

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung



Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Schriftenreihe Band 1
Herausgegeben von Volker Rieble

ZAAR Verlag München 2004

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2004 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 3-9809380-1-8

Vorwort

Die Unternehmensmitbestimmung steht auf dem Prüfstand – ausgelöst durch zwei Anlässe: Der EuGH betont, die „Freizügigkeit von Unternehmen“ in Europa bedinge, daß diese ihre Heimatrechtsform mitbringen können (Gründungstheorie), was dann womöglich auch für das rechtsformbezogene Mitbestimmungsstatut gilt. Zum anderen fragt die Diskussion um gute Unternehmensführung („*Corporate Governance*“), ob die Mitbestimmung noch zeitgemäß sei. Anlässe sind das eine. Vor allem aber muß sich die Unternehmensmitbestimmung als Kind der 70er Jahre ordnungspolitische Fragen gefallen lassen. Bis heute ist nicht hinreichend klar entschieden, ob mit der Mitbestimmung auch das Konzept der Wirtschaftsdemokratie verfolgt wird oder ob es – moderner – um die verfahrensgemäße Beteiligung der Arbeitnehmer in sie betreffenden Angelegenheiten geht, also um Partizipation wie in der betrieblichen Mitbestimmung. Die Mitbestimmungsordnung ist stark reglementiert, dabei inflexibel und stark inlandsbezogen („Territorialität“). Deswegen muß man wie bei der BetrVG-„Reform“ fragen, ob nicht nach fast 40 Jahren angesichts einer veränderten Unternehmenswelt und gänzlich veränderter Wettbewerbsbedingungen eine Modernisierung angebracht ist. Der Wettbewerb erfaßt heute auch die Rechtsordnungen und damit den deutschen Mitbestimmungsweg. Die Mitbestimmungsordnung der Europäischen Aktiengesellschaft weist in Richtung offener und flexibler Vereinbarungslösungen. Daneben stellt sich die Frage nach Verkleinerung der Gremien und Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit.

Das rechtfertigt eine intensive Forschungsanstrengung. Das Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) wird sich in einem auf längere Zeit angelegten Forschungsprojekt der Unternehmensmitbestimmung annehmen. Seinen Anfang hat dieses Projekt mit dem Ersten ZAAR-Kongreß am 23. Juni 2004 in der Münchner Residenz gemacht. Wir dokumentieren mit diesem Tagungsband die Vorträge und die Diskussion.

Wissenschaft lebt von der Auseinandersetzung. Diese verlangt nach Standpunkten. Für deren Konturierung danke ich besonders den Vortragenden: Aus der Wissenschaft sind das die Professoren Rebhahn und Thüsing, aus der Praxis der Siemens-Finanzvorstand Neubürger und der Vorsitzende der IG BCE Schmoldt. Sie haben das Thema aus allen Blickwinkeln erhellt. Dank gilt aber auch unserem diskussionsfreudigen Publikum.

München, Oktober 2004

Volker Rieble, Direktor des ZAAR

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7

§ 1 Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck

A. Referat Volker Rieble	10
I. Zweck und Rechtfertigung der Mitbestimmung	10
II. Folgerungen aus der Beschränkung auf Partizipation	21
III. Regelungsoptionen	27
B. Diskussion	33

§ 2 Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – ein Sonderweg im Rechtsvergleich

A. Referat Robert Rebhahn	42
I. Einleitung	42
II. Befund	43
III. Zur Erklärung und Bewertung der Unterschiede	68
IV. Zusammenfassung	82
B. Diskussion	86

§ 3 Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung

A. Referat Gregor Thüsing	96
I. Rückenwind und Gegenwind bei der unternehmerischen Mitbestimmung ...	96
II. Europäische Begrenzungen deutscher Mitbestimmung	97
III. Europäische Perspektiven deutscher Mitbestimmung	109
IV. Zusammenfassung in Thesen	112
B. Diskussion	114

§ 4 Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung – Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des Standorts Deutschland

A. Referat Heinz-Joachim Neubürger	124
I. Deutsche Mitbestimmung als Standortnachteil	125
II. Konkreter Reformbedarf des deutschen Mitbestimmungssystems	127
III. Reformansätze	130
IV. Zusammenfassung	132
B. Diskussion	134

§ 5 Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht

A. Referat Hubertus Schmoldt	142
B. Diskussion	150
Abkürzungsverzeichnis	155
Sachregister	158

§ 1 Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Zweck und Rechtfertigung der Mitbestimmung	1
1. Mitbestimmungsfrage – neu gestellt	1
2. Verständniswandel im kollektiven Arbeitsrecht	8
3. Zweckfindung der Mitbestimmung über die Partizipation hinaus?	13
a. Unternehmensmitbestimmung und Demokratisierung	13
b. Ablösung der Privatautonomie durch Sozialautonomie?	22
c. Keine Gemeinwohlfunktion	26
d. Keine Unternehmensnützlichkeit	29
e. Zwischenergebnis	30
II. Folgerungen aus der Beschränkung auf Partizipation	32
1. Unterschiedliche Partizipationsformen	32
a. Weiter und enger Teilhabebegriff	32
b. Vertragsrechtliche Teilhabe	33
c. „Kollektive“ Teilhabe und Ausgleichsfunktion	36
d. Mitbestimmung und „kollektives“ Vertragsprinzip	38
2. Verhältnis zur betrieblichen Mitbestimmung	41
3. Generalklausel oder enumerative Einzelzuständigkeit	44
4. Mitbestimmung und Interessenkollision	47
5. Funktionsfähigkeit der Arbeitgeberseite	48
a. Aufsichtsfunktion des Aufsichtsrates	48
b. Mitbestimmung und Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite	53
6. Mitbestimmung und materielle Partizipation	56
III. Regelungsoptionen	57
1. Modifizierender Erhalt des MitbestG	57
a. Drittelbeteiligung für alle?	57
b. Funktionale Beschränkung der Zuständigkeit?	58
c. Unternehmensbezogene Arbeitnehmerrepräsentation	59
d. Urabstimmung	64
e. „Ausgliederung“ der Arbeitnehmerbank in einen Konsultationsrat	66
f. Professionalisierung	68
2. Überführung der Unternehmensmitbestimmung in die betriebliche Mitbestimmung	69
3. Notwendig: Abschied von der Territorialität und der Rechtsformenabhängigkeit	70
4. Evolution und Differenzierung durch Vereinbarungslösungen	72
5. Ausblick: Wettbewerb statt Besitzstandswahrung	77
B. Diskussion	79

A. Referat Volker Rieble***I. Zweck und Rechtfertigung der Mitbestimmung****1. Mitbestimmungsfrage – neu gestellt**

- 1 Mitbestimmung in Deutschland ist Teil eines tradierten Systems der konfliktbewältigenden Entscheidungsfindung – und „nebenbei“ der Organisation kollektiver Arbeitnehmermacht. Die Konfliktparteien sind aneinander gewöhnt und bescheinigen sich wechselseitig, daß die Mitbestimmung funktioniert und dies gut: Produktivitäts- und Innovationsförderer, Wahrer des sozialen Friedens, Frühwarnsystem, demokratische Ordnung, gar „ökonomische Ressource“ lauten die Attribute. Das hat Tradition: Von Anfang an wurde versucht, der Mitbestimmung durch das Attribut „demokratisch“ ideologische Kritikimmunität zu verschaffen und sie über die stets behauptete und nicht belegte Integrations- und Stabilisierungswirkung der Mitbestimmung auch faktisch unangreifbar zu machen.¹

Das klingt heute noch an, wenn Angriffe auf die Unternehmensmitbestimmung damit pariert werden, daß deren Abschaffung den sozialen Frieden gefährde.²

- 2 In Deutschland ist wissenschaftliche Kritik an der Mitbestimmung seit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 1979 weithin verstummt. Der Druck auf die Mitbestimmung kommt von außen – ausgelöst durch den internationalen Wettbewerb auch der Rechtsordnungen: Deutsche Unternehmen könnten ins Ausland abwandern oder gar durch „Scheinauslandsgesellschaften“ mit Verwaltungssitz im Inland mitbestimmungsfrei unterlaufen werden. Gewerkschaftskritik gibt es daran, daß die Mitbestimmung nicht ausgeweitet wird, etwa auf unternehmerische Entscheidungen über Standorte.³
- 3 Tradition, soziales Arrangement und Selbstzufriedenheit kraft Autosuggestion (wie in einer alten unglücklichen Ehe) sind keine ausreichende Grundlage einer Systembildung für die Mitbestimmung. Die Verantwortung für das System der

* Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU, München

1 Dazu eindrucksvoll *Scheuch*, Der „Demokratieprozeß“ als gesamtgesellschaftliches Phänomen, in: *Utz/Streithofen* (Hg.), Demokratie und Mitbestimmung (1970), S. 75 ff., 76 f., 91.

2 Dazu *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976, 275, 281 ff.; *Rüthers*, Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, 546, 547; *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung bei Veränderung der Unternehmensstruktur (2001), S. 92 f.

3 Über die Frage, weshalb Kritik an der Mitbestimmung in Deutschland selten geworden ist, läßt sich trefflich raisonieren: Ein Grund liegt darin, daß die Befürworter der Mitbestimmung die Diskussion an sich gezogen haben – insbesondere durch das „Forum Mitbestimmung“ als Gemeinschaftsveranstaltung von Böckler- und Bertelsmannstiftung. Zudem habe ich den persönlichen Eindruck, daß Mitbestimmungskritik durch Entscheidungsträger in Unternehmen gelegentlich durch Sanktion qua Mitbestimmung „abgestraft“ wird. Bei Veranstaltungen äußern sich Unternehmensverantwortliche kritisch erst, wenn kein Betriebsratsmitglied mehr in Sicht ist. Schließlich: Gegenüber Arbeitsmarktkollektiven hat es der nichtorganisierte Individualist schwer.

Mitbestimmung liegt beim Staat, der die Mitbestimmung als zwingendes System vorschreibt: Er muß sich vergewissern, ob die Mitbestimmung in ihrer derzeitigen Form (noch) zeitgemäß ist. Er muß dabei auch den kritischen Zustand des Arbeitsmarktes berücksichtigen. Der Wissenschaftler muß radikaler fragen: Ist die Mitbestimmung noch zu retten oder ist schöpferische Zerstörung im Schumpeterschen Sinn angebracht?

