der Aktiengesellschaft eigenverantwortlich handelt und nur auf eigenen Wunsch Weisungen erhalten kann⁵⁷, ist die Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung jederzeit Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen. Hierdurch können die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat erheblich geschmälert werden.

Eine Beseitigung des Weisungsrechts in Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die der Mitbestimmung unterliegen, wird nicht empfohlen. Es sollte auch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, seine Ausübung zum Gegenstand rechtlich verbindlicher Vereinbarungen zu machen.

Die von einzelnen Mitgliedern der Kommission geforderte Beseitigung des Weisungsrechts beträfe ein Wesensmerkmal der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und würde daher den rechtsformbezogenen Ansatz der Mitbestimmung grundsätzlich in Frage stellen. Bisher sind aber Mängel dieses Ansatzes nicht dargetan, die ausreichendes Gewicht hätten, um eine Einheitslösung für mitbestimmte Unternehmen ohne Berücksichtigung der rechtsformspezifisch unterschiedlichen Rollen der Anteilseigner zu rechtfertigen.

Gegen eine Öffnungsklausel sprechen die bereits zum Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden angestellten Erwägungen.⁵⁸

4. Bestellung der Geschäftsführer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz

Während die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft und gleichermaßen die Geschäftsführer der unter das Mitbestimmungsgesetz fallenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom Aufsichtsrat bestellt werden, bleibt dies in einer unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung Sache der Gesellschafterversammlung.

Eine Kompetenzverlagerung auf den Aufsichtsrat und eine Öffnungsklausel, die entsprechende rechtlich verbindliche Vereinbarungen ermöglichen würde, werden nicht empfohlen.

Gegen die von einigen Mitgliedern der Kommission vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sind in der Kommission prinzipielle Einwände erhoben worden. Die geltende Regelung kombiniert den rechtsformbezogenen Ansatz der Mitbestimmung mit dem Grundsatz, dass deren Intensität mit der Größe der Belegschaft

⁵⁷ § 119 Abs. 2 AktG

⁵⁸ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 4 II. 1.

(über 2000 Arbeitnehmer) wächst. Daher hat die unterschiedliche Zuordnung der Bestellungskompetenzen (im Drittelbeteiligungsgesetz die Gesellschafterversammlung, im Mitbestimmungsgesetz der Aufsichtsrat) eine gewisse Folgerichtigkeit für sich. Zwar läge in einer entsprechenden Kompetenzerweiterung des Aufsichtsrats nach dem Drittelbeteiligungsgesetz keineswegs ein Systembruch. Angesichts des nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ohnehin begrenzten Einflusses der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat kann aber nicht angenommen werden, dass ein so tief gehender Eingriff in die Kompetenzverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat und damit in geschützte Positionen der Anteilseignerseite für ein gutes Funktionieren der Arbeitnehmervertretung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz erforderlich und daher gerechtfertigt wäre.

Auch ein Bedarf für Vereinbarungen, der die Einfügung einer Öffnungsklausel in das Drittelbeteiligungsgesetz erfordern würde, kann nicht von allen Kommissionsmitgliedern erkannt werden. Insoweit gelten ähnliche Erwägungen wie hinsichtlich des Zweitstimmrechts.⁵⁹ Eine Vereinbarung könnte nur zustande kommen, wenn auf Anteilseignerseite auch die Bereitschaft bestünde, sich bei der Bestellung der Geschäftsführer Vorstellungen der Arbeitnehmerseite zu öffnen. Ist aber eine solche Bereitschaft vorhanden, so wird dies im jeweiligen Einzelfall zu Gesprächen und möglicherweise Absprachen führen. Eine gerichtlich durchsetzbare Vereinbarung, wonach der Aufsichtsrat für die Bestellung zuständig sein soll, würde der Arbeitnehmerseite faktisch keine wesentlich stärkere Position einräumen. Sie könnte bestenfalls eine gewisse Auslaufzeit nach einem Sinneswandel der Gesellschafter und darauf folgender Kündigung gewährleisten.

⁵⁹ Vgl. A. Kapitel 2 Teil 4 II. 1.

Kapitel 3 - Ausblick

Jeder Versuch eines Ausblicks auf die zukünftige Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung hat auszugehen von der Realität der heutigen Unternehmensverfassung und der in ihr angelegten Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Unbeschadet sonstiger Meinungsverschiedenheiten stimmt die Kommission darin überein, dass sich die Mitbestimmung im Unternehmen aus der besonderen wirtschaftlichen und sozialen Struktur des Unternehmens herleitet. In ihm wirken Eigentümer, Unternehmensleitung und Mitarbeiter zu gemeinsamen Zwecken zusammen. Die Kommission folgt damit den Überlegungen des Berichts der Mitbestimmungskommission von 1970 zur prinzipiellen Begründung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer als Teil der rechtlichen Verfasstheit des Sozialverbandes Unternehmen.

Der Versuch, die Auswirkungen voraussehbarer zukünftiger Entwicklungen auf die Mitbestimmung einzuschätzen, muss von ihren möglichen Auswirkungen auf den Unternehmensverband als Ganzes ausgehen. Nur so kann er den Interdependenzen Rechnung tragen, die innerhalb des Unternehmens und zwischen ihm und seiner gesellschaftlichen Umwelt bestehen und an denen die gesellschaftsrechtliche Ordnung des Unternehmens und ihre Organe ebenso Anteil haben wie die Ordnung der Mitbestimmung mit ihren Institutionen.

1. Die zukünftige Entwicklung der Unternehmen, insbesondere derjenigen, die der Unternehmensmitbestimmung 1976 unterliegen, wird von einer Reihe von Veränderungen beeinflusst werden, die bereits stattfinden oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. Zu ihnen gehören: die Entwicklung der Bevölkerung und ihrer Altersstruktur in Europa und weltweit, der Übergang von der klassischen Industrie zur wissensbasierten Produktion, die fortschreitende Integration des europäischen Marktes und der Weltwirtschaft, die Auswirkungen der ökologischen Imperative auf Produktion und Konsum und die wachsende Bedeutung und weitere Entwicklung der internationalen Finanzmärkte.

Die demographische Entwicklung in Europa ist durch den Rückgang der Geburtenrate, die stete Verlängerung der Lebenserwartung und damit durch eine fortschreitende Alterung der Bevölkerung gekennzeichnet. Sie wird in den kommenden Jahren auch die Altersstruktur der Belegschaften verändern. Deren Durchschnittsalter wird zunehmen. Der Anteil jüngerer Arbeitnehmer wird schrumpfen, der der älteren wachsen.

Gleichzeitig werden sich mit der zunehmenden Bedeutung von Wissen, Können und innovativem Potenzial die Anforderungen verändern, die von einem abnehmenden Anteil jüngerer und dem wachsenden Anteil älterer Mitarbeiter bewältigt werden müssen.

Mit der Zunahme wissensbasierter Produktion werden sich die Tätigkeits- und Qualifikationsprofile der Mitarbeiter weiter verändern. Die Ansprüche an bessere Ausbildung, an die Fähigkeit zur selbständigen Arbeit und an Beiträge zu den

Innovationsprozessen im Unternehmen werden wachsen. Schon angesichts der vorherrschenden Ausbildungswege werden diese Ansprüche, soweit sie technisch-wissenschaftlicher Natur sind, eher von den jüngeren als von den älteren Mitarbeitern erfüllt werden können. Dies ungeachtet der Tatsache, dass die älteren den jüngeren Mitarbeitern für das Unternehmen wichtige Erfahrungen voraushaben und lebenslanges Lernen, wenn es denn systematisch betrieben wird, bestehende Wissensdefizite teilweise ausgleichen kann.

In jedem Fall jedoch wird der Anteil derer an der Belegschaft wachsen, die als Funktions- und Leistungsträger für den Erfolg des Unternehmens unverzichtbar sind. Sie werden die Struktur der Belegschaft zunehmend bestimmen. Ihre Bedeutung nicht nur für ihr Unternehmen, sondern für die Volkswirtschaft als Ganzes, verbundenen mit der zunehmenden Knappheit qualifizierter Mitarbeiter, werden ihre Chancen im Arbeitsmarkt und damit ihre Mobilität erhöhen. Zugleich wächst mit diesen Veränderungen die Abhängigkeit des Unternehmens von seinen Funktions- und Leistungsträgern.

Als Folge wird sich deren tatsächliche Stellung im Unternehmen und gegenüber der Unternehmensleitung von der traditionellen Abhängigkeit der Arbeitnehmer zunehmend unterscheiden. Knappheiten und der wachsende Bedarf der Unternehmen an spezialisiertem Wissen werden die bisherigen Abhängigkeiten vom Arbeitgeber schrittweise relativieren. Die Unternehmen werden sich gezwungen sehen, dem durch einen Ausbau der Bindungen ihrer Funktions- und Leistungsträger an das Unternehmen und deren Identifikation mit dem Unternehmen entgegen zu wirken. Ihrer stärkeren Beteiligung an der unternehmerischen Willensbildung wird dabei eine wichtige Rolle zufallen.

Für die heutige Form der institutionellen Mitbestimmung wird dies nicht ohne Folgen bleiben. Die bisher für die Mitbestimmung leitender Angestellter vorausgesetzten Differenzierungen nach Auftrag und Funktion werden zunehmend an Bedeutung verlieren. Dies umso mehr, als im primär wissensbasierten Unternehmen andere als die bisherigen Hierarchien und andere Formen der Zusammenarbeit an Bedeutung gewinnen werden. Auch von derartigen Veränderungen werden die derzeitigen Formen institutioneller Vertretung der Arbeitnehmer im Unternehmen nicht unberührt bleiben.

2. Wissen und seine schöpferische Anwendung durch Innovationen lassen sich zwar belohnen, aber nur im beschränkten Umfang kaufen. Unternehmen, die ihr Innovationspotenzial durch den Zukauf innovativer Unternehmen vermehren wollen, machen häufig die Erfahrung, dass die schöpferischen Potenziale der erworbenen Unternehmen und ihrer Belegschaften in dem Maße abnehmen, in dem sie in die notwendigen bürokratischen Strukturen des Großunternehmens integriert werden. Die Bedeutung derartiger Erfahrungen lässt sich durchaus verallgemeinern. Kreativität, Innovation und schöpferischer Einsatz von Wissen verlangen nach anderen Organisationsformen als denen, die sich im Bereich der klassischen Produktion entwickelt haben. Es ist deshalb nicht überraschend, dass im Zusammenhang mit der wachsenden Zahl von Firmenaufkäufen auch auf die

Folgen hingewiesen wird, die mit dieser Entwicklung für die langfristige Innovationsfähigkeit verbunden sein können.

Die heutige institutionelle Mitbestimmung beruht ihrem Ursprung nach auf Unternehmensstrukturen, wie sie sich für die klassische industrielle Produktion entwickelt haben. Deren zunehmende Veränderung im Übergang zur wissensbasierten Produktion macht die Mitbestimmung jedoch keineswegs überflüssig. Allerdings wird sie sich im Blick auf ihre praktischen Zielsetzungen und gegebenenfalls ihre institutionellen Ausformungen weiterentwickeln müssen, um den neuen Anforderungen einer wissensbasierten Produktion gerecht werden zu können. Die Prozesse der Kooperation und der Koordination, in denen sich Innovationen entfalten und wirksam werden, werden in Zukunft stärker in den Vordergrund treten. Die Förderung der Entwicklung solcher Prozesse und ihr Schutz vor Vermachtung und damit abnehmender Effizienz können auch als eine Aufgabe der Mitbestimmung an Bedeutung gewinnen. Dies gilt für die betriebliche Mitbestimmung in gleicher Weise wie für die Unternehmensmitbestimmung.

Allgemein gesehen erscheint es möglich, dass die praktische Ausgestaltung der institutionellen Mitbestimmung ihre Legitimation neben dem Schutz der Mitarbeiter vor Willkür des Arbeitgebers zunehmend aus der Wahrnehmung von Aufgaben ableiten wird, welche sich aus der Knappheit nachwachsender Leistungsträger und ihrer zunehmenden Bedeutung für den Erfolg des Unternehmens ebenso ableiten wie aus der Notwendigkeit, den Anforderungen und Bedingungen kreativer Innovationsleistungen Rechnung zu tragen. Die Mitbestimmung kann, wenn sie entsprechend verstanden und gehandhabt wird, dazu einen wertvollen Beitrag leisten. Wo die konkrete Praxis der Mitbestimmung im Unternehmen sich derartigen neuen Herausforderungen nicht gewachsen zeigt, wird sie an Bedeutung verlieren.

Wie auch immer die Entwicklungen im Einzelnen verlaufen werden: Sicher erscheint es den wissenschaftlichen Mitgliedern, dass die wachsenden Anforderungen an die Innovationsfähigkeit der Unternehmen auch zu einer Veränderung der Beziehungen zwischen der Unternehmensführung, den Mitarbeitern und den Gewerkschaften führen muss. Denn mit der Knappheit ausreichend qualifizierter Mitarbeiter wächst nicht nur deren Bedeutung für das Unternehmen, sondern auch deren persönlicher Einfluss auf den unternehmerischen Erfolg oder Misserfolg.

3. Mit den Veränderungen der Altersstruktur, den neuen Personalknappheiten, den Verlängerungen des Arbeitslebens – sei es als Folge der Verknappung des Nachwuchses oder der Erhöhung des Renteneintrittsalters –, den wachsenden Anforderungen an die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in den europäischen oder weltweiten Märkten und dies in Verbindung mit einer ständigen Neuordnung der Unternehmenslandschaften werden auch die Ursachen für soziale Spannung und Konflikte in den Unternehmen und der Gesellschaft als Ganzes zunehmen. Ihre Bewältigung sowohl innerhalb der Unternehmen wie in der Volkswirtschaft wird durch den Umstand erschwert, dass mit Wachstumsraten, welche die Beruhigung

oder Überwindung sozialer Spannung erleichtern können, in den kommenden Jahren kaum noch gerechnet werden kann.

Soweit es um die Beherrschung derartiger sozialer Konflikte innerhalb der Unternehmen geht, steht damit nicht nur die Unternehmensführung, sondern auch die Mitbestimmung vor neuen Aufgaben. Dies gilt insbesondere für große Unternehmen, deren Strukturen in weit größerem Maße auf institutionell geordnete Verfahren der Zusammenarbeit angewiesen sind als die mittelständischen Unternehmen. Was in kleineren Einheiten durch persönliche Zusammenarbeit und auf die Person bezogenes Vertrauen bewältigt werden kann, bedarf in größeren Unternehmen der Kooperation zwischen den verschiedenen Institutionen innerhalb der Unternehmensverfassung. Praktisch heißt dies – nach Überzeugung der wissenschaftlichen Mitglieder – dass mit wachsenden Problemen und Spannungen die Bedeutung der Zusammenarbeit von Unternehmensführung und Trägern der Mitbestimmung zunehmen wird.