Die **Verfassungsfrage** ist geklärt: Mitbestimmung ist verfassungsrechtlich nicht geboten, weil es kein Grundrecht auf Mitbestimmung gibt.⁴ Sie ist aber auch nicht verboten. Eine Exegese mit Blick auf die im Mitbestimmungsurteil geforderte Prognoseüberprüfung lohnt nicht: Verfassungswidrig ist, was das BVerfG dafür hält. Das zeigte sich an der Mannesmann-Entscheidung, die nur den Mitbestimmungsbesitzstand kontrolliert hat, nicht aber die Montanmitbestimmung selbst.⁵

Globalisierung und Wettbewerb bedeuten verfassungsrechtlich kein zusätzliches Fragezeichen, sondern mindern die mit der Mitbestimmung verbundene Belastung der Unternehmerfreiheit, gerade weil der Unternehmer der Mitbestimmung leichter ausweichen kann. Allenfalls kann sich die Gleichbehandlungsfrage mit Blick auf Rechtsformabhängigkeit und Territorialität hinsichtlich der Ausgestaltung der Mitbestimmung stellen. In der jüngsten – mitbestimmungsrechtlich bislang nicht rezipierten – Entscheidung des BVerfG vom 5.12.2002 hat das Gericht ausdrücklich die Arbeitnehmermitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungsverbänden gebilligt – solange nur der Selbstverwaltungsträger den maßgeblichen Einfluß behält:⁶

„Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in der Selbstverwaltung ist grundsätzlich vereinbar mit dem im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundgedanken der Beteiligung Betroffener bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die in der Selbstverwaltungseinrichtung tätigen Arbeitnehmer sind zwar nicht unmittelbar verantwortlich für die Erfüllung der Aufgaben Aber sie wirken kraft ihres Beschäftigungsverhältnisses an der Aufgabenerfüllung der funktionalen Selbstverwaltung mittelbar mit. Gerechtfertigt ist deshalb jedenfalls die eingeschränkte Beteiligung der Arbeitnehmer zur Wahrung ihrer Belange und zur Mitgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen (vgl. BVerfGE 93, 37 <69>). Es kann aber im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung zulässig sein, zur Steigerung ihrer Wirksamkeit Arbeitnehmervertreter in Leitungsorgane der jeweiligen Körperschaft zu berufen und ihnen sowie auch externen Vertretern die Beteiligung an der allgemeinen Aufgabenerfüllung zu eröffnen.

4 *Kisker*, Ein Grundrecht auf Teilhabe an Herrschaft?: FS Geiger (1989), S. 243, 245 ff. Der Bundesverfassungsrichter *Simon*, der an der Mitbestimmungsentscheidung beteiligt gewesen ist, spricht feinsinnig davon, daß die Mitbestimmung nicht abgeschafft werden dürfe, weil das unvereinbar mit der gesellschafts- und verfassungs**politischen** Bedeutung sei: Vor 25 Jahren – Bundesverfassungsgericht stärkt Mitbestimmung, Mitbestimmung 2004, Heft 4, S. 55, 57.

5 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 = EzA § 3 MitbestErgG Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 3 Mitbestimmungs-ErgänzungsG = NZA 1999, 435 ff.

6 BVerfG vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 – BVerfGE 107, 59, 98 = DVBl 2003, 923 = JZ 2003, 1057.

Eine Beteiligung Nichtbetroffener kann durch eine angestrebte Steigerung der Wirksamkeit der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung gerechtfertigt sein.“

Davon abgesehen weicht die Verlagerung der Diskussion ins Verfassungsrecht der entscheidenden Frage aus: Ist deutsche Mitbestimmung systemgerecht – insbesondere in ordnungspolitischer Sicht?

- 5 Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Voraussetzungen, unter denen die Unternehmensmitbestimmung 1976 normiert worden ist, haben sich verändert. Das Mitbestimmungskonzept ist ein spezifisch deutsches Modell, ausgerichtet an deutschen Unternehmen auf einem deutschen und abgeschotteten Markt. Diese Mitbestimmung folgt einem bürokratischen Unternehmensführungsmodell, das den Arbeitnehmer zwar als mitdenkenden Mitarbeiter sieht, ihn aber in streng geordnete Hierarchien mit weithin starren Regeln qua Delegation einbindet. Deutsche Mitbestimmung ist so modern wie das Harzburger Modell.⁷
- 6 Während Unternehmen ihre Organisation ständig wandeln, den Anforderungen des Marktes und der Unternehmensführung anpassen, ist die Mitbestimmung nach wie vor auf eine starre Organisationsform ausgerichtet. Flexibilisierungswünsche sind zuerst in der betrieblichen Mitbestimmung angekommen: Vor allem für den Europäischen Betriebsrat mit seinen Vereinbarungslösungen und für den deutschen Betriebsrat mit den Betriebsstrukturtarifverträgen nach § 3 BetrVG. Die Unternehmensmitbestimmung erteilt solches bislang nur mit Blick auf die besitzstandsorientierte Vereinbarungslösung in der europäischen Aktiengesellschaft und nach der Fusionsrichtlinie.
- 7 Hauptkritikpunkte sind die starre Anbindung an bestimmte Rechtsformen (deutsche Kapitalgesellschaften), an den Sitz in Deutschland und vor allem die Beschränkung auf die Arbeitnehmer, die in Deutschland beschäftigt sind. Rechtsform- und Sitzlandabhängigkeit sind entscheidend von der europäischen Rechtsentwicklung betroffen. Die **Territorialität der Mitbestimmung** führt auf Unternehmens- und Konzernebene dazu, daß die Mitbestimmung auf die Belegschaft in Deutschland beschränkt ist, daß aber Arbeitnehmer in unselbständigen Niederlassungen und in Tochterunternehmen außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Mitbestimmungsordnungen ausgeschlossen sind.⁸

Hier wird Mitbestimmung von Rechts wegen zur legitimationslosen Fremdbestimmung. Deutlich sichtbar wird das, wenn nurmehr 20% einer Unternehmensbelegschaft in Deutschland sitzen. Mit welchem Recht lenkt diese Teilbelegschaft die Unternehmensentscheidungen, die alle Arbeitnehmer des Unternehmens betreffen? Ist das „demokratisch“? Werden dann nicht Arbeitnehmer im Ausland von denen in

7 *Oechsler*, Globales Management und lokale Mitbestimmung – Hat das deutsche Regelungssystem eine Zukunft im internationalen Wettbewerb?, in: FS Wächter (1999), S. 29 ff.

8 *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Auflage (1975), S. 80 f.; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, 4. Auflage (2002), § 1 Rn. 13; *Bellstedt*, Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326 ff.; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (1996), S. 144 ff.; *Lutter*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 195, 200, 205 ff.

Deutschland „ausgebeutet“, weil Quersubventionen zugunsten des Hochlohnstandortes durchgesetzt werden? Abhilfe schafft weder die derzeitige Gnadenwahl fremder Gewerkschaftsvertreter noch ein passives Wahlrecht ausländischer Unternehmensangehöriger. Abhilfe schüfe allein ein grenzüberschreitendes, unternehmensweites passives und aktives Wahlrecht aller Beschäftigten. Eine deutsche Mitbestimmungsordnung unter dem Territorialitätsprinzip verfehlt sowohl den Teilhabezweck als auch das demokratische Ideal. Die Unternehmensmitbestimmung ist von ihrer Zielsetzung her notwendig unternehmensweit zu verstehen. Eine Repräsentation nationaler Teilbelegschaften verfehlt diesen Zweck.

2. Verständniswandel im kollektiven Arbeitsrecht

Geändert hat sich aber auch der **normative Rahmen des kollektiven 8 Arbeitsrechtes**: Im Tarifvertragsrecht hat eine – entscheidende – Kehrtwende zur Einbettung in die Privatautonomie stattgefunden: Die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag erfolgt nicht im Staatsauftrag „von oben“, sondern kraft privatautonomen Mandates „von unten“ (*Picker, Richardi*). Sie hat nichts mit quasi-demokratischer sozialer Selbstverwaltung der Berufsstände zu tun. Der Tarifvertrag hat keine Ordnungsfunktion mehr.⁹

Im Betriebsverfassungsrecht sind dem Umschwung vom öffentlichen zum Privatrecht 9 eine ganze Reihe von Untersuchungen gefolgt, die eine Konzentration auf den arbeitnehmernützigen und -schützenden Teilhabegedanken zur Folge hatte.¹⁰

Die konstitutionelle Fabrik als Analogon zur Staatsverfassung hat ausgedient. Eine arbeitsvertragsorientierte Sichtweise gewinnt an Boden: Die Mitbestimmung zielt auf die Ausfüllung und Umgestaltung der vom Arbeitsvertrag geprägten Arbeitsbedingungen. Mitbestimmung ist also vertragsrechtsakzessorisch. Das neue daran: Auch die betriebliche Mitbestimmung wird jetzt „von unten“, also aus Sicht des einzelnen Arbeitnehmers gesehen. Dementsprechend fehlt auch der betrieblichen Mitbestimmung die Ordnungsfunktion, weil sie auch hier ein Aspekt unzulässiger Herrschaft von oben wäre. Das Betriebsratsamt ist kein Herrschaftsamt.¹¹

9 *Richardi*, Welche Folgen hätte eine Aufhebung des Tarifvorbehalts (§ 77 III BetrVG)?, NZA 2000, 617, 617 f.; *Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761, 768 f.

10 *Wiese*, Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts: FS Kissel (1994), S. 1269, 1278 ff.; *derselbe*, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117 ff. Ferner *Hans Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994), S. 75, 77, 102 ff.

11 *Beuthien*, Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1, 14; *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 436 ff.; *derselbe*, Betriebsverfassung ohne „Betrieb“? Zur Strukturreform des Betriebsverfassungsgesetzes aus privatrechtsdogmatischer Sicht, NZA 1999, 561, 562 f.; kritisch *Hänlein*, Die Legitimation betrieblicher Rechtssetzung, RdA 2003, 26, 30 ff. Speziell zur „demokratischen“ Mitbestimmung als Instrument zur Vermachtung: *Scheuch* (Fn. 1), S.92 ff.

Also: Weder die betriebliche noch die Unternehmensmitbestimmung sind eine vom Staat organisierte „funktionale Selbstverwaltung“ in einer Zwangskörperschaft Betrieb oder Unternehmen. Vielmehr **wirkt die Mitbestimmung auf die vertraglichen und wirtschaftlichen Entscheidungsrechte des Arbeitgebers ein und aktualisiert dort ein privatrechtliches Rücksichtnahmegebot.**¹²

- 10** Zugleich ist aber erkannt, daß die betrieblich-kollektive Mitbestimmung **keine individuelle Freiheitsgewährleistung** sein kann: Die Teilhabe des Einzelnen beschränkt sich auf seinen aktiven Wahlakt. Der Arbeitnehmer ist dem freiheitsbeschränkenden Zugriff der Mitbestimmung auf seinen Arbeitsvertrag ausgeliefert. Individualautonomie kann durch die betriebliche Sozialautonomie nicht funktionsgleich ersetzt werden. Das ist besonders deutlich geworden an der Ablehnung der Vorschläge von *Reuter*, der die „praktisch vertragsunfähigen Arbeitnehmer“ durch **Zwangsaggregation ihrer Vertragskompetenzen** der Obhut des Betriebsrats überlassen und damit als „Marktbürger“ entmündigen wollte. Mitbestimmung kann also die Selbstbestimmung als Ziel der Teilhabe in ihr Gegenteil – die soziale Vormundschaft – verkehren.¹³

Das gilt für Mitbestimmung in unternehmerischen Fragen nicht minder, wenn man etwa an die existenzbedrohende Frage der Standortschließung denkt.

- 11 Kollektive Mitbestimmung kann den individuellen Freiheitsgrad grundsätzlich nicht erhöhen.** Denn das Individuum ist in die Entscheidung nicht einbezogen. Der Freiheitsgrad erhöht sich nur für das Kollektiv. Das Individuum kann durch die Mitbestimmung bestenfalls (und immerhin) Schutz und Geborgenheit vor belastenden Arbeitgeberentscheidungen erlangen. Daneben kann die Mitbestimmung einen – ihrerseits fremdbestimmten – Ausgleich unterschiedlicher Individualinteressen besorgen, mehr nicht.
- 12** Der Arbeitsvertrag seinerseits wurde entkollektiviert und auf die individuelle Vertragsautonomie zurückgeführt¹⁴: Der Arbeitsvertrag und nicht die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation konstituiert das Arbeitsverhältnis; dieses ist ein Austausch- und kein Gemeinschaftsverhältnis, das auf Zugehörigkeit zum Betrieb oder Unternehmen als Verband zielte.¹⁵

12 Gegenbeispiel für solche funktionale Selbstverwaltung ist der Heimarbeitsausschuß mit seiner hoheitlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen unter tarifsimulierender Beteiligung der Verbände, dazu BVerfG vom 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307 ff. = AP Nr. 7 zu § 19 HAG = NJW 1973, 1320 ff. Dessen Freiheitsfeindlichkeit zeigt sich am Ausschluß des autonomen Konfliktlösungsmittels des Arbeitskampfs – statt dessen greift die Zwangsschlichtung.

13 Eingehend *Picker*, Richardi-Symposion (2003), S. 70 f.; *Däubler*, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, NZA 1988, 857, 864; *Kissel*, Die aktuelle Situation im Arbeitsrecht, NZA 1994, 586, 589; *Reuter*, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 195 ff.; *derselbe*, Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, 152, 157 ff.

14 Dazu jüngst *Annuß*, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2004, 283 ff.; auch *Richardi*, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, 221 ff.

15 Zu diesem Gedanken *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966); *von Stebut*, Der arbeitsrechtliche Eingliederungsvertrag, FS Kissel (1994), S. 1135 ff; *Staudinger/Richardi*.1999, § 611 Rn. 136 ff.;

3. Zweckfindung der Mitbestimmung über die Partizipation hinaus?

a. Unternehmensmitbestimmung und Demokratisierung

Nur im Recht der Unternehmensmitbestimmung sind die **alten Ideologien** noch **13** unangetastet: Von Anfang an steht neben dem – richtigen und unbestrittenen – am einzelnen Arbeitnehmer orientierten Teilhabegedanken eine spezifische Gemeinwohlfunktion der Mitbestimmung mit drei Elementen:¹⁶

- Überwindung der Legitimationsdefizite des Kapitals, dessen Machtausübung überhaupt nur durch die Mitbestimmung als sozialer Legitimation erträglich wird;
- Demokratisierung der Wirtschaft, also Indienstnahme der „kapitalistischen Unternehmensorganisation“ zu Gemeinwohlzwecken – und: Umwidmung des Unternehmenszweckes von der Gewinnerzielung zur partiellen Gemeinnützigkeit;
- rechtlich bedeutet das: Überlagerung und Überwindung der Privatautonomie durch eine spezifische Sozialautonomie, bei der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zur „funktionalen Selbstverwaltung“ berufen sind.

Diese zweite Linie wird so offensiv heute nur noch im gewerkschaftlichen Schrifttum vertreten; in der Rechtswissenschaft sind Forderungen nach einen Systemwechsel in Richtung Sozialautonomie zuletzt Anfang der 80er Jahre laut geworden. Auch das Forum Mitbestimmung spricht nurmehr vom Unternehmen als „sozialer Organisation“ und begreift die Mitbestimmung als ein diesem System entsprechendes Entscheidungsverfahren.

Mitbestimmung kann dem „Kapital“ keine Legitimation zur Unternehmens- **14**
leitung geben – dessen Organisationsmacht fußt weniger auf Eigentum als vielmehr auf Vertrag: auf dem Arbeitsvertrag, mit dem sich der einzelne Arbeitnehmer dem Arbeitgeber und seinem Direktionsrecht unterwirft. Wer soziale Legitimation wirtschaftlicher Macht fordert, dürfte schlechthin keine mitbestimmungsfreien Räume zulassen. Damit aber spräche er dem Arbeitnehmer das Individualrecht ab, ohne den Schutz durch Mitbestimmung zu arbeiten. Die Entmündigung der Arbeitgeberseite bedeutet also zugleich die Entmündigung der Arbeitnehmer.

Wirtschaftliche Macht wird durch andere Rechtskonzepte gebändigt:

15

- durch den entmachtenden Wettbewerb auf den Gütermärkten und die staatliche Kontrolle durch Kartellbehörden dort, wo der Wettbewerb versagt;
- durch das Gegenmachtprinzip des Art. 9 Abs. 3 GG, der die Verantwortung zur Gegenmachtbildung den Gewerkschaften zuweist – und im Falle des

Nikisch, Arbeitsrecht Bd. 1, 2. Auflage (1955), S. 140 ff.; auch dazu GK-BetrVG/Wiese, 7. Auflage (2002), Einl. Rn. 70 ff.; *ders.* (Fn. 10), ZfA 2000, 117 ff.

¹⁶ Hierzu *Junker*, Sechundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728; *Badura* (Fn. 2), RdA 1976, 275, 276 f.

Gewerkschaftsversagens dem Staat nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.

Mitbestimmung darf also gerade keine Gegenmacht erzeugen.

- 16** Böckenförde deckt die **Maßlosigkeit des demokratischen Anspruches** auf: Für die Verbände – und damit gerade auch für die Gewerkschaften, die sich selbst als demokratische Organisationen begreifen – zeigt er, daß ihnen die Legitimation für die Allgemeinheit und das Gemeinwohl gerade fehlt. Gruppeninterne Binnendemokratisierung kann unter diesem Blickwinkel stets nur eine „Schein-Legitimation“ erzeugen, weil diese Beteiligung gruppenintern, funktions- und interessenbezogen – kurz: gruppenegoistisch – bleibt. Binnendemokratie stärkt mithin sinnvoll die Individualrechte „von unten“, schafft aber niemals ein demokratisch legitimes Herrschaftsrecht gegenüber Dritten oder gar ein allgemeinpolitisches Mandat. Sowenig Gewerkschaften also eine demokratische Legitimation gegenüber der Allgemeinheit zukommt, sowenig ist die Entscheidungsorganisation der Mitbestimmung demokratisch legitimiert.¹⁷
- 17** Mitbestimmung kann demokratische Dignität auch nicht als **„funktionale Selbstverwaltung“** beanspruchen. Was für Kammern, Sozialversicherungsträger und Hochschulen gilt, gilt auch hier: Die Belegschaft eines Unternehmens oder Betriebes ist kein Teilvolk des Staatsvolkes, sondern eine interessenbestimmte Gruppe. Die staatliche Ermächtigung sorgt zwar für Legitimation, doch bleibt diese unter demokratischem Blickwinkel defizitär.¹⁸
- 18** Deutlich wird die Inkompatibilität von Mitbestimmung und Demokratieprinzip dort, wo die Mitbestimmung die staatlich-demokratische Autorität in Frage stellt: im öffentlichen Dienst. Den Versuchen, die staatlich-demokratische Verantwortung des Staates als Arbeitgeber durch die quasi-demokratische Mitbestimmung zu überwinden, hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein eine so eindeutige wie richtige Absage erteilt. Denn auch hier sind die Beschäftigten kein demokratisch legitimes „Teilvolk“, dem über die Mitbestimmung ein Sondereinfluß auf die Funktion der öffentlichen Verwaltung als Staatsgewalt eingeräumt werden könnte.¹⁹
- 19** Richtig ist zwar, daß die rechtliche Fundierung der Mitbestimmung im Räteartikel 165 der Weimarer Reichsverfassung einen staatsverfassungsrechtlichen Aspekt enthielt. Doch das Recht einer Partikulargruppe (etwa in einem Reichswirtschaftsrat oder einem Stabilitätsrat), qua Sonderrecht auf die staatliche Willensbildung einzuwirken, ist mit heutigem Demokratieverständnis nicht vereinbar.²⁰ Betriebsrat und Aufsichtsrat haben keine Herrschaftsrechte als „letzter Sowjet“.