4. Die wachsende Bedeutung von Wissen und Können der Belegschaft, insbesondere der zunehmenden Zahl höher qualifizierter Leistungsträger lässt die Gewichtung ihres relativen Einflusses im Verhältnis zum Einfluss der Eigentümer und damit der Finanzierung des Unternehmens nicht unberührt. Oder, anders gewendet: Die Einfluss begründende Bedeutung der Wissensträger im Unternehmen – vom Facharbeiter bis zum Wissenschaftler und Techniker – nimmt zu, die Einfluss begründende Bedeutung des im Unternehmen investierten Kapitals nimmt relativ gesehen ab. Denn das Kapital im Unternehmen ist ohne Verbindung mit Wissen und Können wertlos. Nur dort, wo es der Unternehmensführung gelingt, beide Faktoren im institutionellen Gehäuse der Unternehmensverfassung zu gemeinsamen Zwecken zu verbinden, werden die Unternehmen den Herausforderungen einer zunehmenden globalen Integration der Märkte gewachsen bleiben. Nur wo beide Faktoren die Bedeutung ihrer jeweiligen Beiträge zum Erfolg des Unternehmens anerkennen und diese Anerkennung auch in den praktischen Formen ihrer persönlichen und institutionellen Zusammenarbeit zum Ausdruck kommt, kann sich die Gemeinsamkeit der Zielsetzung entwickeln, die auch den Belastungen aus Spannungen und Konflikten standhält.

5. Von besonderer Bedeutung für die Zukunft des Unternehmens als Sozialverband, für seine langfristige Entwicklung und seine Wettbewerbsfähigkeit in den nationalen, europäischen und internationalen Märkten werden vor diesem Hintergrund die weiteren Entwicklungen der internationalen Finanzmärkte und ihrer Zielsetzungen sein. Bereits seit einiger Zeit, insbesondere nach der Überwindung des kalten Krieges, lassen sich Veränderungen beobachten, die durch ein exponentielles Wachstum der Finanzmärkte, eine Expansion ihrer Volumen, die wachsende Bedeutung institutioneller Investoren und ständig neuer Finanzprodukte und einen schnell wachsenden Umfang von Firmenkäufen geprägt sind. Insgesamt gesehen weisen diese Veränderungen alle Merkmale einer Entgrenzung und damit zunehmender Unkontrollierbarkeit auf. Es ist deshalb auch nicht überraschend, dass sich zunehmend besorgte Stimmen melden, die vor den Folgen dieser Entgrenzungen warnen und Maßnahmen zu ihrer Überwindung fordern.

So warnt die Deutsche Bundesbank in ihrem jüngsten Finanzstabilitätsbericht vor Risiken durch die stark steigende Zahl der Firmenaufkäufe. Es komme dabei zu Auswüchsen, die das Überleben der gekauften Unternehmen und deren Finanzstabilität gefährden. Allein im dritten Quartal 2006 seien in Westeuropa Kredite in Höhe von fast 50 Mrd. Euro für kreditfinanzierte Firmenkäufe vergeben worden. Im Zuge von Übernahmen werde den gekauften Unternehmen zunehmend eine größere Schuldenlast aufgebürdet, um damit Sonderdividenden für die neuen Eigentümer zu finanzieren. Die hohen Schulden machten die Unternehmen verwundbar.⁶⁰

Die Britische Finanzaufsicht warnt in ihrem Bericht über die Private Equity Unternehmen⁶¹ vor exzessiver Verschuldung bei der Finanzierung von Übernahmen. Angesichts extrem hoher Fremdverschuldung sei es unausweichlich, dass ein großes Unternehmen mit Private Equity Gesellschaften im Rücken zahlungsunfähig werden könne oder eine Reihe kleiner Unternehmen in Schwierigkeiten kommen. Die Finanzaufsicht will die Branche nun stärker kontrollieren. In den Vereinigten Staaten werden Rufe nach einer Regulierung der Hedge Fonds laut. Der Eindruck wächst allenthalben, dass Entwicklungen in Gang gekommen sind, die außer Kontrolle zu geraten drohen und nicht nur viele Unternehmen, sondern zunehmend die Finanzmärkte selbst gefährden könnten.

Wo Unternehmen aufgekauft und häufig kurzfristig wieder ganz oder in Teilen veräußert werden, tragen die Finanzmärkte den Grundbedingungen der Finanzierung nachhaltig kreativer unternehmerischer Tätigkeit zunehmend weniger Rechnung. An die Stelle langfristig orientierter share-holder Interessen, welche in der Regel auch die Allgemeinwohlorientierung des Eigentums berücksichtigen, treten in wachsendem Umfang die Interessen der share-trader. Sie werden weniger von langfristigen Interessen des unternehmerischen Erfolgs als von der Absicht geleitet, durch Kauf und Verkauf, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensteilen Renditen zu erzielen, in denen weniger die langfristigen Erfolge der Unternehmen ihren Ausdruck finden, als die Geschicklichkeit kurzfristig investierender Institutionen, im Markt für Unternehmen Renditen zu erwirtschaften.

Dass sich bereits die Sorge vor einer Übernahme des Unternehmens durch institutionelle Investoren mit kurzfristigen Zielen auf die Unternehmenspolitik auswirken kann, zeigt die wachsende Bedeutung, die Unternehmensführungen einer hohen Verzinsung des Eigenkapitals als Barriere gegen feindliche Übernahmen beimessen. Um sie zu erzielen, können sie sich dann auch veranlasst sehen, ihre unternehmerischen Ziele weniger an langfristigen als an derartigen Abwehrstrategien auszurichten. Kurzfristig kann es so zu Entlassungen kommen, die nicht durch die Ertragslage des Unternehmens, sondern durch Risiken bedingt sind, welche ihm von den Finanzmärkten drohen. Auf Dauer sind derartige, durch Fehlentwicklungen der Finanzmärkte bedingte Reaktionen kaum noch mit den Ansprüchen zu vereinbaren, die sich nach unserem Verständnis aus der Allge-

⁶⁰ Handelsblatt vom 29.11.2006, S. 21.

⁶¹ FAZ vom 8.11.2006, S. 25.

meinwohlverpflichtung des Eigentums am Unternehmen ableiten und die berechtigten Interessen der Mitarbeiter im Unternehmen einschließen.

6. Mit der veränderten Interessenstruktur der Investoren verändert sich jedoch auch die Rolle des Kapitals und seiner Mitgliedschaft im Unternehmensverband. Wo die beschriebenen Wirkungen auftreten, dient es nicht länger der langfristigen Unternehmensfinanzierung. Vielmehr wird es für Zwecke eingesetzt, die außerhalb des Unternehmens und seines Auftrages angesiedelt sind. Die Auswirkungen derartiger Veränderungen des „Kapitalinteresses“ auf den inneren Zusammenhalt des Unternehmens als Sozialverband sind beachtlich. Sie liegen zum einen in der zunehmenden Relativierung des inneren Zusammenhalts des Unternehmensverbandes, seiner Stabilität und damit seiner Fähigkeit zur optimalen Entfaltung der kreativen Kräfte durch die Unternehmensführung und die Mitarbeiter zum Wohle des Unternehmens. Deren Verbundenheit mit dem Unternehmen wird relativiert.

Die Verfolgung unternehmensfremder Ziele durch eine Kapitaleseite, die sich von kurzfristigen share-trader Interessen leiten lässt, spiegelt sich zudem wider in der Ausbildung unternehmensfremder Interessen der Leistungsträger im Unternehmen. Deren Interesse am Wechsel des Arbeitsplatzes wird über das durch den Unternehmenserfolg oder -misserfolg bedingte Maß hinaus zunehmen. Ihre Bereitschaft zu Bindungen an das Unternehmen wird durch eine abnehmende Bereitschaft der Eigentümer beeinflusst werden, mit dem Unternehmen langfristige Ziele zu verfolgen. Die Kreativität des Unternehmensverbandes wird dadurch nicht befördert.

Die Folgen der Veränderungen der Finanzmärkte für die Unternehmensmitbestimmung lassen sich im Konkreten nicht voraussagen. Sicher erscheint es den wissenschaftlichen Mitgliedern jedoch, dass die Mitbestimmung im Unternehmen bei entsprechender Handhabung durchaus Möglichkeiten bietet, auf Unternehmensübernahmen Einfluss zu nehmen, wenn sie nicht langfristigen Anlageinteressen sondern den kurzfristigen Interessen der share-trader dienen und damit die Interessen an nachhaltiger Entwicklung sowohl des Unternehmens wie seiner Belegschaften ignorieren. Wer langfristig in ein Unternehmen investiert, ist nicht nur am wettbewerbsfähigen Bestand des Unternehmens, sondern auch seiner kompetenten und motivierten Belegschaft interessiert. Investoren- und Belegschaftsinteresse entsprechen einander und können sich deshalb auch im Rahmen unternehmerischer Mitbestimmung verbinden.

Wenn es um die zunehmend kritisierten Übernahmen durch share-trader und deren kurzfristige Interessen geht, fehlt es an einer entsprechenden Übereinstimmung zwischen den Investoren einerseits und denen des Managements und der Belegschaft des Unternehmens andererseits. Ob diese fehlende Übereinstimmung auch mit den Mitteln der Mitbestimmung wirksam geltend gemacht werden kann, lässt sich nicht allgemein beantworten. Manches spricht jedoch dafür, dass eine „feindliche Übernahme“ – wie im Falle Mannesmann durch Vodafone – erschwert oder gänzlich verhindert werden könnte, wenn auch die Möglichkeiten einer Abwehr genutzt werden, die sich aus einem entsprechenden Einsatz der Mitbestimmung ergeben könnten.

Zweifellos lassen sich die Folgen entgrenzter Finanzmärkte nicht ohne weitreichende wirtschafts- und finanzpolitische Maßnahmen überwinden. Aber dessen ungeachtet erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich auch im Rahmen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer neue Formen der Begrenzung und damit Stabilisierung des Unternehmensverbandes entwickeln lassen. Der Mitbestimmung im Unternehmen könnten auf diese Weise zusätzliche Aufgaben erwachsen, die dem Unternehmensverband als Ganzem dienen.

Fazit: Welche Auswirkungen die hier beispielhaft genannten Veränderungen auf die heutige Form der Unternehmensmitbestimmung haben werden, lässt sich im Konkreten ebenso wenig voraussagen, wie dies bei der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 möglich war. Wichtig erscheint es jedoch, auch im Rahmen der Mitbestimmung auf die Veränderungen in einer Weise zu reagieren, die den Bedürfnissen des Unternehmens im Wettbewerb ebenso Rechnung trägt wie denen der Mitarbeiter. Sollte es dafür notwendig werden, auch den institutionellen Rahmen der Mitbestimmung den neuen Gegebenheiten anzupassen, so sollte diese Aufgabe vom Gesetzgeber vorrangig den Parteien der Mitbestimmung anvertraut werden. Erst wenn sich neue Formen der institutionellen Regelung durchgesetzt und bewährt haben, sollten sie, falls überhaupt, gesetzlich geregelt werden.

B. Stellungnahmen

Kapitel 1 – Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen

Stellungnahme der Mitglieder der Mitbestimmungskommission

Dr. Manfred Gentz

Dr. Dieter Hundt

Jürgen R. Thumann

**zum Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der
Mitbestimmungskommission**

I. Einleitung

Wir bedauern, dass es nicht möglich ist, einen einvernehmlichen Bericht mit Vorschlägen zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung vorzulegen. Der Auftrag der Mitbestimmungskommission lautete, ausgehend vom geltenden Recht Vorschläge für eine moderne und europataugliche Weiterentwicklung der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu entwickeln. Der vorstehende Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmungskommission, nachfolgend Bericht genannt, erfüllt diesen Auftrag nicht.

In dem Bericht wird ein grundsätzlicher Reformbedarf der Mitbestimmung ausdrücklich und mehrfach verneint. Diese Auffassung teilen wir nicht: Wir sehen einen grundsätzlichen Bedarf zur Reform der Mitbestimmung aufgrund der Internationalisierung der Kapitalmärkte, der Globalisierung der Wirtschaft, der europäischen Gesetzgebung zum Gesellschaftsrecht und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Die deutsche Mitbestimmung steht in einem Wettbewerb unterschiedlicher Gesellschaftsrechtssysteme und damit unterschiedlicher Unternehmensformen.

Das deutsche Gesellschaftsrecht muss für diese europäische Entwicklung geöffnet werden. Der Bericht verfolgt eine gegenteilige Zielsetzung, nämlich die deutsche Mitbestimmung von dieser Entwicklung abzuschotten und sogar noch auszudehnen.

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 ist weltweit einmalig geblieben. Weder in der Europäischen Union noch sonst wo in der Welt hat auch nur ein einziges Land eine quasiparitätische Unternehmensmitbestimmung übernommen. 30 Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes müssen wir feststellen, dass einerseits die singuläre Stellung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland fortbesteht, andererseits aber die Weltwirtschaft sich grundlegend verändert hat: Der europäische Binnenmarkt und die Entwicklung in der EU auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, die Globalisierung der Wirtschaft, der internationale Standortwettbewerb und der internatio-

nale Kapitalmarkt erfordern grundsätzliche Reformen unserer Unternehmensmitbestimmung. Im Bericht wird stattdessen die Behauptung aufgestellt, dass die Aussagen des über 36 Jahre alten ersten Berichts zur Mitbestimmung aus dem Jahr 1970 nichts von ihrer Berechtigung verloren hätten. Diese Einschätzung können wir angesichts der geschilderten Veränderungen in keiner Weise teilen.

Dabei geht es nicht darum, die Unternehmensmitbestimmung abzuschaffen. Es geht entsprechend dem Auftrag der Mitbestimmungskommission um ihre Weiterentwicklung im europäischen Umfeld und eine Anpassung an die europäische und internationale Entwicklung. Dies bedeutet nicht, die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 generell und übergangslos in eine Drittelbeteiligung umzuwandeln. Es ist aber notwendig, ein mit der europäischen Entwicklung kompatibles Modell zu schaffen. Hierzu muss die Unternehmensmitbestimmung generell für Vereinbarungslösungen geöffnet werden, auch für solche Unternehmen, die nicht die Rechtsform der Europäischen Gesellschaft wählen wollen. Unser Ziel ist, das deutsche Gesellschaftsrecht und die Unternehmensmitbestimmung so attraktiv zu machen, dass deutsche Unternehmensformen auch in Zukunft international wettbewerbsfähig sind. Das setzt Wahlmöglichkeiten für Arbeitnehmer und Anteilseigner voraus. Eine Wahl besteht aber nur dort, wo wirksame Verhandlungsoptionen geboten werden.

Wir haben eingehende Vorschläge für solche Vereinbarungslösungen vorgelegt. Wir bedauern, dass die Kommission nicht bereit war, sich im Einzelnen mit diesen Vorschlägen auseinanderzusetzen.

II. Europäisierung und Internationalisierung des Unternehmensrechts

Die Europäisierung der Unternehmensverfassung hat in den letzten Jahren deutlich an Dynamik gewonnen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit wird sich die deutsche Mitbestimmung ändern, auch wenn an den deutschen Mitbestimmungsgesetzen nichts geändert wird. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher nicht die weitere Entwicklung abwarten, sondern Schritte zu einer Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung ergreifen.

Der Bericht betont zwar zu Recht, dass ausländische Kapitalgesellschaften nicht ohne weiteres der deutschen Unternehmensmitbestimmung unterworfen werden dürfen; mit der von ihm angeregten Beobachtungspflicht wird allerdings gleich das Ergebnis solcher Beobachtungen vorweggenommen. Dieses lautet im Fall vermeintlicher „Flucht aus der Mitbestimmung“: Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Rechtsformen, um entsprechende Entwicklungen zu unterbinden. Dieser Eindruck wird noch durch die Behauptung verstärkt, dass der deutsche Gesetzgeber nicht daran gehindert sei, solche Unternehmen der Mitbestimmung zu unterwerfen. Eine solche Abschottung ist im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme nicht nur unzweckmäßig, sondern auch kontraproduktiv. Sie würde dazu führen, dass der Investitions- und Holding-

standort Deutschland geschwächt und gerade für die Ansiedlung ausländischer Unternehmen weniger attraktiv würde.

Die im Bericht – andeutungsweise – vorgesehene Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Rechtsformen widerspricht auch der vom Europäischen Gerichtshof immer wieder hervorgehobenen hohen Bedeutung der Niederlassungsfreiheit. Diese verbietet es, die Mitbestimmung durch deutsche Gesetze auf solche ausländischen Gesellschaften auszudehnen.

Die Nutzung ausländischer Rechtsformen kann unterschiedliche Gründe haben. Dazu gehören steuerrechtliche Gründe ebenso wie die teilweise einfacheren Gründungsregeln nach ausländischem Recht. Dazu gehört auch die Möglichkeit, eine bessere Binnenorganisation oder einheitliche Konzernstrukturen zu schaffen. Die Unternehmensmitbestimmung spielt bei dieser Entscheidung eine zentrale Rolle. Dies gilt gerade bei der Standortwahl von Personengesellschaften deutschen Rechts, deren Inhaber sich überlegen, ihr Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln. Die Niederlassungsfreiheit ermöglicht es ferner, für unterschiedliche Formen und Ziele unternehmerischen Handelns auf die jeweils am besten passende Rechtsform zurückzugreifen. So können Unternehmen beispielsweise leichter in anderen Mitgliedstaaten aktiv werden, ohne Töchter in ihnen nicht vertrauten ausländischen Rechtsformen gründen zu müssen.

Wir sind der Überzeugung, dass der Gesetzgeber in der Verantwortung steht, die Rechtsformen des deutschen Rechts in diesem potenziellen Wettbewerb so auszugestalten, dass sie sich gegenüber ausländischen Rechtsformen nicht nur behaupten, sondern sogar wieder die Vorbildrolle einnehmen können, die sie in der Vergangenheit vielfach hatten. Mit ihren Überlegungen zur Reform des GmbH-Rechts hat die Bundesregierung diesen wichtigen Auftrag erkannt.

Berücksichtigt werden muss ferner, dass der Vergleich deutscher mit europäischen und internationalen Unternehmensformen die Sensibilität für die deutsche Mitbestimmung in Bezug auf die Corporate Governance Diskussion erhöht hat. In diesem Zusammenhang müssen wir die Frage beantworten, was die zunehmende Forderung der EU, der USA und des Deutschen Corporate Governance Kodex nach Professionalisierung und Intensivierung der Aufsichtsratsarbeit sowie nach Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder für quasiparitätisch mitbestimmte Aufsichtsräte bedeutet.

Unserer Auffassung nach ist die Mitbestimmung in ihrer heutigen Ausgestaltung mit den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung, die das Kapitalmarktvertrauen in die Führung der Unternehmen durch mehr Transparenz und eine effektivere Kontrolle der Unternehmensleitung verbessern soll, nur bedingt zu vereinbaren. Das gilt zum Beispiel im Hinblick auf die Größe der Aufsichtsräte, die Vertretung ausländischer Belegschaften in den Aufsichtsräten und die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter. Im internationalen Umfeld bedarf die deutsche Mitbestimmung immer wieder der Erläuterung. In der Praxis wird die deutsche Mitbestimmung in ihrer heutigen Form im Ausland und auch von vielen deutschen Unternehmen nicht als Standortvorteil gesehen.

Die Behauptung im Bericht, die deutsche Mitbestimmung sei keine einzigartige Erscheinung und die europäische Rechtsentwicklung orientiere sich am deutschen Vorbild, ist nachweislich falsch. Im europäischen und internationalen Zusammenhang kann davon keine Rede sein. Das Gegenteil ist richtig. Das belegt auch die als Anhang 4 dem Bericht beigefügte Übersicht Europa. Das Vereinigte Königreich, Italien, Irland, Spanien, Portugal, Belgien, Griechenland, Litauen, Lettland, Estland, Malta und Zypern kennen gar keine Unternehmensmitbestimmung. In Österreich, Luxemburg, Ungarn, Polen, Tschechien, Slowenien und der Slowakei existiert maximal eine Drittelbeteiligung. Vom deutschen System grundlegend abweichende Systeme, die aber unter dem deutschen Mitbestimmungsniveau bleiben, existieren in den skandinavischen Ländern, den Niederlanden und Frankreich.

Zu Recht ist von Herrn Professor Rebhahn im Auftrag des diesjährigen Deutschen Juristentags die Einzelstellung der deutschen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 ausdrücklich betont worden. Herr Professor Rebhahn hat festgestellt, dass die deutsche Mitbestimmung in vergleichender Sicht schon für sich betrachtet ein Sonderweg ist, der noch durch die gleichzeitige Existenz der Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz verstärkt wird. Der vorliegende Bericht geht mit seinen Ausführungen zur europäischen Bestandsaufnahme daher an wesentlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen vorbei und wird den Tatsachen nicht gerecht.

III. Die Bewertung der Unternehmensmitbestimmung nach geltendem Recht

Verschiedene Studien kommen hinsichtlich der Folgen der Unternehmensmitbestimmung auf die Unternehmen und deren Werthaltigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach der jüngst veröffentlichten Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) in Köln und des Frankfurter Institute of Law and Finance (ILF) in Frankfurt wird die Mitbestimmung mit numerischer Parität nach dem Mitbestimmungsgesetz als überwiegend hinderlich angesehen, insbesondere bei der Suche nach ausländischen Investoren und Partnern für eine Verschmelzung. Die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz verlangsamt notwendige Entscheidungsprozesse. Die Hälfte der betroffenen Kapitalgesellschaften beklagen, dass die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten Entscheidungen verzögern. Der Drittelbeteiligung werden solche negativen Folgen nicht oder in geringerem Umfang zugesprochen. Insoweit kann keine Rede davon sein, dass die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz grundsätzlich positive Effekte auf die Unternehmen oder ihre Belegschaften hat. Zumindest gibt es gerade keinen nachweisbaren Zusammenhang der angeblich „gefühlten“ Vorteile mit einer Quasiparität im Aufsichtsrat.

Auffällig ist die einseitige Behandlung der im Bericht erwähnten Studien. Die Studien, die die Auffassung stützen, Mitbestimmung wirke sich neutral oder positiv auf die Unternehmen aus, werden hinsichtlich ihres Zustandekommens nicht hinterfragt. Ausführlich hinterfragt wird demgegenüber die Studie von IW und

ILF. Trotz des für vergleichende Studien zufrieden stellenden Rücklaufs an Antworten werden an Ihrer Aussagekraft Zweifel angedeutet. Die Rückläufe der anderen erwähnten Studien werden demgegenüber nicht untersucht, obwohl sich die Größe des Untersuchungssamples genau im Rahmen der Stichprobengrößen anderer Untersuchungen hält. Gleichzeitig werden dann doch einzelne Ergebnisse der Studie von IW und ILF – trotz des Zweifels der Wissenschaftler an ihrer Aussagekraft – hervorgehoben, um Thesen des Berichts zu stützen; negative Befunde der Studie – insbesondere zur Relevanz der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 für die Fusionsfähigkeit deutscher Unternehmen und die Wahl des Standorts – werden demgegenüber vollständig verschwiegen.

Ferner wird behauptet, dass mitbestimmungskritische Unternehmen überproportional im Sample vertreten seien. Für diese Behauptung existieren keinerlei Anhaltspunkte. Beispielsweise bewerten die Unternehmen, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, nicht nur im Vergleich zu den paritätisch mitbestimmten Unternehmen, sondern auch für sich alleine betrachtet ihre Erfahrungen mit der Unternehmensmitbestimmung im Großen und Ganzen positiv. Lediglich eine Minderheit von knapp einem Fünftel bewertete die Mitsprache im Aufsichtsrat insgesamt als eher negativ. Im Ergebnis vermittelt dies den Eindruck, dass Studien, deren Inhalte nicht mit dem Grundtenor des Berichts übereinstimmen, von vorneherein ausgeblendet werden sollen.

Die Effekte der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz aus dem Jahre 1976 verstärken sich noch durch das Zusammenwirken mit der betrieblichen Mitbestimmung. Die vielfach anzutreffende Identität von Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat führt dazu, dass betriebsverfassungsrechtliche Fragen in den Aufsichtsrat getragen werden können. Damit besteht die Möglichkeit, die Zustimmung der Arbeitnehmerseite zu vom Vorstand beantragten Aufsichtsratsentscheidungen von Zugeständnissen auf der betrieblichen Ebene abhängig zu machen. Durch die Kumulation von Mitbestimmung auf der Betriebs- und Unternehmensebene können Vorstände in Abhängigkeiten geraten, insbesondere wenn es um ihre Erst- oder Wiederberufung geht. Diese Kumulation von Einflussmöglichkeiten reicht deutlich weiter als die Rechte des einzelnen Mitgliedes des Betriebs- oder Aufsichtsrates für sich genommen. Es geht dabei nicht um den Vorwurf opportunistischen Verhaltens von Vorständen. Die Feststellung, dass die strukturelle Vermischung verschiedener Mitbestimmungsebenen zu einer Gewichtsverlagerung führen kann, ist von einem solchen Werturteil frei. Sie kann aber auch nicht dadurch in Zweifel gezogen werden, dass der strukturelle Umbau der deutschen Wirtschaft und ihre Anpassung an den Weltmarkt in vielen Unternehmen laufend vollzogen werden.

Die Aussage, dass laut Befragungen eine gute Mitbestimmungspraxis innerhalb des bestehenden Systems möglich und eine schlechte Praxis in der überwiegenden Wahrnehmung eher eine Ausnahme sei, verkennt, dass bei derartigen Befragungen häufig keine ausreichende Differenzierung zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung sowie zwischen Drittelbeteiligung und Quasiparität vorgenommen wird. Kritische Stimmen aus Unternehmen und Vorständen über

die Mitbestimmung sind auch wegen der geschilderten Kumulation der Beteiligungsrechte selten.

Im Bericht selbst wird an verschiedenen Stellen festgestellt, dass die Mitbestimmung auf Betriebs- und Unternehmensebene zusammen gesehen werden muss. Beide dienen demselben Ziel. Die Folgen der wechselseitigen Beeinflussung und Verstärkung beider Systeme werden aber nicht hinreichend herausgearbeitet und daher auch nicht die richtigen Konsequenzen gezogen. Dies ist ein schwerwiegender Mangel.

Das Zusammenwirken der unterschiedlichen Einflussphären bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Stellung der Eigentümer des Unternehmens. Dieser Eingriff bedarf einer Rechtfertigung, die weder im Bericht noch in den Studien, auf die sich dieser vorzugsweise stützt, erbracht wird. Insbesondere treten wir mit Nachdruck der These des Berichts entgegen, es gebe einen Anspruch auf Mitbestimmung. Ein Anspruch auf Mitbestimmung existiert nicht! Mitbestimmung ist eine Möglichkeit, Partizipation der Arbeitnehmer an Entscheidungen des Unternehmens sicherzustellen. Dies kann – muss aber nicht – durch Unternehmensmitbestimmung sichergestellt werden. Ohne die Basis klarer empirischer Erkenntnisse lässt sich daher die Intensität des Eingriffs der Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Gestalt und in ihrer Kumulation mit der betrieblichen Mitbestimmung nicht rechtfertigen.

Die Einschränkung der Eigentumsrechte der Anteilseigner von Kapitalgesellschaften muss am Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemessen werden. Der Schutz der Arbeitnehmerinteressen ist durch die von der Rechtsprechung ausgebaute und verstärkte Mitbestimmung auf der Betriebsebene weitestgehend gewährleistet und kann durch die Drittelbeteiligung auf Unternehmensebene gesichert werden. Eine Rechtfertigung für die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 gibt es im gleichen Maße nicht oder – aufgrund der faktischen Weiterentwicklung der Mitbestimmungswirkungen auf der betrieblichen Ebene – nicht mehr. Die numerische Parität der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bedarf daher einer gesonderten Rechtfertigung, die darin liegen kann, dass sie vereinbart wird. Für eine gesetzliche Regelung, die Ausnahmen nicht vorsieht, fehlt eine solche Rechtfertigung.

IV. Vorschläge zur Unternehmensmitbestimmung

1. Vereinbarungslösungen

a) Wir plädieren für die Einführung von Vereinbarungslösungen. Diese müssen die Größe der Aufsichtsräte, aber auch die Intensität der Mitbestimmung umfassen. Regelungen greifen im internationalen und europäischen Maßstab zu kurz, die Vereinbarungen über die Intensität der Mitbestimmung nur dort zulassen, wo Konzernstrukturen vorliegen.

Arbeitnehmern und Anteilseignern soll vielmehr generell die Möglichkeit gegeben werden, zu adäquaten Lösungen für das jeweilige Unternehmen zu gelangen. Gerade auch kleinere Unternehmen haben ein starkes Bedürfnis nach einer auf das Unternehmen passenden und frei zu vereinbarenden Mitbestimmung.

Für den Fall, dass die Verhandlungen über die Mitbestimmung scheitern, soll eine gesetzliche Auffanglösung vorgesehen werden. Diese Auffangregelung kann nicht die maximal vereinbarungsfähige Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 sein. Eine Auffangregelung, die bereits das Maximum dessen vorsieht, was überhaupt zulässig ist, gibt keine Verhandlungsanreize. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen sollte daher die Auffangregelung in einer Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer bestehen. Die Drittelbeteiligung ist in den europäischen Staaten, die überhaupt eine Mitbestimmung kennen, die am häufigsten anzutreffende Partizipationsform. Für Unternehmen, die heute einem der geltenden Mitbestimmungsgesetze unterliegen, kann im Übrigen auch im Rahmen von Vereinbarungslösungen eine Bestandsschutzregelung vorgesehen werden.

Im Gegensatz zum Bericht halten wir es im Rahmen von Vereinbarungslösungen für völlig ausgeschlossen, in Unternehmen in Konzernstrukturen eine Mitbestimmung zu verhandeln, die sogar noch über das Niveau der numerischen Parität des Mitbestimmungsgesetzes hinausgehen könnte. Eine solche Regelung wäre nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Sie widerspräche auch klar der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung.

b) Für problematisch halten wir den Vorschlag, Vereinbarungslösungen über die Intensität der Mitbestimmung mit Absprachen zusätzlicher Zustimmungsvorbehalte für den Aufsichtsrat zu verbinden. Wir sehen im Zusammenhang mit Mitbestimmungsvereinbarungen keine Notwendigkeit, Abreden über zustimmungspflichtige Entscheidungen von Vorständen zu treffen, auch nicht im Wege der Selbstverpflichtung. Diese Aufgabe gehört ausschließlich in die Zuständigkeit des Aufsichtsrates oder der Beschlussfassung der Hauptversammlung der Aktionäre. Hierbei sollte es in vollem Umfang bleiben.

c) Es ist richtig, dass Vereinbarungen über die Unternehmensmitbestimmung nicht Gegenstand eines Tarifvertrages sein können. Die Tarifvertragsparteien sind nicht dazu legitimiert, Fragen zu regeln, die den gesellschaftsrechtlichen Status und dessen Ausgestaltung in einzelnen Unternehmen betreffen. Dies gilt insbesondere auch für die Feststellung, dass Mitbestimmung nicht Gegenstand von Arbeitskämpfen sein kann und darf.