¹⁷ Böckenförde, Demokratieprinzip als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage (2004), § 24 Rn. 29 ff.

¹⁸ Böckenförde (Fn. 17), Handbuch des Staatsrechts, § 24 Rn. 33 f.; weiter *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), insbesondere S. 425 ff.

¹⁹ BVerfG vom 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37 = EzA Art. 28 GG Nr. 1 = DVBl 1995, 1291 = ZTR 1995, 566 = PersV 1995, 553.

²⁰ Dazu *Rupp*, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: *Hopmann* (Hg.), Konzertierte Aktion (1971), S. 1 ff.; *Watrin*, Die Demokratisierung der

Richtig ist nur, daß **Mitbestimmung und staatsverfassungsrechtliches Demokratieprinzip gemeinsam auf dem Teilhabegedanken beruhen** und sich insofern (!) nicht widersprechen. Das hat das BVerfG 2002 für die öffentlich-rechtliche funktionale Selbstverwaltung in wasserwirtschaftlichen Zwangsverbänden und die dortige Arbeitnehmermitbestimmung ausgesprochen:²¹

„Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt insofern das demokratische Prinzip. Sie kann als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden, soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller (vgl. BVerfGE 44, 125 <142>; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 356 f.) dient. Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückzuführenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichen die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung (Art. 1 Abs. 1 GG; dazu auch *Maihofer*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage (1994) S. 490 ff.).“

Daraus folgt das Gericht, daß das Demokratieprinzip es erlaubt, durch Gesetz – **21** also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – **für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen** und daß hierbei ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen werden darf. Gleichwohl bleibt sich das BVerfG bewußt, daß eine Arbeitnehmerbeteiligung stets **nur Partikularinteressen vertritt**, weswegen die umfassende Gemeinwohlverpflichtung des demokratisch legitimierten Staates nicht in Frage gestellt werden darf. Weder hat das BVerfG also die Mitbestimmung in den Rang des Demokratieprinzips erhoben, noch hat es die Mitbestimmung als solche der funktionalen Selbstverwaltung zugeordnet, weil diese öffentliche Aufgaben betrifft.²²

b. Ablösung der Privatautonomie durch Sozialautonomie?

Demokratisierung der Wirtschaft mündet in die Forderung nach Ablösung der **22** Privatautonomie durch „**Sozialautonomie**“, wie sie Anfang der 80er Jahre diskutiert worden ist:²³

Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Utz/Streithofen* (Hg.), Demokratie und Mitbestimmung (1970), S. 124 ff. zur Verstaatlichung der Gesellschaft.

21 BVerfG (Fn. 6), BVerfGE 107, 59, 92.

22 BVerfG (Fn. 6). BVerfGE 107, 59, 100 f.

23 *Brüggemeier*, „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“ – „Mischverfassungen des demokratischen Interventionskapitalismus“ – „Verfassungstheorie des Sozialstaats“. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze, in:

Betriebe und Unternehmen mutieren nach dieser Lehre zu Zwangsverbänden, denen der Staatsauftrag zur gesellschaftlichen Selbstverwaltung erteilt wird. An die Stelle der Legitimation durch selbstbestimmte private Bindung tritt die Legitimation durch staatlich vorgeschriebenes Verfahren. Anstelle der privatautonom-freiwilligen Selbstbindung tritt die demokratische Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit.²⁴

23 Bezeichnenderweise stützen sich Kritiker der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein auf die „Demokratie“ als Organisationsprinzip der verfaßten Gesellschaft – die sie dann gegen das staatsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip ausspielen.²⁵

24 Dieser Ansatz zielt auf eine **„berufsständische Ordnung“**, wie sie von *Nell-Breuning* nach dem Krieg vorgeschlagen hat und wie sie das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil und in der Arbeiterkammer-Entscheidung verworfen hat.²⁶ Gerade von *Nell-Breuning* forderte die qua Mitbestimmung verfaßte Unternehmung, weil das Unternehmen ein „interessenpluralistisches Gebilde“ sei. Das aber ist eine Nachwehe seiner Urvorstellung von der verfaßten Gesellschaft – in der zum Behufe des Gemeinwohls die „menschliche Gesellschaft im Ganzen“ in Berufsständen und Leistungsgemeinschaften organisiert wird – mit der Folge, daß die Freiheit endet, weil auch in der Gesellschaft die Mehrheit über die Minderheit herrschen will. Demgegenüber bevorzugt die offene Bürgergesellschaft dasjenige „wilde Durcheinander“, in dem der Einzelne seine Angelegenheiten kraft Privatautonomie für sich selbst und nicht als Mitglied der Berufsgemeinschaft im Dienst des „Volksganzen“ regelt, und das von *Nell-Breuning* verschmähte.²⁷

Von *Nell-Breuning* hat gesehen, daß dieses Konzept sich mit einem von Koalitionen geprägten Arbeitsmarkt nicht verträgt und wollte die „gesellschaftlichen Großgruppen“ beseitigen, um sie durch eine vom Staat (!) organisierte Gliederung „der Gesellschaft“ in körperschaftlich verfaßte Selbstverwaltungseinheiten zu ersetzen.²⁸ Sozialautonomie heißt am Ende also **Gleichschaltung der autonomen Verbände**. So wird mit Hilfe sozialeuphorischer Allmachtphantasien die Koalitionsfreiheit beseitigt.

Das ist auch nur konsequent: Wer soziale Probleme in der Gesellschaft durch eine mitbestimmte Kooperation aller Mitglieder und Gruppen in einem zentralen

-
- Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 8 (1982), S. 60 ff.; *Eike Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 ff., insbesondere 159 ff.
- 24** Mit Recht kritisch *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101, 130 f.
- 25** Vor allem *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, KritV 1996, 282 ff., 294 ff.
- 26** von *Nell-Breuning*, Wirtschaft und Gesellschaft, Band I (1956), S. 219 ff.; auch *Huber*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1958. BVerfGE vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 303 f = NJW 1975, 1265 ff = RdA 1975, 260 ff.
- 27** von *Nell-Breuning*, Streit um Mitbestimmung (1968), S. 26 ff.; *ders.* (Fn. 26), Wirtschaft und Gesellschaft Bd. I, S. 219 ff., 227 ff.
- 28** Insbesondere Wirtschaft und Gesellschaft Band I (Fn. 26), S. 254 f, 256. Ähnlich *Brüggemeier* (Fn. 23), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 8, dessen Konzept gleichfalls die Ausschaltung der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie bedeutet, wie sich aus dem Schaubild S. 61 ergibt.

Entscheidungsprozeß lösen will, der muß die Freiheit der Einzelnen beschneiden und autonome Gruppenbildung verbieten.²⁹

Daß dieses Sozialautonomiekonzept die Gewerkschaften nicht nur in ihrer Existenz bedroht, zeigt das Gedankenspiel der **mitbestimmten Gewerkschaft**. Vergleichbar dem Rundfunkrat könnte eine Institution die Gewerkschaften interessenpluralistisch daraufhin kontrollieren, ob die „Geschäftspolitik“ der Gewerkschaft Rücksicht auf Gemeinwohlbelange, insbesondere die Arbeitslosigkeit nimmt. Am Ende dominiert der Reichswirtschaftsrat autonome Gewerkschaften. Daß die Mitbestimmung zum Feind der Gewerkschaften werden kann, wird an der Diskussion um betriebliche Bündnisse für Arbeit deutlich: Wer der Mitbestimmung das Wort redet, kann nichts gegen Betriebsräte haben, die Tarifverträge zum betrieblichen Nutzen oder zum Gemeinwohl außer Kraft setzen. Die demokratische Dignität siegt dann über die kollektive Privatautonomie. **25**

c. Keine Gemeinwohlfunktion

Mitbestimmung kann keine Gemeinwohlbindung des Unternehmens erzeugen oder durchsetzen. Welchen Zweck ein Unternehmen verfolgt, bestimmt der Unternehmensträger, bei mitbestimmten juristischen Personen die Anteilseigner in der Hauptversammlung – und dies mitbestimmungsfrei. Unternehmen unterliegen keiner staatlich verordneten generalklauselartigen Gemeinwohlverpflichtung etwa auf „mehr Beschäftigung“ oder „mehr Umweltschutz“ – wie sie einst § 70 Abs. 1 AktG 1937 und § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 postulierten. Solche Gemeinwohlbindungskonzepte sind wenig plausibel, weil sie weder ansatzweise sagen, was Gemeinwohl ist, noch die alles entscheidende Kompetenzfrage beantworten: Wer bestimmt, was der Allgemeinheit wohl tut? Zudem: Wenn die Unternehmen kraft ihrer Macht gemeinwohlgebunden sind, dann sind es die Tarifverträge auch.³⁰ **26**

Wenn es eine solche abstrakte Gemeinwohlverantwortlichkeit von Unternehmen gäbe, dann wären nicht Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat berufen, das Allgemeininteresse an Umweltschutz, Ausbildung von Jugendlichen, Wahrung der Menschenrechte auf der Welt, Steuer- und Beitragsaufkommen zu verfolgen. Gemeinwohlforderungen dürfen nur vom demokratisch hierzu allein legitimierten Staat durchgesetzt werden. Eine derartige Staatsaufsicht über Unternehmen darf nicht auf Gewerkschaften oder Mitbestimmungsorgane delegiert werden, weil **27**

29 Auch hierzu *Watrin* (Fn. 20), Demokratie und Mitbestimmung, S. 146.

30 Zu § 70 Abs. 1 AktG 1937 grundlegend *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, FS Geßler (1971), S. 139 ff., 145 ff.; zur Folgediskussion *Wolf U. Schilling*, Shareholder Value und Aktiengesetz, BB 1997, 373, 378 f.; *Mülbert*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129, 147 ff. Zu § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 *Bulla*, „Vertrauensvolle Zusammenarbeit“ von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1965, 121, 124 f.; *Galperin/Siebert*, BetrVG 1952, 4. Auflage (1963), § 49 Anm. 13. Zur Gemeinwohlfrage: *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 ff. Zur Gemeinwohlbindung des Tarifvertrags: insbesondere *Zöllner*, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen (1977), S. 46 ff.; *Thüsing*, Tarifautonomie und Gemeinwohl, in: 2. BAG-FS (2004), S. 889, 900 ff.

gruppenegoistische Interessenvertreter das plurale Allgemeinwohl nicht repräsentieren können und weil der Staat deren Verhalten nicht beaufsichtigt. Arbeitnehmervertreter können im Rahmen der Mitbestimmung immer nur ihre partikularen Interessen verfolgen. Das unterscheidet den Aufsichtsrat vom Rundfunkrat, in dem die Vielfalt der Interessenvertreter auf eine Repräsentation gerade der Allgemeinheit hinausläuft. Die Idee der „*Corporate Social Responsibility*“ begründet einen ethischen und keinen rechtlichen Anspruch an die Unternehmen. Der **Aufsichtsrat ist kein „Ethikrat“** des Unternehmens.

- 28** Auch in diesem Zusammenhang taugt das Argument nicht, Mitbestimmung Sorge für sozialen Frieden. Erstens ist ein ursächlicher Zusammenhang gerade der Unternehmensmitbestimmung mit der Streikzurückhaltung in Deutschland nicht belegt; die romanische Streikfreude (politischer Streik!) ist auch Ausdruck einer anderen gesellschaftlichen Konfliktbereitschaft. Vor allem aber läuft das Argument auf eine Erpressung hinaus: Wenn die Gesellschaft keine Mitbestimmung gewährt, dann droht der soziale Unfriede. Auf solche Geiselnahmen darf sich eine Gesellschaft nicht einlassen.

d. Keine Unternehmensnützigkeit

- 29** Die wahre oder vermeintliche Innovations- und Produktivitätssteigerung im Arbeitgeberinteresse kann weder eigenständiger Zweck der Mitbestimmung nach dem MitbestG sein, noch die mit ihr verbundenen Belastungen rechtfertigen. Denn es kommt dem Staat nicht zu, Managementhandbücher über die zweckmäßige Unternehmensführung als zwingende Norm vorzugeben. Das wäre **Zwangs-beglückung**: Schutz der Unternehmen vor eigener unternehmerischer Fehlentscheidung. Diese Idee wird besonders deutlich, wenn die Mitbestimmung dafür gerühmt wird, daß sie Anteilseigner vor räuberischen Managern schütze. Dafür haben die Anteilseigner ihre eigenen Vertreter im Aufsichtsrat. Der Arbeitnehmerinteressenvertretung kommt weder auf betrieblicher noch auf Unternehmensebene eine eigenständige Co-Management- oder Unternehmensberatungsfunktion zu, die den Partizipationsgedanken übersteigt.

Die vor allem vom Forum Mitbestimmung (der Stiftungen Böckler und Bertelsmann) vorgetragene positive Wirkung von Mitbestimmung kann für sich genommen nur ein Regelungsangebot des Staates für eine freiwillig vereinbarte Mitbestimmung rechtfertigen.

e. Zwischenergebnis

- 30** Daraus folgt als summa für unsere Zwecke: Mitbestimmung ist nicht nur auf der betrieblichen Ebene, sondern auch auf der Unternehmensebene auf Schutz durch Teilhabe im Arbeitnehmerinteresse gerichtet. Andere als Arbeitnehmerinteressen haben hier keinen Platz. Ihre Rechtfertigung erfährt die Unternehmensmitbestimmung aus der Fernwirkung unternehmerischer Entscheidungen auf den Arbeitsvertrag, seinen Bestand und seine Weiterentwicklung. Davor, daß solche Unternehmerentscheidungen das Arbeitsverhältnis gefährden, will die Teilhabe schützen.

Materiell also ist Mitbestimmung ein **Verfahren**, um die vertragsrechtliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten zu sichern – auch soweit es um den Ausgleich konfligierender Individualinteressen geht.

Die **formale Legitimation** der Mitbestimmung als Fremdbestimmung folgt aus dem staatlichen Geltungsbefehl. Mitbestimmung ist Staatsintervention – aber in Form einer privatrechtsausgestaltenden Umsetzung der privatrechtlichen Rücksichtnahmepflicht. Die Beteiligung an Wahlen zur Arbeitnehmervertretung ist für sich genommen keine hinreichende Legitimationsbasis (*Kreutz*). Denn die Belegschaft eines Betriebes oder eines Unternehmens ist kein autonomer körperschaftlicher Personenverband mit legitimierender Mitgliedschaft.³¹

Mitbestimmung muß sein – aber gerechtfertigt nur durch den auf den einzelnen Arbeitnehmer zielenden und ihn schützenden Partizipationszweck. Mitbestimmung muß „von unten“ aus Sicht der Arbeitnehmer und des Arbeitsvertrages und nicht von oben aus Sicht der herrschsüchtigen Kollektive (methodologischer Individualismus) gesehen und gerechtfertigt werden. Zu streiten ist über den richtigen Weg dieser Partizipation.

II. Folgerungen aus der Beschränkung auf Partizipation

1. Unterschiedliche Partizipationsformen

a. Weiter und enger Teilhabebegriff

Teilhabe meint in unserem Zusammenhang zunächst nichts weiter als eine Möglichkeit, auf Entscheidungen des Arbeitgebers deswegen Einfluß nehmen zu können, weil sie den Arbeitnehmer in ihren Wirkungen unmittelbar oder mittelbar betreffen. Durch diese Teilhabe soll der Arbeitnehmer davor bewahrt werden, Objekt fremder Herrschaft zu sein. Merkwürdigerweise sieht die Rechtsordnung die Herrschaft des Arbeitgebers kritisch, diejenige des Belegschaftskollektivs hingegen nicht. Jede kollektive Mitbestimmung birgt die Gefahr, daß der Arbeitnehmer vom Regen in die Traufe gerät. Mehr Freiheit kann die Mitbestimmung dem einzelnen Arbeitnehmer nicht versprechen, allenfalls mehr Sicherheit. Deswegen ist der Minderheitenschutz im Rahmen der Mitbestimmung so wichtig: Sonst kann Mitbestimmung von der Partizipation an der Arbeitgeberentscheidung schnell zur Herrschaft über die Minderheit in der Belegschaft gerinnen.

31 Vor allem *Kreutz*, Grundsätzliches zum persönlichen Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung, ZfA 2003, 361, 363 ff.; *ders.*, Grenzen der Betriebsautonomie (1979), S. 68 ff.; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie (1996), S. 89 f., 140 ff.; weiter *Hänlein* (Fn. 11), RdA 2003, 26, 30 f.; auch schon *Rittner*, Öffentlichrechtliche Elemente der Unternehmensverfassung, in: *Coing/J.H.Kaiser* (Hg.), Planung V (1971), S. 59 ff., 68 ff. mwN. Anders auch *Friese*, Tarifverträge nach § 3 I BetrVG im System des geltenden Tarif- und Arbeitskampfrechts, ZfA 2003, 237, 248 ff. mit Blick auf § 3 BetrVG; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002), S. 460.

b. Vertragsrechtliche Teilhabe

- 33** Teilhabe des Arbeitnehmers ist nicht von vornherein auf kollektive Organisation und deren „Mitbestimmungsverfahren“ ausgerichtet: **Teilhabe** kann gerade auch **durch den einzelnen und im Rahmen privatautonomer Regelungsverfahren** erfolgen: Der Vertrag ist das zentrale Regelungsinstrument der Privatautonomie, der die umfassende Selbstbestimmung durch ein eigenes Zustimmungsrecht des Betroffenen verwirklicht. Wer also Mitbestimmung zur Sicherung von Freiheit will, muß dem Arbeitnehmer Vertragsrechte einräumen.
- 34** Auch wenn der Vertrag im Arbeitsleben nicht das vollkommene Richtigkeitsvertrauen genießt, heißt das nicht, daß die Vertragsfreiheit funktionslos wäre. Der Arbeitnehmer entscheidet selbst über seinen Vertragspartner, seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit. Soweit die Rechtsordnung dem Arbeitnehmer einseitige Vertragsänderungsrechte zuspricht (Anspruch auf Teilzeit, auf Entgeltumwandlung), greift sie zwar in das Autonomierecht des Arbeitgebers ein, verschafft dem Arbeitnehmer aber Selbstbestimmungsrechte. So wäre es widersinnig, Fragen der individuellen Qualifizierung des Arbeitnehmers in die Mitbestimmung zu verlagern, weil der Arbeitnehmer als Person über seine höchstpersönliche Weiterentwicklung entscheiden muß.
- 35 Individuelle Mitwirkung und Mitbestimmung** durch den einzelnen läßt sich auf der Vertragsebene insbesondere durch Beteiligungs-, Anhörungs- und Beschwerderechte sichern. Das BGB hält mit der Kontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsentscheidungen nach § 315 Abs. 3 BGB ein repressives und effektives Partizipationsinstrument bereit. Hinzu kommen auf den Arbeitnehmer als Individuum bezogene Informationspflichten. Der erforderliche Schutz wird weithin durch eine Vertragskontrolle der vorformulierten und einseitig durchgesetzten Vertrags-, also Arbeitsbedingungen gewährt.

c. „Kollektive“ Teilhabe und Ausgleichsfunktion

- 36** Eine ausschließlich individualnützige Teilhabe geht daran vorbei, daß die Arbeitnehmer innerhalb der Belegschaften konfligierende Einzelinteressen haben. Mitbestimmung bedeutet immer auch: Ausgleich dieser Einzelinteressen. Diese Ausgleichsfunktion kann im Rahmen der Mitbestimmung nur von einer kollektiven Instanz wahrgenommen werden – sei es der Betriebsrat, die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat oder die Gewerkschaft. Diese Ausgleichsfunktion kann die Mitbestimmung in besonderem Maße rechtfertigen.³²
- 37** Für die Organisation der Mitbestimmung folgt daraus: Jedes dualistische Organisationsmodell (im arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch: Trennung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in zwei „Organe“) ist dem monistischen überlegen, weil die Bündelung und der Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen in einem eigenständigen und gegnerfreien Organ erfolgt. So können insbesondere

32 Wiese (Fn. 10), ZfA 2000, 117, 122 ff.; Gutzeit, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei SD 530.14.2, Rn. 56 ff.; Hans Hanau (Fn. 10), Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, S. 77, 105 ff.