2. Bestellung der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat

a) Der beschriebene Effekt der Kumulation von Mitwirkungsrechten durch die Kumulation von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung würde noch verstärkt, wenn dem Vorschlag des Berichts gefolgt würde, die Betriebsrätever-

sammlung mit der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu betrauen.

Wir können uns nicht der Auffassung anschließen, dass die Urwahl eine zu bürokratische und teure Lösung ist. Richtig ist vielmehr, dass die heute nach dem Mitbestimmungsgesetz vorgeschriebene Delegiertenwahl die Unternehmen mit hohen Kosten und komplizierten Wahlvorgängen belastet. Wir plädieren daher nachdrücklich für eine Wahlregelung, die unmittelbar den Arbeitnehmern einen stärkeren Einfluss auf ihre Repräsentanten gewährt, als dies bisher der Fall ist.

Wir können uns aber vorstellen, die Frage der Wahldurchführung in das Verhandlungsmandat von Unternehmen und Arbeitnehmervertretern zu legen. Wenn die durch eine Urwahl bestimmten Belegschaftsvertreter im Verhandlungsgremium auf Arbeitnehmerseite zu dem Ergebnis gelangen sollten, dass das Modell der Wahl durch die Betriebsräteversammlung die Urwahl ersetzen möge, kann dies akzeptabel sein. Dies setzt allerdings voraus, dass das Verhandlungsgremium nach den Grundsätzen der Urwahl zusammengesetzt ist. Dabei ist auf die Beteiligung der leitenden Angestellten und deren Vertretung im Verhandlungsgremium zu achten.

b) Zwar ist es grundsätzlich richtig, die Größe des Aufsichtsrates vereinbarungsoffen zu gestalten, die de facto vorgesehenen Sitzgarantien für Gewerkschaftsvertreter halten wir allerdings nicht für sinnvoll. Solche Sitzgarantien sollten generell entfallen. Der Gesetzgeber kann vorsehen, dass unter den Kandidaten für die Wahl in das Verhandlungsgremium, wie unter den Kandidaten für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmer aus der Gruppe der leitenden Angestellten sein sollen und externe Gewerkschaftsvertreter sein können. Diese Differenzierung ist angemessen. Leitende Angestellte sind Teil des Unternehmens, in dem Aufsichtsratswahlen stattfinden. Dies gilt nicht entsprechend für externe Gewerkschaftsvertreter. Diese können, müssen aber nicht auf Listen kandidieren.

3. Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Verhandlungsgremium

Das Verhandlungsgremium auf Arbeitnehmerseite muss nicht automatisch ein Spiegelbild der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sein. Die Begründung des Berichts, dass diejenigen Gruppen, die unter Umständen etwas abzugeben haben, auch darüber zu bestimmen haben, leuchtet nur bei oberflächlicher Betrachtung ein. Es geht im Kern um die Legitimation der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat.

Die Freiheit der Verhandlung sollte daher nicht von vornherein durch eine zu enge Begrenzung der Möglichkeiten hinsichtlich der Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums eingeschränkt werden. Das besondere Verhandlungsgremium muss nach den jeweiligen Bedürfnissen der Arbeitnehmer und des Unternehmens gestaltet werden können. Insbesondere muss eine unbürokratische

und kostengünstigere Urwahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums ermöglicht werden.

4. Einbeziehung ausländischer Belegschaften

Ein Schritt zu einer verbesserten Legitimation und zu einer Öffnung nach Europa, aber auch über Europa hinaus kann die Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die deutsche Mitbestimmung sein. Zu Recht betont der Bericht, dass dies ausschließlich auf freiwilliger Basis durch Vereinbarungen möglich ist.

Die Einbeziehung ausländischer Belegschaften darf dabei nicht zu einer substantiellen Erweiterung der Mitbestimmung führen. Genau dies wäre der Fall, wenn diese Belegschaften nicht nur an den Wahlen beteiligt würden, sondern auch bei der Ermittlung der Größe des Aufsichtsrats und der Intensität der Mitbestimmung berücksichtigt werden müssen. Eine solche Zurechnung der Arbeitnehmer ausländischer Gesellschaften würde in der Praxis zu einer Erweiterung der Mitbestimmung führen und den positiven Effekt der Einbeziehung dieser Belegschaften aufheben.

5. Monistisches System

Mit seinem Verzicht, das monistische System als Option auch für deutsche Unternehmen vorzuschlagen, bleibt der Bericht ebenfalls hinter den Anforderungen einer durchgreifenden Reform des Gesellschaftsrechts zurück. Die vielfältigen Vorteile des dualistischen Systems stellen wir nicht in Frage. In seiner konkreten Ausgestaltung ist es aber nur in wenigen Ländern akzeptiert. Hierzu gehören neben der Bundesrepublik Deutschland Österreich, die Niederlande und Finnland.

Auch auf europäischer Ebene wird darüber diskutiert, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Verpflichtung aufzuerlegen, neben den jeweils bestehenden Systemen der dualistischen oder monistischen Unternehmensführung generell auch das jeweils alternative Konzept anzubieten. Die Attraktivität des Standortes Deutschland könnte gesteigert werden, wenn der deutsche Gesetzgeber schon zum jetzigen Zeitpunkt ein solches Alternativkonzept zur Verfügung stellen würde. Der Bericht geht zu Recht davon aus, dass das monistische System spezifische Anforderungen an die Mitbestimmung notwendig macht. Deswegen von Vorschlägen für die Ausgestaltung einer Mitbestimmung in einem solchen System abzusehen, ist verfehlt.

6. „Bereinigung geltenden Rechts“

Was in dem Bericht als „Bereinigung des geltenden Rechts“ beschrieben wird, läuft in Wirklichkeit in weiten Teilen auf eine deutliche Ausdehnung der Unternehmensmitbestimmung hinaus. Die deutsche Mitbestimmung – und damit das deutsche Gesellschaftsrecht – würden hierdurch gerade nicht an das europäische Modell angepasst, sondern die Ausweitung der deutschen Mitbestimmung würde das deutsche Gesellschaftsrecht noch weiter von der europäischen Entwicklung entfernen.

a) Die Ausdehnung der Mitbestimmung im faktischen Konzern ist keine systemgerechte Schließung von Regelungslücken. Sie widerspricht in zentralen Punkten Grundwertungen des deutschen Gesellschaftsrechts. Schon gesellschaftsrechtlich ist der faktische Konzern nur schwer zu greifen. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat solcher Konzernobergesellschaften kann daher schon heute über das durch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom März 1979 legitimierte Maß hinausgehen. Die „Beseitigung eines Systembruchs“ kann daher systematisch am ehesten dadurch erreicht werden, dass der faktische Konzern generell aus der Mitbestimmung ausgeklammert wird. Die Erstreckung der Mitbestimmung auf faktische Konzerne mit 500 bis zu 2.000 Arbeitnehmern verstärkt demgegenüber den Systembruch.

b) Ebenso unsystematisch ist der Ansatz, die Kapitalgesellschaft & Co. KG der Drittelbeteiligung zu unterwerfen. In Unternehmensstrukturen mit 500 bis zu 2.000 Arbeitnehmern ist der Einfluss der mit ihrer Einlage haftenden Kommanditisten deutlich stärker als in einer größeren Gesellschaft. Eine Anpassung an das Mitbestimmungsgesetz würde diesen unterschiedlichen Charakter verkennen und den Anforderungen solcher Gesellschaften nicht gerecht werden.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber mit der Novellierung des Drittelbeteiligungsgesetzes im Jahre 2004 bei gleichzeitiger Aufhebung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 die Drittelbeteiligung in Gesellschaften mit mehr als 500 aber nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern neu geordnet. Das Argument, systematische Brüche beseitigen zu wollen, lässt sich vor diesem Hintergrund nur schwer nachvollziehen. Die Regelungen waren dem Gesetzgeber vor zwei Jahren sehr wohl bekannt.

c) Entsprechendes gilt für die Überlegung, dass Mitbestimmungsgesetz auf den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auszudehnen. Dieser Verein ist in seiner Struktur nicht mit sonstigen Kapitalgesellschaften vergleichbar. Teilweise kann sogar erst die Entscheidung der mit der Versicherungsaufsicht betrauten Behörde dazu führen, dass ein solcher Verein einen Aufsichtsrat erhält und daher mitbestimmt wird. Die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes würde somit zu Friktionen führen, die vom Gesetzgeber bisher aus guten Gründen nicht gewollt waren.

d) Die Aufhebung der nur historisch zu begründenden Regelung, nach der Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern teilweise noch einer Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, begrüßen wir, auch wenn von dieser Regelung nur noch wenige Unternehmen betroffen sind.

7. Fragen der inneren Ordnung des Aufsichtsrates

a) Wir halten es für vollständig verfehlt, dass der Bericht Empfehlungen für eine gesetzliche Regelung der Zusammensetzung entscheidungsbefugter Ausschüsse im Aufsichtsrat gibt. Diese Empfehlungen greifen tief in die durch den deutschen Corporate Governance-Kodex gestärkte Autonomie und die Verantwortung des Gesamtaufsichtsrats ein. Dasselbe gilt für die Vorschläge zur Regelberichterstattung in der GmbH. Anders als der Bericht sehen wir den Grund für die Unterscheidung in den unterschiedlichen Gesellschaftsformen, die bei der GmbH eine Regelberichterstattung nicht erforderlich machen.

b) Mit den Ausführungen des Berichts zum Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden und zur Bestellung des Arbeitsdirektors in Gesellschaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern stimmen wir überein. Eine faktische oder tatsächliche Angleichung der Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes an die Montanmitbestimmung ist abwegig. Vielmehr muss es darum gehen, auch die Montanmitbestimmung durchgreifend zu reformieren. Entsprechend den Ausführungen im Gutachten von Herrn Professor Dr. Raiser zum diesjährigen Deutschen Juristentag und vor dem Hintergrund der auch von den wissenschaftlichen Mitgliedern der Kommission anerkannten Tatsache, dass von dem Gesetz nur noch sehr wenige Unternehmen betroffen sind, regen wir daher an, das Montanmitbestimmungsgesetz sowie das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz aufzuheben.

c) Ebenso stimmen wir im Ergebnis mit dem Bericht darin überein, die strukturellen Unterschiede zwischen einer Aktiengesellschaft und einer GmbH, die vielfach über einen überschaubareren Gesellschafterkreis verfügt, beizubehalten. Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der GmbH und das Recht der Bestellung der Geschäftsführer in einer GmbH mit nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern ist nicht nur sachlich geboten, sondern auch verfassungsrechtlich unabdingbar. Deswegen ist zu überlegen, ob die GmbH nicht generell aus dem Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes herausgelöst und dem Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes zugeordnet werden soll, auch soweit sie den Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschreitet. Dies wäre unserer Auffassung nach den Strukturen der GmbH, unabhängig von deren Größe, angemessener.

V. Fazit und Ausblick

Der in dem Bericht vorgenommene Ausblick ist widersprüchlich und hält im Ergebnis faktisch am Status Quo der deutschen Mitbestimmung fest, obwohl ein grundlegender Wandel prognostiziert wird. Einerseits wird in dem Bericht auf die angeblich abnehmende Bedeutung des Kapitals für die Unternehmen hingewiesen, andererseits werden Veränderungen der Finanzmärkte mit großen Auswirkungen auf Unternehmen beschrieben.

Die Mitbestimmung ist ein völlig ungeeignetes Instrument, um internationale oder globale Kapitalmarktentwicklungen, wie vom Bericht beschrieben, aufzuhalten oder zu beeinflussen. Ein Ausblick auf die künftige Entwicklung der Mitbestimmung müsste vielmehr herausarbeiten, wie die europäische Entwicklung in den nächsten 15 bis 20 Jahren ablaufen wird, welche Bedeutung diese Entwicklung für den Standort Deutschland und damit für die Beschäftigung und Ansiedlung neuer Unternehmen gewinnen wird und welche Antworten darauf das deutsche Gesellschaftsrecht und damit verbunden die deutsche Mitbestimmung geben müssen.

Eine weitgehend vereinbarungsoffene Mitbestimmung ist eine mögliche Antwort auf die zukünftigen europäischen und internationalen Entwicklungen. Die Öffnung der Unternehmensmitbestimmung für Vereinbarungslösungen ermöglicht es, gravierende Nachteile der derzeit geltenden Regelungen zu vermeiden. Die große Vielfalt unterschiedlicher Unternehmen erfordert unterschiedliche Partizipationsformen für die Arbeitnehmer. Eine solche Vielfalt bietet Unternehmen und Arbeitnehmern die Chance individuell zu bestimmen, wie sie dem faktisch eröffneten Wettbewerb der Führung und Arbeitnehmerbeteiligung europäischer Gesellschaften begegnen wollen. Einschränkungen, wie sie der Bericht hierzu vornimmt, passen demgegenüber nicht in das System einer flexiblen und modernen Mitbestimmungskultur. Das Festhalten am Status Quo der Unternehmensmitbestimmung ist keine europaverträgliche Position.

Wir appellieren deshalb an Bundesregierung und Gesetzgeber, unter Berücksichtigung der europäischen und internationalen Entwicklung moderne Rahmenbedingungen für das Gesellschaftsrecht und die Mitbestimmung zu schaffen, um so die Attraktivität des deutschen Investitions- und Holdingstandortes zu stärken.

Dr. Gentz

Präsident der ICC Deutschland

Dr. Hundt

Präsident der BDA

Thumann

Präsident des BDI

Kapitel 2 – Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer

Stellungnahme der Mitglieder der Mitbestimmungskommission

Jürgen Peters

Günter Reppien

Michael Sommer

**zum Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der
Mitbestimmungskommission**

I. Präambel

Mitbestimmung ist ein modernes Konzept für zukunftsfähige Unternehmen und eine Blaupause für das moderne und soziale Europa.

Durch Mitwirkung, Gestaltung und Mitentscheidung trägt Mitbestimmung dazu bei, den abhängig Beschäftigten einen gleichberechtigten Platz in der Gesellschaft zu sichern, damit sie nicht zu Bittstellern im Unternehmen werden. Zukünftig werden mehr Mitbestimmung und eine größere Teilhabe der Beschäftigten am Wertzuwachs der Unternehmen erforderlich sein.

Eine Gesellschaft kann nicht Demokratie zum leitenden Prinzip erklären und darauf verzichten, dieses Prinzip im Wirtschaftsprozess zu verwirklichen.

Die veränderten Rahmenbedingungen in Deutschland und Europa stellen die Mitbestimmung vor neue Herausforderungen. Wir begreifen dies als Chance und setzen uns für eine Weiterentwicklung des deutschen Mitbestimmungsmodells ein. Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) bietet dafür nach wie vor seine konstruktive Mitarbeit und seine Gesprächsbereitschaft an. Ziel muss jedoch eine fortschrittliche Gestaltung der Arbeitswelt und der Mitbestimmung sein. Ein Systemwechsel steht für uns dabei nicht zur Debatte.