Minderheitenpositionen in der Belegschaft – vom Fraueninteresse bis zu Sonderinteressen kleiner Standorte – noch zu Gehör gebracht werden.

d. Mitbestimmung und „kollektives“ Vertragsprinzip

Gleichberechtigte Mitregelung durch Tarifvertrag ist die **vornehmste, weil 38**
privatautonome Form der Partizipation: Der Arbeitnehmer erteilt ein Verhandlungsmandat qua Mitgliedschaft, die Gewerkschaft verhandelt mit dem Instrument des Vertrages unter möglichst machtgleichen Bedingungen. Der Vertrag ist das Regelungsverfahren mit der „besten“ Partizipationschance, weil beide Seiten durch die „wechselseitige Einwirkung zum Richtigen hin“ ihre Interessen in das Regulationsergebnis transportieren können.³³

Demgegenüber ist die Mitbestimmung im Betrieb defizitär: ihr fehlt die privat- **39**
 autonome Legitimation. Freilich kann nur ein auf Zwang und Fremdbestimmung fußendes System die – notwendige – Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung wahrnehmen, weil es auf den Zugriff auf Individualrechte auch gegen den Willen des Einzelnen angewiesen ist. Der Raucher kann sich dem betrieblichen Rauchverbot nicht durch Mandatsentzug verweigern. Immerhin bedient sich auch die betriebliche Mitbestimmung des Vertrages als Regelungsinstrument – auch wenn es mit der Autonomie nicht weit her ist und im Konfliktfall die Einigungsstelle einseitig durch Beschluß entscheidet.

Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat zielt hingegen auf Konsens durch **40**
 Beschluß: Im Aufsichtsrat stehen sich die „Bänke“ nicht als getrennte Vertragsparteien gegenüber, die förmliche Verhandlungen über einzelne mitbestimmte Entscheidungen führen. Vielmehr finden die Vorverhandlungen außerhalb der Gremien statt, sind dementsprechend **intransparent**. Was wofür gegeben wird, ist nicht erkennbar. Das Vertrags- oder Verhandlungsprinzip ist demgegenüber die überlegene Partizipationsmethode – auch dort, wo das Gesetz wie in wirtschaftlichen Angelegenheiten keine volle Parität gewähren kann.

2. Verhältnis zur betrieblichen Mitbestimmung

Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung dürfen nicht getrennt **41**
 gesehen werden: Beide sind rechtlich und phänomenologisch Subsysteme eines einheitlichen Systems Mitbestimmung. Das gilt nicht nur historisch – vom Räteartikel 165 WRV über das BRG 1920 bis zum BetrVG 1952. Daß das MitbestG 1976 und das Drittelbeteiligungsgesetz 2004 die Unternehmensmitbestimmung aus diesen regulatorischen Zusammenhängen gerissen haben, bedeutet nichts.

Mitbestimmung ist eine Einheit: Gleich ob sie über den Betriebsrat, den Personalrat **42**
 oder ein anderes spezifisches Repräsentationsgremium läuft oder ob Arbeitnehmervertreter mit den Arbeitgebern in einem Organ vereinigt sind – wie im Aufsichtsrat. Rechtfertigung und Grundidee sind dieselben. **Betriebsrat oder Aufsichtsrat sind nur Durchführungswege ein und derselben Mitbestimmungsidee.** Und diese

33 Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130, 152 f.

sind in der Wirklichkeit kaum getrennt. Personenidentität – fast schon institutionalisierte Personalunion – zwischen Gesamtbetriebsrat, Wirtschaftsausschuß und Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat werfen zwangsläufig die Frage auf, wozu wir zwei solche Subsysteme benötigen.

- 43** Hält man sich vor Augen, daß der die Mitbestimmung rechtfertigende Grund ausschließlich im Schutz der Arbeitnehmer durch Teilhabe besteht, so **kann die Unternehmensmitbestimmung nicht mit externen Erwägungen (Gemeinwohlbindung, Demokratisierung) begründet werden**. Daß aber Teilhabe durch Verdoppelung sinnvoller wird, liegt nicht auf der Hand. Die Personenidentität lenkt den Blick darauf, daß die Mitbestimmung im Aufsichtsrat gegenständlich ein Unterfall der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist. Es geht um die Unternehmenspolitik. Eben dieselbe wird bereits vom Wirtschaftsausschuß und im Gesamtbetriebsrat behandelt. Diese Verdoppelung der Mitbestimmung ist rechtfertigungsbedürftig: einmal hinsichtlich des Aufwandes an Kosten und Wahlakt, Information sowie Sitzungen, andererseits aber auch mit Blick auf die Mitbestimmungsintensität: Häufig erlebt es die Praxis, daß ein auf betrieblicher Ebene gescheitertes Anliegen des Betriebsrats im Aufsichtsrat „nebenbei“ positiv erledigt wird, meist durch ein Koppelungsgeschäft.

Je stärker der Betriebsrat an unternehmerischen Entscheidungen mitwirkt – Stichwort: „Co-Management“ –, desto weniger kann der Betriebsrat im Aufsichtsrat sein eigenes Management kontrollieren.

3. Generalklausel oder enumerative Einzelzuständigkeit

- 44** Partizipation durch staatlich angeordnete Beteiligungsbefugnisse ist von vornherein auf die Verfolgung spezifischer Arbeitnehmerinteressen im Rahmen des Teilhabezwecks beschränkt. Wie gesehen kann ein Mitbestimmungsorgan keine quasi-demokratische Allgemeinzuständigkeit für alle Entscheidungen des Arbeitgebers/Unternehmens beanspruchen.
- 45** Dem entspricht das BetrVG mit seinem Katalog enumerativ aufgezählter Entscheidungsrechte (auch wenn dort neuerdings systemwidrig Allgemeininteressen wie Umweltschutz auftauchen). Demgegenüber teilt die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat sämtliche Befugnisse des Gremiums, undifferenziert danach, ob Arbeitnehmerinteressen betroffen sind oder nicht. Selbst Entscheidungen, die allein das Ausland betreffen, oder Fragen der Vermögensverwaltung ohne Bezug zu Arbeitsverhältnissen unterfallen der Kompetenz von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.
- 46** Bislang gibt es noch nicht einmal eine negative Kompetenzklausel, die Fragen von Tarifabschluß und Arbeitskampf, in denen die Arbeitnehmerbank nicht weniger als der Betriebsrat neutral sein muß, aus der Zuständigkeit ausnimmt.³⁴

³⁴ Eine solche Klausel nach schwedischem Vorbild fordern jetzt *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit (2004), S. 86.

4. Mitbestimmung und Interessenkollision

Daß ein Aufsichtsratsmitglied einer Interessenkollision zum Opfer fallen kann, und 47
daß dies insbesondere bei den Gewerkschaftsvertretern „programmiert“ ist, gibt
keinen Einwand gegen die Mitbestimmung als solche ab. Erstens kommen
Interessenkollisionen überall dort vor, wo Menschen in Organisationen für Dritte
handeln. Ob der Richter oder das Gemeinderatsmitglied befangen ist, ob das
Betriebsratsmitglied persönliche oder gewerkschaftliche Interessen verfolgt, ob der
ver.di-Vorsitzende bei der Lufthansa Gewerkschaftsinteressen zu Lasten des
Unternehmens verfolgt, das macht keinen Unterschied. Auch Vertreter der
Anteilseigner können Interessenkonflikte in sich tragen.

5. Funktionsfähigkeit der Arbeitgeberseite

a. Aufsichtsfunktion des Aufsichtsrates

Mitbestimmung und Aufsichtsfunktion entsprechen sich nicht: Mitbestimmung zielt 48
auf präventive Einbindung durch Beteiligung an der Entscheidung. Aufsicht zielt vor
allem auf repressive Kontrolle des der Unternehmensführung vorgegebenen
Regelwerkes. Doch kann Aufsicht auch präventiv durch Teilhabe an der Leitungs-
aufgabe des Vorstands in Abstimmungen erfolgen – insbesondere im Rahmen der
Zustimmungsvorbehalte.³⁵

Wer an der Entscheidung selbst beteiligt ist, kann nicht deren Kontrolleur sein. Im 49
Gegenteil: Der Aufsichtsrat hat die Ordnungsgemäßheit der Leitung durch den
Vorstand auch gerade dahin zu überwachen, ob er sich vom Betriebsrat zu Lasten
des Unternehmens in Fragen der betrieblichen Mitbestimmung hat „über den Tisch
ziehen lassen“ – oder ob er etwa Investitionsentscheidungen kaufmännisch
fehlerhaft am Standorterhaltungsinteresse eines starken Betriebsratsmitgliedes
ausgerichtet und so Kapital vernichtet hat. Deutlicher noch wird das, wenn der
Vorstand womöglich wegen eines unsachgemäßen Entgegenkommens gegenüber
dem Betriebsrat in die Haftung genommen werden könnte – vom mitbestimmten
Aufsichtsrat!

Unternehmensmitbestimmung behindert diese Kontrolle. Der Gesamtbetriebsrats- 50
vorsitzende sitzt mit am Tisch. Die Konsensorientierung der Mitbestimmung kann
dazu führen, daß persönliche Verantwortung verdeckt wird; nimmt man dies mit
Blick auf die betriebliche Mitbestimmung auf der Ebene der Unternehmensleitung
hin, darf doch das verantwortungsbehindernde Konsensprinzip nicht im
Aufsichtsorgan gelten.

Eine Kontrolle gar der Arbeitnehmervertreter, die ihren Einfluß auf wirtschaftliche 51
Entscheidungen sachwidrig und zum Nachteil der Belegschaft nutzen, findet nicht
statt. Mitbestimmung kann hier dazu führen, daß entgegen der Aufsichtspflicht
persönliche Verantwortung hinter einer kollektiven Gemengelage („Filz“) zurücktritt.
So gesehen ist die Unternehmensmitbestimmung ein System zur Verhinderung von
Verantwortung.

35 Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage (2004), § 111 Rn. 5.

- 52** Die *Corporate-Governance*-Ansätze zielen auf transparente und deshalb kontrollierte Entscheidungsfindung. Deswegen ist in Übereinstimmung mit *von Werder* eine Trennung von Aufsichtsfunktion und Mitbestimmung zu fordern. Der Einwand, diese Trennung fördere gerade die „Frontenbildung“, ist kein Gegenargument, sondern Argument: Nur durch Trennung dessen, was auseinander gehört, kann die erforderliche Transparenz und Verantwortlichkeit gewährleistet werden. Mit der Trennung wird dann auch eine saubere Regelung der Mitbestimmungszuständigkeiten erforderlich.³⁶

b. Mitbestimmung und Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite

- 53** Mitbestimmt ist stets nur der Aufsichtsrat, nie aber die Hauptversammlung. Alle Hauptversammlungsentscheidungen bis hin zur Liquidation oder der Zweckänderung oder der Sitzverlegung ins Ausland bleiben also mitbestimmungsfrei.³⁷ Besonders scharf erweist sich dieser Freiraum von Mitbestimmung bei der mitbestimmten GmbH, bei der die Gesellschafterversammlung am Aufsichtsrat vorbei dem Geschäftsführer Weisungen geben kann.³⁸
- 54** Das ist widersprüchlich nur für den, der den Kapitalismus zähmen will. Ansonsten zeigt sich darin ein Mindestmaß an Gegnerunabhängigkeit des Arbeitgebers, der in seinen Grundlagen nicht mitbestimmt wird. Diese Gegnerunabhängigkeit ist unerläßliche Voraussetzung für das von der Verfassung garantierte Tarifsysteem. Denn nur ein in seinen wesentlichen Entscheidungen freier Arbeitgeber taugt noch als Gegenspieler der Gewerkschaften. Das belegt nicht nur das Schicksal der Gewerkschaften in der Planwirtschaft der DDR, das zeigen auch die Sozialautonomiephantasien, die auf Verdrängung von Gewerkschaften und Tarifautonomie hinauslaufen – sei es, indem auch die Tarifautonomie „sozialisiert“ wird, sei es, indem die autonomen Gewerkschaften durch beitragsfreie Ersatzgewerkschaften verdrängt werden.³⁹
- 55** Mit Blick auf diese Gegnerunabhängigkeit ist die **Zuständigkeit des ganzen Aufsichtsrats für die Vorstandsbestellung und -vergütung** zu überprüfen. Zwar gibt es durchaus ein Arbeitnehmerinteresse, etwa einen „harten Sanierer“ als Vorstandsmitglied zu verhindern. Doch ist es mit Blick auf die bipolare Auseinandersetzung systemwidrig, wenn die Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat darüber mitbestimmen will, wer die Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Das gilt insbesondere mit Blick auf die betriebliche Ebene. Es ist mithin unerträglich, wenn ein Betriebsrat

36 *von Werder*, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166 ff.

37 Zu diesen Grundlagenentscheidungen BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 323 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = EzA § 7 MitbestG Nr. 1 = RdA 1979, 380.

38 *Redlich*, Die Kompetenzen von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH (2003), S. 40 ff., 90; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Auflage (2003), § 37 Rn. 32; *Oetker*, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19, 56.

39 Dazu MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Auflage (2000), § 247 Rn. 4. Zur Verfassungsaueinandersetzung um Art. 165 WRV näher *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1137.

als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender sich rühmt, ein Vorstandsmitglied verhindert zu haben. Man stelle sich nur vor, die Arbeitgeberseite hätte ein Mitwirkungsrecht bei der Bestellung von Arbeitnehmervertretern. Hier hülfe eine Zuständigkeitsbegrenzung.

Welche Fehlsteuerung so ausgelöst wird, zeigen Abfindungen von Vorständen: Vorstandsmitglieder können den Preis in die Höhe treiben, weil ihre mitbestimmte Abberufung ein kompliziertes Verfahren bedeutet, das man vermeiden will.

Das Gegenargument lautet: Die Arbeitgeberseite könne sich ohnehin stets durchsetzen. Dann aber kann die Vorstandsbestellung unproblematisch der Alleinentscheidung der Anteilseigner überantwortet werden.

6. Mitbestimmung und materielle Partizipation

Unternehmensmitbestimmung verhindert substantielle Kapitalbeteiligung der Arbeitnehmer – die dann die privatautonome Partizipation kraft Anteilseignerschaft der Arbeitnehmer nach sich ziehen könnte. Kein Arbeitgeber wird unter Geltung des MitbestG Arbeitnehmern solche Beteiligung zusagen, weil er befürchten muß, daß die gesetzlich garantierten Sitze auf der Arbeitnehmerbank zusammen mit einem oder zwei Sitzen auf der Anteilseignerbank ein Übergewicht der Arbeitnehmer schaffen. Insofern bleiben reine Vermögensbeteiligungen ohne Stimmrecht übrig. Die Mitbestimmung verfestigt so jene einseitige Eigentumsverteilung, die sie zur kritischen Grundlage nimmt. Das ist ein Systemwiderspruch. **56**

III. Regelungsoptionen

Streitet man über den richtigen Durchführungsweg der Mitbestimmung, sind viele Wege zu erwägen. Im Folgenden will ich die Optionen darstellen:

1. Modifizierender Erhalt des MitbestG

a. Drittelbeteiligung für alle?

Ein Vorschlag will einfach nur den Einfluß der Arbeitnehmerbank reduzieren, indem die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 auf die Drittelbeteiligung reduziert wird. Das verhindert den aufwendigen Wechsel des Mitbestimmungstatus bei Größenänderung und schließt Gewerkschaftsvertreter aus. **57**

Ansonsten wird die Kritik an der Mitbestimmung nicht ausgeräumt, vielmehr das Übergewicht der Arbeitgeberseite so erhöht, daß man meint, mit dem Rest an Problemen leben zu können.

b. Funktionale Beschränkung der Zuständigkeit?

Richtig und sinnvoll ist es, der beschränkten Mitbestimmungsfunktion einen Katalog von Mitbestimmungsangelegenheiten zuzuordnen und im übrigen die Anteilseignervertreter allein entscheiden zu lassen. Das sieht das Gesetz bislang nur in § 32 MitbestG vor, wenn in mitbestimmten Töchtern Verwaltungsträger bestellt werden, damit nicht der Mitbestimmungseinfluß die Paritätsgrenze übersteigt oder soweit es **58**

um Grundlagengeschäfte geht. Diese Reduktion auf den mitbestimmungsrelevanten Kern ist durch Überprüfung jeder einzelnen Aufsichtsratszuständigkeit auszubauen:

- Worin liegt etwa die Mitbestimmungsdimension der Feststellung des Jahresabschlusses und der Auswahl der Abschlußprüfer?
- Weswegen darf die Arbeitnehmerbank insbesondere Vorstandsangelegenheiten mit entscheiden? An deren Vergütung, Ruhegeld und Schadensersatzansprüchen besteht kein nachvollziehbares Arbeitnehmerinteresse. Auch die Vorstandsbestellung sollte mit Blick auf die Gegnerfreiheit ausgenommen werden.

Die Verlagerung in Ausschüsse des Aufsichtsrats ist dabei eine mögliche Konstruktion, wenn der Ausschuß nur von der Anteilseignerseite besetzt ist.

c. Unternehmensbezogene Arbeitnehmerrepräsentation

- 59 Bislang reserviert das MitBestG den Gewerkschaften zwei oder drei Sitze im Aufsichtsrat – in dem ihnen das Vorschlagsmonopol zugesprochen ist.

Das ist in zweierlei Weise „bemerkenswert“: Erstens wird der Belegschaft das Recht abgesprochen, selbst zu entscheiden, wer sie vertreten darf. „Demokratisch“ ist eine solche **Reservierung von Wahlmandaten** nicht. Mit Wahlrechtsgrundsätzen vereinbar ist sie auch nicht. Beschränkt man die Mitbestimmung auf Partizipation, so bedeutet dies: **Zwangsrepräsentation durch Externe**. Dafür gibt es keinen Sachgrund. Im Gegenteil entspricht eine Interessenrepräsentation aus dem Kreis der belegschaftsangehörigen Arbeitnehmer – wie nach dem Drittelbeteiligungsgesetz – dem Partizipationsgedanken besser.

- 60 Gewerkschaftskompetenz läßt sich auch so als „externer Sachverstand“ für die Mitbestimmung nutzen: Das kann wie in der Betriebsverfassung **aktualitätsbezogen durch Einladung** geschehen. Dort kann sowohl der Wirtschaftsausschuß als auch eine qualifizierte Minderheit im Betriebsrat Gewerkschaftsvertreter zur Sitzung einladen.⁴⁰
- 61 Als mittlere Lösung läßt sich vorstellen, die Belegschaft über die Vertretung durch Externe entscheiden zu lassen, also Sitzreservierung mit Vorschlagsmonopol entfallen zu lassen. Gewerkschaftsvertreter würden nur dann gewählt, wenn sie im Wahlwettbewerb mit den Belegschaftsangehörigen erfolgreich sind. Allerdings müßte nach wie vor die Zahl der externen Arbeitnehmervertreter begrenzt werden, um die unternehmensbezogene Interessenvertretung zu gewährleisten.
- 62 In gleicher Weise abzulehnen ist die Mandatsreservierung für einen leitenden Angestellten. Die Leitenden bedürfen zu ihrem individuellen Schutz keiner Repräsentanz im Aufsichtsrat. Der Leitende im Aufsichtsrat soll auch eher den Einfluß der „normalen“ Arbeitnehmer etwas abschwächen, weswegen er bei der Drittelbeteiligung auch fehlt. Das aber ist kein taugliches Partizipationsmodell.

⁴⁰ § 31 BetrVG und für den Wirtschaftsausschuß BAG vom 25.6.1987 – 6 ABR 45/85 – EzA § 108 BetrVG Nr. 7 = AP Nr. 6 zu § 108 BetrVG 1972 = NZA 1988, 167.