II. Grundsätzliche Anmerkungen zum Bericht

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Mitbestimmung sind von den wissenschaftlichen Mitgliedern überzeugend beschrieben worden. Weder auf betriebswirtschaftlicher, noch auf wirtschaftsgeschichtlicher oder industriesoziologischer Grundlage lässt sich der Nachweis einer negativen Wirkung der Mitbestimmung führen. Im Gegenteil tendieren aktuelle Forschungsergebnisse zu positiven Erkenntnissen. Es ist ein Verdienst des Berichts, diesen Trend, insbesondere in der ökonomischen Forschung, hervorgehoben zu haben.

Zu Recht wird in dem Bericht betont, dass die Unternehmensmitbestimmung - entgegen der Position einiger Mitbestimmungskritiker - kein Standortnachteil in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen darstellt und dass sich kein Beleg für

einen „Mitbestimmungsabschlag“ auf den Kapitalmärkten findet. Aktuelle wissenschaftliche Studien belegen diese Position.⁶²

Hervorzuheben ist ebenfalls, dass die wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmung bescheinigen, gerade in wirtschaftlich angespannten Zeiten ein wirksames Instrument zum Ausgleich unterschiedlicher Interessen zu sein. Die in diesem Zusammenhang beschriebenen positiven Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Motivation und das Verantwortungsbewusstsein der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie ihren Beitrag zum sozialen Frieden werden von uns geteilt.

Zu beachten ist allerdings, dass die positive Wirkung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf der guten und sich ergänzenden Zusammenarbeit betrieblicher sowie außerbetrieblicher Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat beruht. Vor diesem Hintergrund darf die innere Struktur des Aufsichtsrats keiner wesentlichen Veränderung ausgesetzt sein.

Die Kompetenzen und das Know-how der betrieblichen Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter werden durch das rechtliche und politische Wissen der außerbetrieblichen Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter ergänzt, die zusätzlich über ein erhebliches Branchenwissen verfügen. Insbesondere durch ihre Koordinationsfunktion leisten die Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter einen erheblichen Beitrag zur erfolgreichen Aufsichtsratsarbeit. Die Vertreter der Arbeitnehmer in der Kommission begrüßen daher ausdrücklich, dass die wissenschaftlichen Mitglieder die Struktur der Arbeitnehmerbank auch bei Verhandlungen über die Größe des Aufsichtsrats nicht verändern wollen. Dieser richtige Ansatz sollte im Grundsatz auch bei der Internationalisierung des Aufsichtsrats beibehalten werden.

Weiterhin begrüßen wir die sehr gelungene Einordnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung in den europäischen Kontext. Es ist richtig, dass jede Form der Mitbestimmung auf Unternehmensebene nur im Gesamtzusammenhang der in einer Gesellschaft bestehenden Arbeitsbeziehungen bewertet werden kann. Den wissenschaftlichen Mitgliedern ist ausdrücklich zuzustimmen, wenn sie feststellen, dass die Arbeitnehmerbeteiligung Bestandteil sowohl des europäischen Rechts als auch vieler nationaler Rechtssysteme ist und dass es sich bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung demnach nicht um eine einzigartige Erscheinung handelt.

Ebenso unterstützen wir die im Bericht enthaltene Beschreibung der Unternehmensmitbestimmung und der betrieblichen Mitbestimmung als sich ergänzende Subsysteme der Arbeitnehmerbeteiligung. Die von den Kritikern der

⁶² Vgl. Sigurt Vitols (2006): Ökonomische Auswirkungen der paritätischen Mitbestimmung: Eine ökonometrische Analyse. Gutachten im Auftrag des DGB Bundesvorstandes, Themenheft Mitbestimmung und Unternehmenspolitik, Berlin; Kornelius Kraft und Marija Ugarkovic (2006): Gesetzliche Mitbestimmung und Kapitalrendite, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 226/5, S. 588-604.

Mitbestimmung geforderte künstliche Trennung der Mitbestimmungsebenen wird durch den vorliegenden Bericht klar zurückgewiesen.

Folgende Empfehlungen der wissenschaftlichen Mitglieder begrüßen wir:

1. Die von den wissenschaftlichen Mitgliedern vorgeschlagene Bereinigung von Widersprüchen und Systembrüchen im bestehenden Mitbestimmungssystem, insbesondere in Bezug auf die Einbeziehung faktisch beherrschter Tochterunternehmen, die Besetzung der Ausschüsse sowie die Gleichstellung von GmbH und AG bei Informationsrechten des Aufsichtsrats.
2. Den Vorschlag, ausländische Belegschaften in die Aufsichtsratswahlen einzubeziehen. Wir plädieren dafür, dass in einem vereinten Europa auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausländischen Betriebsstätten deutscher Unternehmen die Möglichkeit haben müssen, ihre Positionen und Sichtweisen in den Aufsichtsrat einzubringen. Wir setzen uns dafür ein, vorrangig das passive Wahlrecht für die im Ausland beschäftigten Belegschaften in den deutschen Mitbestimmungsgesetzen zu verankern. Das aktive Wahlrecht könnte auf dem Verhandlungswege durch einen Tarifvertrag geregelt werden.
3. Dass – dem Auftrag der Kommission entsprechend - als Grundlage für Vereinbarungsmöglichkeiten die bestehende Gesetzeslage gewählt wird. Damit wird dem bedeutsamen Unterschied zwischen Verhandlungen im europäischen sowie dem nationalen Rahmen Rechnung getragen.

Grundsätzlich sind wir dem Gedanken gegenüber offen, in einem begrenzten Korridor Verhandlungslösungen zu ermöglichen. Wir sind aber der Auffassung, dass lediglich Verbesserungen der bestehenden Mitbestimmung Gegenstand einer Vereinbarungslösung, durch Tarifvertrag sein sollten. Ein Abweichen nach unten sollte auf Tochtergesellschaften im Konzern beschränkt sein und der einstimmigen Zustimmung des Verhandlungsgremiums bedürfen. Dabei bekräftigen wir unsere Position, dass nur die im Unternehmen repräsentativen Gewerkschaften, selbstverständlich im Einvernehmen mit dem Konzernbetriebsrat oder dem Gesamtbetriebsrat, Vereinbarungspartner auf Arbeitnehmerseite sein können. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass es in Deutschland eine lange Tradition der Vereinbarung zur Beibehaltung und Sicherung der Mitbestimmung gibt. Die ersten und wohl auch bekanntesten Abkommen sind das Lüdenscheider Abkommen vom 19. August 1959 und das Halterner Abkommen vom 11. April 1960 über zusätzliche mitbestimmte Gremien unterhalb der Vorstandsebene. Auch heute gibt es, gerade in der Montanindustrie, eine praktizierte Politik der Mitbestimmungssicherung durch Vertrag. Ebenso in öffentlichen Unternehmen. Für die Arbeitnehmerseite verhandeln dabei jeweils die Gewerkschaften. Die Praxis hat somit die Rolle der Gewerkschaften bei dem Abschluss von Mitbestimmungsverträgen längst anerkannt. Schließlich werden auch abweichende Regelungen

über die Organisation der betrieblichen Interessenvertretungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 3 BetrVG üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt, seit 2001 ausdrücklich ohne behördliche Zustimmung.

Das von den wissenschaftlichen Mitgliedern vorgeschlagene Verhandlungsgremium auf Arbeitnehmerseite ist daher für uns nicht akzeptabel. Zum einen wird dort die Position der leitenden Angestellten überbewertet. Es muss klargestellt werden, dass es sich bei den leitenden Angestellten nicht um eine dritte Partei, sondern um einen kleinen und integralen Bestandteil der Arbeitnehmerseite handelt. Zum anderen ist abzulehnen, dass in dem vorgeschlagenen Verhandlungsgremium mit Dreiviertelmehrheit entschieden werden kann. Änderungen der Unternehmensverfassung können nach der festen Auffassung der Vertreter der Arbeitnehmer in der Kommission nur in Tarifverhandlungen vereinbart werden. Zumindest aber bedürfen Beschlüsse zu Mitbestimmungsvereinbarungen einer einstimmigen Zustimmung.

III. Spezielle Anmerkungen zum Bericht

Fehlende Flexibilität des Mitbestimmungsstatuts in Konzernstrukturen

(A. Kapitel 2 Teil 2 I. 1.)

Flexibilisierungsmöglichkeiten für die Mitbestimmung bei konzernabhängigen Unternehmen durch Verhandlungsoptionen halten auch die Gewerkschaften für sinnvoll und praktizieren dies bereits mit verschiedenen Vereinbarungen. Es muss dabei stets mit dem Ziel einer substantiellen und praxisnahen Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit verhandelt werden. Ein vollständiger Verzicht auf Aufsichtsratsgremien durch Vereinbarung, wie im Bericht vorgeschlagen, muss jedoch ausgeschlossen sein. Dies würde einen Bruch mit dem deutschem Mitbestimmungssystem bedeuten. Soweit aber nach den Vorschlägen der wissenschaftlichen Mitglieder Abweichungen von den gesetzlichen Mitbestimmungsrechten auf einzelnen Konzernebenen gegen Verbesserungen an anderer Stelle möglich werden, kann dies nur mit den Gewerkschaften vereinbart werden. Darüber hinaus sind weitere Verhandlungsinhalte denkbar, die im Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder nicht angesprochen sind, beispielsweise im Hinblick auf eine Stärkung der Position des Arbeitsdirektors.

Größe des Aufsichtsrats **(A. Kapitel 2 Teil 2 I. 2.)**

Die Größe des Aufsichtsrats im Konzernumfeld kann ein möglicher Verhandlungsgegenstand der Unternehmensmitbestimmung sein, wobei die Zusammensetzung nicht zur Disposition steht. Das im Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder vorgeschlagene Verhandlungsgremium entspricht nicht unserer Vorstellung der Verhandlungsführung durch die Gewerkschaften mit dem Ergebnis eines Tarifvertrags. Auf der Basis des im Bericht vorgeschlagenen Verhandlungsgremiums ist Einstimmigkeit bei Entscheidungen des Gremiums unerlässlich. Eine Beseitigung des Schutzes ist gegen den Willen der Geschützten nicht zu rechtfertigen. Der vollständige Wegfall sollte ausgeschlossen sein.

Denn den außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern steht ein eigenes Teilhaberecht im Aufsichtsrat zu.⁶³ Bei einer Reduzierung der Sitze oder einer Veränderung der Strukturen im Rahmen der Einbeziehung ausländischer Vertreterinnen und Vertreter ist Einstimmigkeit unverzichtbar. Darüber hinaus ist auch im Verhandlungsfall der überbetriebliche Blickwinkel der unternehmensexternen Vertreterinnen und Vertreter unerlässlich. Abzulehnen ist daher das Erfordernis einer bloßen Dreiviertelmehrheit für Entscheidungen. Sie ermöglicht die nicht hinnehmbare Einschränkung der Beteiligung von Gewerkschaften auch gegen deren Stimmen im Verhandlungsgremium. Bestandteil des Erfolgs der bewährten Mitbestimmung ist die Zusammenarbeit der beiden im System verankerten Gruppen – der betrieblichen und der außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter. Zu Recht weisen die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission in ihrem Bericht auf das Zusammenwirken „interner“ und „externer“ Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter als ein zentrales Element des Mitbestimmungsgesetzes hin. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht als sachgerecht anerkannt. Vor diesem Hintergrund würde die Beschneidung der Rechte einer Gruppe eine Abkehr von diesem System bedeuten. Das Erfordernis einstimmiger Entscheidungen ist daher unerlässlich.

Aus den genannten Gründen kann gleichfalls die Möglichkeit der Vereinbarung einer Integration ausländischer Belegschaftsvertreterinnen und -vertreter auf Kosten der Sitze und zugleich gegen die Stimmen der Gewerkschaftsvertreterinnen und -vertreter mit bloßer Dreiviertelmehrheit, nicht hingenommen werden. Ausländische Belegschaftsvertreter können nicht das legitime Teilhaberecht der Gewerkschaften beseitigen. Des Weiteren ist gerade im Falle der internationalen Vernetzung von Arbeitnehmervertretern der koordinierende und ordnungspolitische Einfluss der Gewerkschaften unabdingbar. Der Versuch einer Internationalisierung auf Kosten der Gewerkschaften wäre zum Scheitern verurteilt.

⁶³ Vgl. Jürgen Kühling (2006): Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, edition der Hans-Böckler-Stiftung 181.

Um den weitgehenden Erhalt der prinzipiellen Besetzungsstruktur im Aufsichtsrat auch bei veränderter Größe zu gewährleisten, wäre die gesetzliche Einführung weiterer Größenkategorien mit klaren Angaben zur Sitzverteilung auf Seiten der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter zu überlegen.

Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte

(A. Kapitel 2 Teil 2 I. 3.)

Die Diskussion um den Inhalt von Katalogen zustimmungsbedürftiger Geschäfte für den Aufsichtsrat ist seit der Einführung des Mitbestimmungsgesetzes eine Debatte um die Einflussmöglichkeiten im Rahmen der Mitbestimmung (und deshalb ist auch das Thema vom Auftrag der Kommission gedeckt). Die Einführung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 war der Grund, dass die Kataloge in der Aufsichtsratspraxis vielfach eine geringere Bedeutung bekamen.

Erst eine entsprechende Regelung im Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) von 2002 schuf die Pflicht zur Festlegung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Allerdings wurde darauf verzichtet, über das Gesetz inhaltliche Vorgaben zur Ausgestaltung der Kataloge zu machen, obwohl die Regierungskommission unter Leitung von Professor Baums 2001 empfohlen hatte: "Hierzu sollten in der Gesellschaft oder in abhängigen Unternehmen getroffene Entscheidungen oder Maßnahmen zählen, die die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern". Der Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder weist denn auch darauf hin, dass die Variationsbreite in der Praxis sehr groß ist. Sie belässt es bei dem Hinweis „auf die Notwendigkeit im Sinne guter Corporate Governance einen umfassenden, nach den Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens ausgerichteten Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte festzulegen (im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Anteilseignerseite)". Aus Sicht der Gewerkschaften ist diese Empfehlung nicht ausreichend. Vielmehr sollten durch inhaltliche Vorgaben im Gesetz Standards geschaffen werden, die den Aufsichtsräten eine bessere Wahrnehmung ihrer Kontroll- und Beratungsfunktion ermöglichen.

In einer für die Hans-Böckler-Stiftung laufenden repräsentativen Untersuchung hat Prof. Dr. Elmar Gerum (Universität Marburg) festgestellt, dass es zum Zeitpunkt der Untersuchung im Sommer 2006 immer noch zahlreiche mitbestimmte Aktiengesellschaften ohne Kataloge gibt. Nur in 46 % der Fälle besitzen die Aufsichtsräte seiner Erkenntnis nach über Kataloge eine umfassende unternehmenspolitische Kompetenz. Beispiel gebend können Länder mit gesetzlichen Grundkatalogen sein, wie Österreich und die Niederlande. Eine Vorgabe von einigen zentralen Geschäften als Standard für alle Unternehmen wäre geboten. Die Unternehmensindividualität kann durch Wertgrenzen sowie durch unternehmensspezifische Geschäfte, die der Aufsichtsrat festlegt, gewährleistet werden.

Die wissenschaftlichen Befunde zu Katalogen zustimmungsbedürftiger Geschäfte sind bei den mitbestimmten GmbHs noch deutlich schlechter als bei den Aktien-

gesellschaften. Obwohl im Zusammenhang bei der Änderung des § 111 Abs. 4 AktG (statt einer „Kann“-Vorschrift eine „Hat“-Vorschrift) und den Verweisungen für die GmbH unter dem MitbestG und dem DrittelbG bei den Beratungen des TransPuG 2002 die Probleme angesprochen wurden, hielt der Gesetzgeber an seinen Vorstellungen fest. Trotzdem weigern sich zahlreiche GmbHs, der Gesetzespflicht nachzukommen. Nicht zuletzt wird dabei auf das Weisungsrecht der Gesellschafter rekurriert (dazu A. Kapitel 2 Teil 4 II. 3. des Berichts). Zu diesem Recht soll hier nicht näher Stellung genommen werden. Wenn jedoch die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission konstatieren, dass die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter im Aufsichtsrat von GmbHs erheblich geschmälert werden, so kann dem nur durch einen Mindestkatalog auch für die Rechtsform der GmbH und die Klarstellung, dass das Weisungsrecht nicht die Kompetenzen des Aufsichtsrats im Rahmen von zustimmungsbedürftigen Geschäften aushebeln darf, begegnet werden.

Vereinfachung des Wahlverfahrens

(A. Kapitel 2 Teil 2 II.)

Die Empfehlung der wissenschaftlichen Mitglieder, das Wahlverfahren dadurch zu vereinfachen, dass die Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter im Aufsichtsrat in einer Versammlung der Betriebsrats- und Sprecherausschussmitglieder gewählt werden, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Dies gilt auch für die Zurückweisung von „Bedenken wegen der Verbindung zweier Mitbestimmungsebenen“ (Unternehmensmitbestimmung und Betriebsverfassung). Die Beibehaltung der bestehenden nach Sitzkategorien getrennten Wahlvorschlagsrechte wird mit Recht als Konsequenz der entsprechenden Aufteilung der Arbeitnehmerseite als geboten erachtet (siehe dazu die Ausführungen zum Zusammenwirken „interner“ und „externer“ Arbeitnehmervertreter als zentrales Element des Mitbestimmungsgesetzes in A. Kapitel 2 Teil 2 I. 2. Größe des Aufsichtsrats).

Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz

(A. Kapitel 2 Teil 3 V. 1.)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass für beide im Bericht genannten Fallgestaltungen nicht nur die Gewerkschaften die Auffassung vertreten, dass diese Unternehmen vom Mitbestimmungsgesetz erfasst sind. Weiterhin gibt es mit Blick auf die Kombination mit ausländischen Kapitalgesellschaften als persönlich haftende Gesellschafterin prominente Fälle, die im Anhang 5 des Berichts aufgeführt werden.

Wir teilen weiterhin die Auffassung der wissenschaftlichen Mitglieder, dass der deutsche Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich nicht gehindert ist, diese Unternehmen der Mitbestimmung zu unterwerfen.

Daher sind die Gewerkschaften der Meinung, dass, da eine Lücke erkannt wurde, nicht weiter abgewartet werden sollte, bis eine „nennenswerte Zahl“ von Fällen festzustellen ist. Auch auf dem Deutschen Juristentag 2006 wurde richtigerweise diskutiert, dass auf diesem Feld durch die Bundesregierung Rechtssicherheit herzustellen ist. Jegliches Abwarten schafft Fakten einer Vermeidung der Mitbestimmung.

Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die Mitbestimmung

(A. Kapitel 2 Teil 3 V. 2.)

Die Gewerkschaften haben stets das Anliegen der Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die Mitbestimmung unterstützt. Jedoch erscheint es fragwürdig, das Anliegen mit Legitimationsproblemen zu begründen, wie dies die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission formulieren. Da es sich um deutsche Kapitalgesellschaften handelt, besteht eine klare Legitimation für die Vertretung der in dieser Rechtsstruktur erfassten deutschen Belegschaften. In sämtlichen europäischen Staaten (mit Ausnahme in Schweden) ist die Rechtslage entsprechend. Die Arbeitnehmervertretung in deutschen Aufsichtsräten basiert auf demokratischen Wahlen und ist besonders legitimiert. Die Beteiligung im Aufsichtsrat eines deutschen Unternehmens ist daher vielmehr als ein Angebot an die ausländischen Beschäftigten zu verstehen. Den ausländischen Belegschaften sollte im Rahmen dieser Wahlen die Möglichkeit an der Beteiligung gegeben werden. Den Teilhabeanspruch außerbetrieblicher Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter kann dies – wie bereits erwähnt – nicht reduzieren. Die Einschränkung der entsprechenden Sitze kann daher nicht gegen die Stimmen der Gewerkschaften erfolgen. Sofern dies nach den Vorschlägen der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission ermöglicht wird, sind beide im Bericht genannten Alternativen zur Schaffung eines aktiven Wahlrechts ausländischer Belegschaften auf dem Verhandlungswege problematisch. Dagegen sollte als ein erster konsensfähiger Schritt das passive Wahlrecht für im Ausland Beschäftigte im deutschen Gesetz verankert werden. Die Festschreibung des passiven Wahlrechts im Gesetz wäre eine verbindlichere Verwirklichung des Angebots an ausländische Belegschaften zur Beteiligung, als die bloße Eröffnung einer entsprechenden Verhandlungsoption. Das aktive Wahlrecht könnte auf dem Verhandlungswege durch einen Tarifvertrag geregelt werden

Entscheidungsbefugte Ausschüsse des Aufsichtsrats

(A. Kapitel 2 Teil 4 I. 2)

Grundlage des kooperativen Zusammenwirkens im Aufsichtsrat ist die Bereitschaft, die gegebenen Kräfteverhältnisse zu respektieren und die Beratungs- bzw. Entscheidungsprozesse dementsprechend zu gestalten.

Diesen Gedanken unterstützen auch die wissenschaftlichen Mitglieder und empfehlen, entscheidungsbefugte Ausschüsse nach dem Vorbild der Sitzverteilung zwischen beiden Seiten im Aufsichtsrat zu besetzen. Nur so kann vermieden werden, dass wesentliche Entscheidungen dem Aufsichtsrat entzogen und in Ausschüsse delegiert werden, denen allenfalls pro Forma eine Person als Arbeitnehmervertreterin und –vertreter angehört.

Die von den wissenschaftlichen Mitgliedern vorgesehene Möglichkeit eines Verzichts auf eine spiegelbildliche Besetzung würde der Intention der Empfehlung widersprechen und ist daher abzulehnen.

IV. Weiterer Änderungsbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht

Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung

Eine Gesamtschau der Mitbestimmung innerhalb der Europäischen Union zeigt sehr unterschiedliche Ausgestaltungen der Systeme in den einzelnen Mitgliedstaaten sowie historisch gewachsene Strukturen. Eine Sonderstellung in Europa nimmt das deutsche System hinsichtlich der Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Unternehmens ein, ab der die Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene greift. So liegen die entsprechenden Schwellenwerte in Schweden und Dänemark mit 25 bzw. 35 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erheblich niedriger als in Deutschland. Auf diese Tatsache haben die wissenschaftlichen Mitglieder zu Recht hingewiesen. Jedoch die Arbeitnehmerzahl allein kann kein Kriterium für die Mitsprache im Unternehmen sein. Denn in der heutigen wissensbasierten und technologisierten Arbeitswelt erwirtschaften immer weniger Menschen eine immer größere Wertschöpfung. Daher bietet sich eine Lösung an, bei der sowohl die Schwellenwerte herabgesetzt werden, als auch eine Kombination von drei Kriterien für die Geltung der Mitbestimmung angewandt wird, die bei der Größendefinition der Unternehmen im Handelsgesetzbuch üblich ist: Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Bilanzsumme und Jahresumsatz. Ob darüber hinaus neuere Kriterien aus der internationalen Rechnungslegung aufgenommen werden sollten, bedürfte der Diskussion.

Der DGB hat bereits im Jahr 1982 entsprechende Vorschläge zu einer Weiterentwicklung des Mitbestimmungsgesetzes vorgelegt, wonach das bisherige Kriterium einer Mindestzahl von 2.000 Arbeitnehmern durch die drei folgenden Merkmale ersetzt werden sollte (Werte in Euro umgerechnet):

- das Unternehmen hat mindestens 1.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
- die Bilanzsumme beträgt mindestens 35 Mio. Euro
- der Jahresumsatz erreicht mindestens 75 Mio. Euro

Das Mitbestimmungsgesetz sollte nach diesem Vorschlag dann greifen, wenn wenigstens zwei der Kriterien erfüllt sind. Der damalige Vorschlag ist unseres Er-

achtens eine geeignete Diskussionsgrundlage für die Gestaltung von Mitbestimmungskriterien, obwohl gemessen an skandinavischen Beispielen die hier referierten Werte noch immer deutlich zu hoch anmuten.

Stärkung der Funktion des Arbeitsdirektors

Der stetige Anstieg der Wissensarbeit im Unternehmen erfordert motivierte, innovative und einsatzfreudige Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen. Die Funktion des Arbeitsdirektors mit dem Funktionsbereich „Personalwesen“ ist deshalb zu stärken. Eine enge Bindung zwischen dem Arbeitsdirektor und den Beschäftigten sowie deren Interessenvertretungen ist erforderlich, um dem Bedeutungszuwachs der Wissensarbeit gerecht zu werden und damit das Unternehmen erfolgreich zu führen.

Die Gewerkschaften schlagen deshalb vor, Regelungen zu treffen, dass der Arbeitsdirektor nicht gegen den Willen der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat bestellt werden kann.

Fragen der inneren Ordnung des Aufsichtsrats

In Fragen der inneren Ordnung sollte die zusätzliche Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden bei Beschlüssen zu Verfahrensfragen, bei denen Anteilseignerinteressen nicht betroffen sind, abgeschafft werden. Neben der Störung der Kooperation ist dies auch unvereinbar mit der gleichzeitigen individuellen Verantwortung und Haftung aller Aufsichtsratsmitglieder.

Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder

§ 87 AktG regelt die Rechtsgrundlagen für Vorstandsgehälter und gibt „ein angemessenes Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft“. Die Vorstandsgehälter sind in den vergangenen Jahren kräftig gestiegen. Besonders drastisch sind die Steigerungsraten der Gehälter der Vorstände der DAX 30-Unternehmen: Sie haben sich zwischen den Jahren 1998 und 2004 verdoppelt⁶⁴. Diese Entwicklung zeigt, dass ein Kriterium der sozialen und gesellschaftlichen Verantwortung unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortung gegenüber den Beschäftigten fehlt und sinnvoller Weise ergänzt werden sollte.

⁶⁴ Vgl. BöcklerImpuls 17/2005, S. 3.

V. Ausblick

Die Vertreter der Arbeitnehmer in der Kommission teilen die Ansicht der wissenschaftlichen Mitglieder, dass die Mitbestimmung durch wesentliche zukünftige Entwicklungen stärker gefordert wird. Genannt werden die Veränderungen der Altersstruktur der Bevölkerung und der Belegschaften, der Übergang von der klassischen Industrie zur wissensbasierten Produktion, die fortschreitende Integration des europäischen Marktes und der Weltwirtschaft, die stärkeren Anforderungen an ökologischer Produktion und umweltverträglichem Konsum sowie die Entwicklung der Kapital- und Finanzmärkte.

Wir sehen darüber hinaus auch besondere Veränderungen im Dienstleistungssektor, die für die Weiterentwicklung der Mitbestimmung wichtig sind. Neben stärkerer Wissensbasierung auf der einen Seite ist in diesem Sektor ein Trend zur massiven Standardisierung und Automatisierung von Verfahren und Abläufen zu verzeichnen. Diese führen zum Wegfall gering qualifizierter Arbeitsplätze und zur Industrialisierung von Arbeit. Hier ist die Mitbestimmung gefordert, Schutzfunktionen wahrzunehmen und Übergänge sowohl sozialverträglich als auch innovativ mitzugestalten.

Weiterhin kommt der europäischen Ebene eine zentrale Bedeutung für die Beteiligung der Arbeitnehmer/innen und Gewerkschaften zu. Im Mittelpunkt sollte dabei die stärkere Konturierung eines europäischen Sozialmodells stehen, in dem neben grundlegenden Sozialstandards auch die Beteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zählt und zu einem Wesensmerkmal europäischer Gesellschaften geworden ist.

Die Vertreter der Arbeitnehmer in der Kommission halten es für notwendig, die deutsche Unternehmensmitbestimmung weiterzuentwickeln, wenn sich ihre Rahmenbedingungen wesentlich verändert haben. Wir begrüßen, dass die wissenschaftlichen Mitglieder zu wichtigen Punkten der Mitbestimmung Vorschläge unterbreitet haben. Sollten Bundesregierung und Gesetzgeber nach Abschluss der Kommissionsarbeiten gesetzliche Veränderungen anstreben, so ist es aus unserer Sicht wesentlich, diese an den grundlegenden Bewertungen zu orientieren, die die wissenschaftlichen Mitglieder in ihrem Bericht (A. Kapitel 1 Teil 2: Grundlagen) formuliert haben.

Die Arbeitnehmervvertreter in der Kommission sind dafür offen, die Unternehmensmitbestimmung unter bestimmten Voraussetzungen an die Erfordernisse einzelner Unternehmen anzupassen. Die wissenschaftlichen Mitglieder schlagen hierzu gesetzliche Öffnungen für Verhandlungslösungen vor. Wir verschließen uns nicht gegenüber diesen Vorschlägen. Gleichwohl warnen wir vor einer Überbewertung von Verhandlungslösungen im Rahmen des dispositiven Rechts und einer Abwertung des zwingenden Rechts in Form der vorhandenen verbindlichen Gesetze. Daher wenden wir uns gegen Tendenzen im Bericht, den Gesetzgeber in eine marginale Rolle abzudrängen.

Wir sehen es beim Thema Flexibilität als wesentlich an, und mit wachsender Zahl und Bedeutung der Verhandlungsgegenstände um so mehr, dass die Arbeitnehmerseite durch starke und durchsetzungsfähige Verhandlungspartner repräsentiert ist. Dies ist allein schon deswegen notwendig, um zu vermeiden, dass insbesondere betriebliche Verhandlungspartner auf Seiten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in schwierigen Unternehmenssituationen unter Druck geraten und zur Aufgabe von Mitbestimmungsrechten gezwungen werden könnten. Die Verhandlungsergebnisse sollten in Form eines Tarifvertrags vereinbart werden.

Sollten sich Bundesregierung und Gesetzgeber zur Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung entschließen, so ist der Deutsche Gewerkschaftsbund bereit, daran mitzuwirken. Die Gewerkschaften sehen einen vordringlichen Änderungsbedarf bei der Vereinfachung des Wahlverfahrens, bei der Verankerung des passiven Wahlrechts ausländischer Beschäftigter eines Konzerns im deutschen Gesetz, bei gesetzlichen Vorgaben für die Ausgestaltung von Katalogen zustimmungsbedürftiger Geschäfte, bei der Beseitigung von Widersprüchen und Unschärfen in den jetzigen Gesetzen und bei der Regelung von Vorstandsgewehrgütungen im Einklang mit den Prinzipien einer sozialen Marktwirtschaft.

Michael Sommer

Vorsitzender des DGB

Jürgen Peters

Erster Vorsitzender der IG Metall

Günter Reppien

GBR-Vorsitzender RWE Power AG

C. Anhang

Anhang 1: Mitgliederliste der Expertenkreise

Mitgliederliste des Expertenkreises unter Leitung von Prof. Dr. Streeck

Prof. Dr. Dr. h. c. Theodor Baums

Universität Frankfurt am Main, Fachbereich Rechtswissenschaft, Institut für Bankrecht

Prof. Dr. Bernd Frick

Universität Witten/Herdecke, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Reinhard-Mohn-Lehrstuhl für Unternehmensführung

Dr. Martin Höpner

Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung

Lothar Kamp

Hans-Böckler-Stiftung, Leiter der Abteilung Mitbestimmungsförderung

Dr. Hans-Peter Klös

Institut der deutschen Wirtschaft, Leiter des Wissenschaftsbereichs I, Bildungs- und Arbeitsmarktpolitik

Dr. Norbert Kluge

Europäisches Gewerkschaftsinstitut, Abteilung Forschung

Dr. Roland Köstler

Hans-Böckler-Stiftung, Leiter des Referats Wirtschaftsrecht

Alexandra Krieger

Hans-Böckler-Stiftung, Leiterin des Referats Wirtschaft I

Dr. Horst-Udo Niedenhoff

Institut der deutschen Wirtschaft

Prof. Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker

Freie Universität Berlin, Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht

Dr. Kurt-Christian Scheel

Bundesverband der Deutschen Industrie, Leiter der Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung

Dr. Oliver Stettes

Institut der deutschen Wirtschaft, Industrielle Beziehungen, Personalökonomie

Rainald Thannisch

DBG-Bundesvorstand, Abteilung Mitbestimmung und Rechtspolitik

Dr. Hans-Jürgen Urban

IG-Metall, Funktionsbereichsleiter Gesellschaftspolitik

Roland Wolf

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Geschäftsführer, Leiter der Abteilung Arbeitsrecht

Mitglieder des Expertenkreises unter Leitung von Prof. Dr. Wißmann

Klaus Bräunig

Bundesverband der Deutschen Industrie, Mitglied der Hauptgeschäftsführung und Beauftragter für Mittelstandsfragen

Prof. Dr. Martin Hensler

Universität zu Köln, Geschäftsführender Direktor, Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Lothar Kamp

Hans-Böckler-Stiftung, Leiter der Abteilung Mitbestimmungsförderung

Dr. Roland Köstler

Hans-Böckler-Stiftung, Leiter des Referats Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät

Marie Seyboth

DGB-Bundesvorstand, Leiterin der Abteilung Mitbestimmung und Rechtspolitik

Roland Wolf

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Geschäftsführer, Leiter der Abteilung Arbeitsrecht

Anhang 2: Gesetzliche Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung nach 1970

- Mit dem Gesetz über die befristete Fortgeltung der Mitbestimmung in bisher den Mitbestimmungsgesetzen unterliegenden Unternehmen vom 29. November 1971 (**Mitbestimmungsfortgeltungsgesetz**)⁶⁵ erfolgte eine bis Ende 1975 befristete Veränderungssperre für alle montanmitbestimmten Unternehmen.
- Die **Neufassung des Betriebsverfassungsgesetzes** im Jahr 1972⁶⁶ stärkte die betriebliche Mitbestimmung, klammerte jedoch die Unternehmensmitbestimmung aus, da die entsprechenden Gesetzespassagen des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 weiterhin fort galten.
- Mit dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (**Mitbestimmungsgesetz**)⁶⁷ wurde die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats auch außerhalb der Montan-Wirtschaft eingeführt.
- Das Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 27. Mai 1981 (**Montan-Mitbestimmungsänderungsgesetz**)⁶⁸ verlängerte die Anwendung der Montan-Mitbestimmung um 6 Jahre nach Wegfall der gesetzlichen Anwendungsvoraussetzungen. Zudem wurde das bisher bestehende Entsendungsrecht der Gewerkschaften beseitigt. Die Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsräten müssen sich nun in gleicher Weise wie die übrigen Arbeitnehmervertreter durch Betriebsräte (Montan-Mitbestimmungsgesetz) bzw. durch Arbeitnehmer/Delegierte (Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz) wählen lassen.
- **Mit dem Gesetz zur Verlängerung der Auslaufzeiten in der Montanmitbestimmung** vom 23. Juli 1987⁶⁹ erfolgte eine Verlängerung aller Auslauffristen nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz, die vor dem 31. Dezember 1988 auslaufen würden auf den Ablauf dieses Tages.
- Mit dem **Gesetz** zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur **Sicherung der Montan-Mitbestimmung** vom 10. Dezember 1988⁷⁰ wurde vorgeschrieben, dass montanmitbestimmte Konzernobergesellschaften die Montan-Mitbestimmung auch nach dem Wegfall der gesetzlichen Anwendungsvoraus-

⁶⁵ BGBI. I. S. 1857.

⁶⁶ BGBI. I. S. 13.

⁶⁷ BGBI. I. S. 1153.

⁶⁸ BGBI. I. S. 441.

⁶⁹ BGBI. I. S. 1676.

⁷⁰ BGBI. I. S. 2312.

setzungen beibehalten müssen, solange der Wertschöpfungsanteil der Montantöchter mindestens 20 Prozent beträgt oder diese Unternehmen zusammen mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen.

- Mit dem **Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiengesetzes** vom 2. August 1994⁷¹ wurden Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Beschäftigten, die neu gegründet oder aus anderen Rechtsformen umgewandelt werden, von der Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat freigestellt. Damit wurde die kleine Aktiengesellschaft der GmbH gleicher Größe (Maßstab ist Beschäftigtenzahl) gleich gestellt.
- Das Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und bei der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft betreffen vom 23. August 1994 (**Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz**),⁷² enthält die mitbestimmungsrechtliche Flankierung der steuerlichen EG-Fusions-Richtlinie. Bestimmte grenzüberschreitende Vorgänge (Betriebsveräußerungen und Anteilsaustausch) wurden von bis dahin bestehenden steuerlichen Belastungen befreit. Wegen der Gefahr, dass durch diese grenzüberschreitenden Unternehmensbewegungen die bundesdeutsche Mitbestimmung verloren geht (Absenkung der Arbeitnehmerzahl), sieht das Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vor, dass in diesen Fällen die Vorgänge für die weitere Anwendbarkeit des Mitbestimmungsstatus außer Betracht bleiben (mitbestimmungsrechtliche Fiktion). Wollen Unternehmen diese mitbestimmungsrechtliche Konsequenz nicht tragen, so müssen sie stattdessen auf die steuerliche Erleichterung verzichten.
- Mit dem **Umwandlungsgesetz** vom 28. Oktober 1994⁷³ wurden Umwandlungen; Verschmelzungen und Spaltungen von Unternehmen vereinfacht. Das Gesetz enthält zwar keine Sicherungsklausel, es stellt aber klar, dass der Aufsichtsrat durch den Formwechsel nicht untergeht.
- Mit dem **Gesetz über Europäische Betriebsräte** vom 28. Oktober 1996⁷⁴ wurde die Voraussetzung geschaffen, dass in größeren gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen und Unternehmensgruppen das Recht der Beschäftigten auf Unterrichtung und Anhörung über nationale Grenzen hinweg gewährleistet bzw. verbessert wird.
- Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (**KonTraG**)⁷⁵ zielt auf eine bessere Kontrolle der Unternehmensvorstände ab. Wirtschaftsprüfer werden vom Aufsichtsrat und nicht mehr vom Vorstand beauftragt. Der Bericht ist allen Aufsichtsratsmitgliedern auszuhändigen. Eine ursprünglich geplante Verringerung der Aufsichtsratsgröße

⁷¹ BGBI. I. S. 1961.

⁷² BGBI. I. S. 2228.

⁷³ BGBI. I. S. 3210.

⁷⁴ BGBI. I. S. 1548, 2022.

⁷⁵ BGBI. I. S. 786.

auf 12 Mitglieder ist nach Protesten der Gewerkschaften nicht Gesetzesinhalt geworden.

- Mit dem Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001 (**Betriebsverfassungsreformgesetz**)⁷⁶ wurde u.a. das Gruppenprinzip (Trennung zwischen Arbeitern und Angestellten) aufgehoben. Diese Änderung wurde in den Mitbestimmungsgesetzen nachvollzogen. Die Änderungen haben auch unmittelbare Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung, da betriebsverfassungsrechtliche Grundstrukturen wie z.B. Betriebsbegriff und Arbeitnehmerbegriff auch dort gelten.
- Das **Wertpapier und Übernahmegesetz** vom 20. Dezember 2001⁷⁷ regelt das Verfahren bei der Übernahme einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Sitz in Deutschland. Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft wurden verpflichtet, im Interesse der Zielgesellschaft zu handeln, zudem wurden sie in Bezug auf das Übernahmeangebot einer Neutralitätspflicht unterworfen. Informationsvorschriften stellen sicher, dass die Arbeitnehmer von Beginn an in den Entscheidungsprozess einbezogen werden.
- Durch das am 27. März 2002 in Kraft getretene **Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat**⁷⁸ wurde das Verfahren über die Wahl der Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz modernisiert und gestrafft. Das Gesetz war Grundlage für die Neufassung der drei Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, durch die eine Vereinfachung der Wahlverfahren erzielt werden konnte. Die Änderungen gehen zurück auf eine vom damaligen Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung eingerichtete Expertenkommission, die sich überwiegend aus Praktikern und Verbandsvertretern zusammensetzte.
- Mit dem **Transparenz- und Publizitätsgesetz** vom 19. Juli 2002 (TransPuG)⁷⁹ werden dem Aufsichtsrat weitere Kontrollmöglichkeiten aber auch Kontrollpflichten auferlegt. Das Gesetz geht auf Empfehlungen der im Mai 2000 eingesetzten Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle - Modernisierung des Aktienrechts zurück.
- Das **Zweite Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat** vom 24. Mai 2004⁸⁰ setzte zusammen mit der entsprechenden Wahlordnung die Anpassung insbesondere der Wahlverfahren an die veränderten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fort. Das in Artikel 1 des Gesetzes enthaltene **Drittelbeteiligungsgesetz** ersetzte das Betriebsverfassungsgesetz von 1952. Die Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz

⁷⁶ BGBI. I. S. 1852.

⁷⁷ BGBI. I. S. 3822.

⁷⁸ BGBI. I. S. 1130.

⁷⁹ BGBI. I. S. 2681.

⁸⁰ BGBI. I. S. 974.

löste die Wahlordnung von 1953 ab. Das Wahlverfahren wurde gestrafft und in Anlehnung an die im Mitbestimmungsgesetz und dessen Wahlordnungen geregelten Verfahrensvorschriften neu gefasst. Die in Artikel 2 des Gesetzes vorgenommenen Änderungen im **Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz** dienen dem gleichen Zweck. Darüber hinaus wurde der Geltungsbereich des Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetzes entsprechend den Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 1999 neu geregelt. In Anlehnung an die Vorschrift über das Verhältnis der Umsätze der Konzernunternehmen wurde bei der Voraussetzung einer bestimmten Arbeitnehmerzahl nicht mehr auf die absolute Zahl von 2000 Arbeitnehmern, sondern auf ein proportionales Verhältnis abgestellt. Dadurch konnte der vom Bundesverfassungsgericht geforderte Montan-Bezug hergestellt werden.

- Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004 (**SE-Einführungsgesetz**)⁸¹ eröffnete mit der neuen Rechtsform der Europäischen Gesellschaft für Kapitalgesellschaften eine Alternative zu den jeweiligen nationalen Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten.
- Mit dem **Zweiten Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze** vom 8. Juni 2005⁸² wurden die erforderlichen Stützunterschriften für Wahlvorschläge zur Wahl der Delegierten bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat von einem Zehntel oder 100 auf ein Zwanzigstel oder 50 abgesenkt. Damit reagierte der Gesetzgeber auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 2004, der die bisherige Regelung für unvereinbar mit Artikel 3 Abs. 1 GG erklärte.
- Mit dem **Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCE) und zur Änderung des Genossenschaftsrechts** vom 14. August 2006⁸³ wurde den Unternehmen neben der Europäischen Gesellschaft eine weitere europäische Rechtsform zur Verfügung gestellt, die die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen und Genossenschaften in der EU erleichtern soll.

⁸¹ BGBl. I. S. 3675.

⁸² BGBl. I. S. 1530.

⁸³ BGBl. I. S. 1911.

Anhang 3: Berücksichtigte Literatur zu A. Kapitel 2 Teil 1

- Albach, Horst; Corte, Christiane; Friedwald, Rolf; Lutter, Marcus; Richter, Wolf (1988): *Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell*. Gütersloh: Verlag Bertelsmann-Stiftung.
- AmCham Germany/Boston Consulting Group (2003): *AmCham Business Questionnaire 2003*. Boston Consulting Group Deutschland.
- Baums, Theodor; Frick, Bernd (1999): *The Market Value of the Codetermined Firm*. In: Margaret M. Blair, Mark J. Roe (Hg.): *Employees and Corporate Governance*. Washington: Brookings Institution Press, 194-205.
- Benelli, Giuseppe; Loderer, Claudio; Lys, Thomas (1987): *Labor Participation in Corporate Policy-Making Decisions: West-Germany's Experience with Codetermination*. In: *Journal of Business* 60, 4, 553-575.
- Binz, Mark (1988): *Die GmbH & Co Kommanditgesellschaft auf Aktien*. In: *Betriebs-Berater* 43, 2041ff.
- Cooke, William M. (1997): *The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad*. In: *Industrial and Labor Relations Review* 51, 1, 3-17.
- Cooke, William M.; Noble, Deborah S. (1998): *Industrial Relations Systems and US Foreign Direct Investment Abroad*. In: *British Journal of Industrial Relations* 36, 4, 581-609.
- Dilger, Alexander (2003): *Economic Effects of Co-Determination*. In: Walther Müller-Jentsch, Hansjörg Weitbrecht (Hg.), *The Changing Contours of German Industrial Relations*. München und Mering: Hampp, 119-136.
- Ernst & Young (2004): *Kennzeichen D: Standort-Analyse 2004. Attraktivität Deutschlands als Investitionsstandort*. EY Niederlassung Ruhrgebiet.
- FitzRoy, Felix; Kraft, Kornelius (1993): *Economic Effects of Codetermination*. In: *Scandinavian Journal of Economics* 95, 3, 365-375.
- FitzRoy, Felix; Kraft, Kornelius (2005): *Co-Determination, Efficiency, and Productivity*. In: *British Journal of Industrial Relations* 43, 2, 233-247.
- Frick, Bernd (2005): *Kontrolle und Performance der mitbestimmten Unternehmung. Rechtsökonomische Überlegungen und empirische Befunde*. In: Paul Windolf (Hg.), *Finanzmarktkapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen*. Sonderheft 45/2005 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. Wiesbaden: VS-Verlag, 418-440.
- Frick, Bernd; Lehmann, Erik (2005): *Corporate Governance in Germany: Ownership, Codetermination, and Firm Performance in a Stakeholder Economy*. In: Howard Gospel, Andrew Pendleton (Hg.), *Corporate Governance and Labour Management. An International Comparison*. Oxford/New York: Oxford University Press, 122-147.

- Glaum, Martin (1998): Kapitalmarktorientierung deutscher Unternehmen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchung. Industriestudie im Auftrag von Coopers & Lybrand Deutschland. Frankfurt a.M.: Fachverlag Moderne Wirtschaft.
- Gorton, Gary; Schmid, Frank A. (2004): Capital, Labor, and the Firm: A Study of German Codetermination. In: *Journal of the European Economic Association* 2, 5, 863-905.
- Gurdon, Michael; Rai, Anoop (1990): Codetermination and Enterprise Performance: Empirical Evidence from West Germany. In: *Journal of Economics and Business* 42, 4, 289-302.
- Hopt, Klaus (2005): Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen. In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 22, 11, 461-474.
- Jirjahn, Uwe (2005): Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Überblick über den Stand der Forschung und Perspektiven für zukünftige Studien. Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung. Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.
- Junkes, Joachim; Sadowski, Dieter (1999): Mitbestimmung im Aufsichtsrat: Steigerung der Effizienz oder Ausdünnung von Verfügungsrechten? In: Bernd Frick, Norbert Kluge, Wolfgang Streeck (Hg.): *Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung. Expertenberichte für die Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung.* Frankfurt a.M./New York: Campus, 53-88.
- Jürgens, Ulrich; Lippert, Inge (2005): Voraussetzungen und Kriterien guter Aufsichtsratsarbeit aus der Perspektive leitender Angestellter. Studie in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA). Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin.
- Korn/Ferry International (2003): Aufsichtsratsstudie. Königstein: Korn/Ferry International.
- Kraft, Kornelius; Stank, Jörg (2004): Die Auswirkungen der gesetzlichen Mitbestimmung auf die Innovationsaktivität deutscher Unternehmen. In: *Schmollers Jahrbuch* 124, 421-449.
- Krause, Rüdiger (2003): Sarbanes-Oxley Act und deutsche Mitbestimmung. In: *Wertpapier-Mitteilungen* 57, 16, 762-771.
- Kübler, Friedrich (1981): Unternehmensstruktur und Kapitalmarktfunktion – Überlegungen zur Krise der Aktiengesellschaft. In: *Die Aktiengesellschaft* 26, 1, 5ff.
- Kübler, Friedrich (1994): Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung. In: *Die Aktiengesellschaft* 39, 4, 141-148.
- Kübler, Friedrich (1999): Aufsichtsratsmitbestimmung im Gegenwind der Globalisierung. In: Friedrich Kübler, Joachim Scherer, Joachim Treeck (Hg.), *The International Lawyer. Freundesgabe für Wulf H. Döser.* Baden-Baden: Nomos, 237ff.

- Manager Magazin/Watt Deutschland (2004): Perspektive Mittelstand. Die deutsche Wirtschaft im Umbruch. Unternehmensbefragung. Hamburg/Frankfurt a.M.: Manager-Magazin und Watt.
- Martens, Bernd; Michailow, Matthias (2003): Konvergenzen und Divergenzen zwischen dem ost- und westdeutschen Management – Ergebnisse einer Befragung von Leitern mittelständischer Industrieunternehmen in Ost- und Westdeutschland. SFB 580-Mitteilungen, Heft 10, 13-56.
- McKinsey (2000): Investor Opinion Survey. June 2000. London: McKinsey & Company.
- McKinsey (2002): Global Investor Opinion Survey: Key Findings. July 2002. London: McKinsey & Company.
- Mülbert, Peter (1997): Shareholder Value aus rechtlicher Sicht. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 26, 1, 129-172.
- Papendick, Ulric (2005): Unmut an der Basis. In: Manager-Magazin 35, 1, 94-95.
- Pull, Kerstin (2005): Standortfaktor Arbeitsrecht: Die Bewertung durch ausländische Investoren. In: Wirtschaftsdienst 85, 10, 638-645.
- Raabe, Nico (2004): Die Zukunft der Mitbestimmung. Eine qualitative Studie zur Praxis der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Diplomarbeit. Berlin: Humboldt-Universität.
- Raabe, Nico (2005): Aus dem Aufsichtsratsalltag. In: Die Mitbestimmung 52, 7, 38-42.
- Roe, Mark J. (1999): Codetermination and German Securities Markets. In: Margaret M. Blair, Mark J. Roe (Hg.): Employees and Corporate Governance. Washington: Brookings Institution Press, 194-205.
- Roland Berger Strategy Consultants (2003): Restrukturierung in Deutschland: Studie von Roland Berger Strategy Consultants. Pressemitteilung vom 22.12.2003.
- Sadowski, Dieter (2002): Personalökonomie und Arbeitspolitik. Stuttgart: Schäffer-Poeschel.
- Schäfer, Albrecht (2004): Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat. In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 33, 3-4, 416-431.
- Schiessl, Maximilian (2002): Deutsche Corporate Governance post Enron. In: Die Aktiengesellschaft 47, 11, 593-604.
- Schiessl, Maximilian (2003): Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 167, 2-3, 235-256.
- Schmid, Frank A.; Seger, Frank (1998): Arbeitnehmermitbestimmung, Allokation von Entscheidungsrechten und Shareholder Value. In: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 68, 5, 453-473.

- Traxler, Franz; Woitech, Birgit (2000): Transnational Investment and National Labour Market Regimes: A Case of “Regime Shopping”?. In: *European Journal of Industrial Relations* 6, 2, 141-159.
- Vitols, Sigurt (2001): Unternehmensführung und Arbeitsbeziehungen in deutschen Tochtergesellschaften großer ausländischer Unternehmen. Studie des Forums Mitbestimmung im Auftrag der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung.
- Werner, Jörg-Richard; Zimmermann, Jochen (2005): Unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland: Eine empirische Analyse der Auswirkungen von Gewerkschaftsmacht in Aufsichtsräten. In: *Industrielle Beziehungen* 12, 3, 339-354.
- Zöllner, Wolfgang (2003): Unternehmensinnenrecht – Gibt es das? In: *Die Aktiengesellschaft* 48, 1, 2-12.

Anhang 4: Übersicht Europa

	Keine gesetzliche Regelung	Gesetzliche Regelung für		Anzahl der Arbeitnehmer-Vertreter in den Unternehmensorganen (Schwellenwert)	Wahl / Entsendung durch	Unternehmensstruktur (AG)
		Staatsunternehmen	private Unternehmen			
Belgien	X ¹					M
Dänemark		X	X	$\frac{1}{3}$ (> 35 AN), mind. 2 Mitglieder ²	AN	D
Deutschland		X	X	$\frac{1}{3}$ (>500 AN) $\frac{1}{2}$ (>2000 AN) $\frac{1}{2}$ (>1000 AN bei Montan)	AN ³ AN/DE ⁴ AE ⁵	D
Estland	X					D
Finnland		X	X	max. 4 Mitglieder (>150 AN) ⁶	AN	M oder D
Frankreich		X		2 – 3 Mitglieder, max. $\frac{1}{3}$	AN	M oder D
Griechenland		X		2 – 3 Mitglieder	AN	M
Irland		X		$\frac{1}{3}$	AN ⁷	M
Italien	X ⁸					M oder D
Lettland	X					D
Litauen	X					M oder D
Luxemburg		X	X	$\frac{1}{3}$ (>1000 AN)	BR ⁹	M
Malta		X		1 Mitglied	AN ¹⁰	M
Niederlande		X	X	max. $\frac{1}{3}$ ¹¹	AE	D
Österreich		X	X	$\frac{1}{3}$ (>300 AN) ¹²	BR	D
Polen		X ¹³		2-5 Mitglieder, max. $\frac{2}{5}$	AN ¹⁴	D
Portugal		X ¹⁵		1 Mitglied	AN	M
Schweden		X	X	2 Mitglieder (>25 AN) 3 Mitglieder (>1000 AN)	GW	M
Slowakische Republik		X	X	$\frac{1}{3}$ (>50AN) $\frac{1}{2}$ in Staatsunternehmen	AN ¹⁶	D
Slowenien		X	X	$\frac{1}{3}$ $\frac{1}{2}$ sofern in Satzung vorgesehen ¹⁷	BR	D
Spanien		X		2 Mitglieder	GW	M
Tschechische Republik		X	X	$\frac{1}{3}$ (>50 AN)	AN	D
Ungarn		X	X	$\frac{1}{3}$ (>200 AN)	BR ¹⁸	D
Vereinigtes Königreich	X					M
Zypern	X					M

	Anmerkungen
Belgien	¹ Außer Staatl. Bahngesellschaft: Arbeitnehmervertreter besetzen drei von 23 Sitzen im Verwaltungsrat
Dänemark	² Nach Vorabstimmung der AN
Deutschland	³ Nominierung durch BR und AN ⁴ 2-3 Gewerkschaftssitze ⁵ Nominierung durch BR und GW
Estland	
Finnland	⁶ AN wählen nach Statusgruppen
Frankreich	
Griechenland	
Irland	⁷ Nominierung durch GW
Italien	⁸ Außer Alitalia
Lettland	
Litauen	
Luxemburg	⁹ Gewerkschaftssitze in Eisen und Stahlindustrie
Malta	¹⁰ Nominierung durch GW
Niederlande	¹¹ Betriebsräte haben gesetzliches Recht, Personalvorschläge für ein Drittel des Aufsichtsrats zu machen. Aufsichtsratsmitglieder dürfen nicht Beschäftigte des Unternehmens und können deshalb auch nicht Betriebsräte sein. Der Aufsichtsrat insgesamt ist als unabhängiges und Sachverständiges Aufsichtsgremium konzipiert und besteht deshalb überwiegend aus Experten aus der akademischen oder öffentlich-politischen Welt.
Österreich	¹² Bei Aktiengesellschaften kein Schwellenwert, soweit BR eingerichtet ist
Polen	¹³ In privatisierten Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten Recht auf Entsendung eines Mitgliedes in den Vorstand ¹⁴ Nominierung durch AN und GW
Portugal	¹⁵ In der Praxis nicht implementiert
Schweden	
Slowakische Republik	¹⁶ In Staatsunternehmen ein Mitglied direkt durch GW nominiert
Slowenien	¹⁷ Ab 500 AN ein Mitglied im Vorstand
Spanien	
Tschechische Republik	
Ungarn	¹⁸ Meinung der GW ist einzuholen
Vereinigtes Königreich	
Zypern	

Legende:

- AE = Anteilseignerversammlung
- AN = Arbeitnehmer (des Unternehmens)
- BR = Betriebsrat
- D = dualistisches Modell (Vorstand und Aufsichtsrat)
- DE = Delegiertenversammlung
- GW = Gewerkschaft
- M = monistisches Modell

Anhang 5: Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen / kombiniert ausländischen Rechtsformen

I. Deutsche Gesellschaften mit ausländischer Kapitalgesellschaft als Gesellschafter (+Co.KG/+Co.OHG)

Deutsche Gesellschaften mit ausländischem Gesellschafter	Rechtsform*	Adresse	Mitarbeiterzahl (Jahr, sofern veröffentlicht)	Sonstiges
Müller	Ltd. & Co.KG	Dresden	16500	
United Parcel Service	Inc. & Co.OHG	Neuss	14000 (2004)	
Dachser GmbH & Co. KG	GmbH (Österreich) & Co. KG	Oberwang-Kempten / Allgäu	7500 (2005)	
K & K Klaas & Kock B.V. & Co. KG	B.V. & Co. KG	Gronau (Westf.)	6500 (2003)	170 Lebensmittel-Verbrauchermärkte in NRW und Niedersachsen
Prinovis	Ltd. & Co. KG	Hamburg	4300 Gruppenbeschäftigte (2004)	Zusammenschluss aller deutschen Tiefdruckaktivitäten der Medienhäuser Gruner + Jahr, Axel Springer und arvato Bertelsmann; Gründung 17.03.05
Kühne & Nagel AG & Co. KG	S.A. (Luxemb.) & Co. KG	Bremen	ca. 2900 (2005)	
Air Berlin Plc & Co. KG	Plc & Co. KG	-	Ca. 2300 (2004)	erst seit Anfang 2006 Plc als persönlich haftender Gesellschafter der KG
Sykes Enterprises Support Services B.V. & Co. KG	B.V. & Co. KG	Schortens	mehr als 2000	KG Kommanditisten: 51 % Sykes Enterprises Inc. (Florida); 49 % Sykes Enterprises GmbH
AMD Saxony	LLC. & Co. KG	Dresden	ca. 2000	Eine jüngere Gesellschaft von AMD in Dresden, die AMD Fab 36 LLC & Co. KG hat bisher nur 300 Mitarbeiter (2004), aber plant nach eigenen Angaben ab 2007 1000 Arbeitnehmer zu haben. Neben der LLC hat sie eine GmbH als weiteren Komplementär.
Esprit Retail B.V. & Co. KG	B.V. & Co. KG	Ratingen	1936 (2003)	
Rolls-Royce Deutschland	Ltd. & Co. KG	Dahlewitz	1853	
(QVC eDistribution Inc. & Co.KG)	Inc. & Co.KG	Düsseldorf	ca. 489 (2004)	Inc. nach Recht des Staates Delaware

II. Ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland

Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz in Deutschland, die die Schwellenwerte für die Arbeitnehmerbeteiligung überschreiten, sind nicht bekannt.

III. Ausländische Gesellschaften mit bloßer Niederlassung in Deutschland

Niederlassungen ausländischer Unternehmen ohne Verwaltungssitz in D	Rechtsform*	Adresse	Mitarbeiterzahl (Jahr, sofern veröffentlicht)	Sonstiges
Deere & Company Moline, Illinois, USA	Company Niederlassungen	Mannheim Zweibrücken Bruchsal	2600 ca. 860 ca. 460	Genannt sind die drei größten John Deere Werke in Deutschland
McKinsey & Company Inc. New York, USA	Inc. Niederlassung	Düsseldorf	1750 (2004)	
Federal Express Europe Inc. Memphis, Tennessee, USA	Inc. Niederlassung	Kelsterbach	1300 (2005)	
American Express International Inc. Niederlassung D New York, USA	Inc. (nach Recht von Delaware) Niederlassung	Frankfurt a.M.	1200 (2004)	
Carlson Wagonlit Travel CWT Beheermatschappij B.V. Deutschland Minneapolis, USA; Paris, Frankreich	B.V. Niederlassung der CWT Beheermaatschappij B.V.	Eschborn	598 (2004)	
Cortal Consors S.A. Rueil Malmaison, Frankreich	S.A. Niederlassung	Nürnberg	564	Gründung 1998; Form wechselnde Umwandlung in Zweigniederlassung 2003
Mitsubishi Electric Europe B.V.) Tokyo	B.V. Niederlassung	Ratingen	446 (31.03.2005)	Bis 1996 GmbH, dann Gründung gesamteurop. B.V. und in D eine Niederlassung

* Abkürzungen der Rechtsformen:

B.V.= Besloten Vennootschap, Kapitalgesellschaft niederländischen Rechts, ähnlich der GmbH

GmbH / Ges.mbH = Gesellschaft mit beschränkter Haftung österreichischen Rechts

Inc. = Incorporated Company, US-amerikanische Rechtsform

LLC = Limited Liability Company, US-amerikanische Rechtsform

Ltd. / LTD = Private Limited Company, britische Rechtsform, ähnlich der GmbH (wegen günstiger Gründungsformalitäten auch "Billig-GmbH" genannt)

PLC = Public Limited Company, britische Rechtsform, ähnlich der Aktiengesellschaft

S.A. = Société anonyme, Aktiengesellschaft französischen/luxemburgischen Rechts

Quelle: Sebastian Sick, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, Januar 2006