Abzuschaffen ist schließlich die den Wählerwillen verfälschende Delegiertenwahl: **63**
 Daß Wahlen in Großorganisationen nur mit Wahlmännern möglich seien, wird durch die Kommunalwahl in Großstädten trefflich widerlegt. Ein Grund, von dem Prinzip der unmittelbaren Wahl abzugehen, besteht nicht. Im Gegenteil ließe sich die Aufsichtsratswahl durch Kumulieren und Panaschieren verbessern: Das steigert die individuelle Teilhabe des Arbeitnehmerwählers.

d. Urabstimmung

Erkennt man, daß Teilhabe durch Mitbestimmung keinen Freiheitsgewinn der **64**
 Arbeitnehmer bringt, sondern grundsätzlich einen Freiheitsverlust durch Fremdbestimmung, so bietet es sich an, die Legitimation des Mitbestimmungsorgans durch eine Urabstimmung der Belegschaft über das Mitbestimmungsstatut zu verbessern – sei es durch das Erfordernis einer mindestens 50-prozentigen Wahlbeteiligung, sei es durch eine gesonderte Urabstimmung. Mitbestimmung gegen den Willen der Mehrheit der Belegschaft widerspricht dem Partizipationsgedanken. Mit der Urabstimmung ließe sich wenigstens eine Freiheitswahrung auf kollektiver Ebene sicherstellen. Das kann nur derjenige verweigern, der nach seinem Menschenbild den Arbeitnehmer für nicht hinreichend entscheidungsfähig hält. Der Schutz der mitbestimmungswilligen Minderheit gibt kein Gegenargument ab – weil „soziale“ Mitbestimmung gerade auf Herrschaft der Mehrheit hinausläuft.

Insofern macht es keinen Unterschied, ob die Mehrheit eine „willfähige“ **65**
 Arbeitnehmerbank wählt oder ob sie meint, die Arbeitnehmerinteressen würden ohne Unternehmensmitbestimmung hinreichend berücksichtigt (insbesondere durch Betriebsräte und den Wirtschaftsausschuß).

e. „Ausgliederung“ der Arbeitnehmerbank in einen Konsultationsrat

Die vom Berliner Netzwerk *Corporate Governance* geforderte Auslagerung der **66**
 Unternehmensmitbestimmung auf einen Konsultationsrat sorgt zwar für Interessentrennung durch Dualität von Repräsentationsorgan und Arbeitgeberseite. Sie ermöglicht auch einen Verhandlungs- und Vertragsmodus. Sie hat aber einen entscheidenden Nachteil: noch ein Gremium mit besonderer Mitbestimmungsordnung.

Dagegen läßt sich hierfür der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat fruchtbar machen **67**
 oder der Wirtschaftsausschuß – für die Konzernebene müßte freilich ein solcher Konzernwirtschaftsausschuß erst geschaffen werden. Ansprechpartner eines solchen Gremiums wäre nicht mehr der Aufsichtsrat, sondern der Vorstand, weil Partizipation auf die Unternehmensleitung und damit auf das Leitungsorgan zielt.

f. Professionalisierung

Ebenfalls zu bedenken sind die modernen Anforderungen an wirtschaftliche **68**
 Gremienarbeit. Neben einer Verkleinerung des Gremiums ist insbesondere daran zu denken, die Zwangsabführung der Aufsichtsratsvergütung an Dritte, insbesondere die Hans-Böckler-Stiftung, zu untersagen – also jede Verpflichtung für unwirksam zu erklären und jede Druckausübung als rechtswidrig zu ahnden. Durch und durch

freiwillige Spenden lassen sich allerdings nicht unterbinden. Durch diese Tributpflicht wird die Gleichbehandlung der Arbeitgeber und Arbeitnehmervertreter unterlaufen; zudem wird so mittelbar das Ehrenamtsprinzip eingeführt, das der Professionalität zuwiderläuft.

2. Überführung der Unternehmensmitbestimmung in die betriebliche Mitbestimmung

- 69** Wer erkennt, daß Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung nur Durchführungswege sind, wird einen solchen Konsultationsrat in der Betriebsverfassung aufgehen lassen, auch um die Doppelung der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu vermeiden. Als „Konsultationsrat“ kann also der Gesamtbetriebsrat oder der Wirtschaftsausschuß dienen, der dann rechtsformunabhängig Mitberatungsrechte in solchen wirtschaftlichen Angelegenheiten wahrnehmen kann, die die Arbeitnehmerinteressen hinreichend stark berühren.

3. Notwendig: Abschied von der Territorialität und der Rechtsformenabhängigkeit

- 70** Wer Partizipation statt Demokratie sagt, darf zwar persönlich haftende Unternehmer anders behandeln als Kapitalgesellschaften. Er darf aber nicht die Mitbestimmung auf Kapitalgesellschaften bestimmter Rechtsform beschränken. Kommt es zur Freizügigkeit der Unternehmen, so ist eine Differenzierung der Unternehmen nach ihrer Gründungsherkunft nicht sachgerecht. Ebenso wenig sachgerecht ist die Beschränkung der Mitbestimmung auf nationale Teilbelegschaften im Sitzstaat. Partizipation ist nicht teilbar. Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse darf es nicht geben. Man kann sogar fragen, ob diese Differenzierung innerhalb der EU nicht diskriminierend wirkt.
- 71** Eine solche rechtsformen- und grenzüberschreitende Modernisierung der Mitbestimmung läßt sich entweder durch eine transnationale Regelung erreichen – wie durch das EBRG, das für wirtschaftliche Angelegenheiten mit einer Konsultationspflicht sogar genügt. Die grenzüberschreitende Mitbestimmung ist aber zugleich ein Problem der Betriebsverfassung. Multinationale Unternehmen agieren freilich europaübersteigend. Auf die „Weltmitbestimmungsordnung“ zu warten, lohnt nicht. Insofern gilt es zu erwägen, ob eine Lösung vom Territorialitätsprinzip nicht durch einen strengerer Vertragsbezug der Mitbestimmung möglich ist. Begreift man die Mitbestimmung nicht mehr als staatlich vorgeschriebene Unternehmensorganisationsform, sondern als am Arbeitsvertrag „angedocktes“ individuelles Partizipationsrecht, dann läßt sich Mitbestimmung vertragsrechtlich auch für Arbeitsverhältnisse im Ausland vorsehen. Grenze ist dann nur diejenige fremde Rechtsordnung, die solche Mitbestimmung wegen ihres „gelben Charakters“ (also des Arbeitgeberinflusses) für eine „*unfair labor practice*“ hält und nach dem eigenen *ordre public* diesen Teilhabevollzug untersagt.⁴¹

⁴¹ Das Territorialitätsprinzip ist keineswegs zwingend: Zimmer (Fn. 8), Internationales Gesellschaftsrecht, S. 144 ff., 156 ff.; ähnlich Staudinger/Großfeld, IntGesR (1998),

4. Evolution und Differenzierung durch Vereinbarungslösungen

Daß eine Mitbestimmungsordnung für alle Unternehmen – ab einer bestimmten Größe oder in einer bestimmten Rechtsform – in gleicher Weise angemessen ist, ganz gleich, welcher Branche sie angehören, unter welchen Beteiligungsverhältnissen sie stehen oder mit welchem Auslandsanteil die Belegschaft vertreten ist, läßt sich nicht mehr ernstlich behaupten. Daß deswegen der Staat ein **Mitbestimmungszwangskorsett mit Einheitsgröße ohne Anpassungsmöglichkeit** vorsehen darf, leuchtet schon mit Blick auf die Dispositivität der Betriebsverfassung nicht mehr ein. Eine moderne Mitbestimmung muß deshalb Vereinbarungslösungen vorsehen, die zu gewillkürten Organisationsformen finden. Vereinbarungslösungen sollten auch den Einbezug ausländischer Belegschaften ermöglichen, weil nicht jeder mitbestimmte Arbeitgeber die Europäische Aktiengesellschaft wählen wird.

Für solche Verhandlungslösungen stellen sich drei Fragen: 73

- Wer ist auf Arbeitnehmerseite verhandlungsbefugt?
- Welche materiellen Grenzen werden der Mitbestimmungsvereinbarung gezogen?
- Was geschieht im Nichteinigungsfall?

Für sämtliche Fragen lohnt sich ein Blick auf die europäische Ebene. In Abkehr von § 3 BetrVG alter und neuer Fassung und in Hinwendung zu den europäischen Flexibilisierungsformen ist die Abänderung der Mitbestimmungsorganisation **nicht dem Tarifvertrag** zu überantworten, weil die Gewerkschaften die nichtorganisierten Arbeitnehmer nicht vertreten. Das Legitimationsdefizit ist schon dogmatisch nicht hinnehmbar. Der schwindende Organisationsgrad von weniger als einem Viertel zeigt überdeutlich, daß eine verblässende Minderheit hier auch faktisch jedes Recht auf Herrschaft verloren hat. Zugleich werden so die Bedenken gegen die Verfassungswidrigkeit des § 3 BetrVG nach derzeitiger Fassung überwunden. Zuständig sollte also, wie nach dem EBRG, ein von allen Arbeitnehmern legitimiertes Verhandlungsgremium sein. Alternativ möglich ist es, den Gewerkschaften die Verhandlungsführung über die Mitbestimmungsorganisation anzuvertrauen, dann aber das Verhandlungsergebnis von einer ratifizierenden Urabstimmung in der Belegschaft abhängig zu machen. 74

Das Gesetz müßte für Verhandlungslösungen Richtlinien vorhalten und damit das materiell-rechtliche Defizit des § 3 BetrVG in der Betriebsverfassung kompensieren: Dort ist nämlich nicht gesagt, welche Grundprinzipien der Betriebsverfassung die gewillkürte Organisation zu beachten hat. Hier gibt es einige Kerngedanken – Lückenlosigkeit der Zuständigkeit, keine konkurrierenden Zuständigkeiten, „demokratische“ Legitimation etc., die zur Vermeidung von Streit zu regeln sind. 75

Rn. 524 ff.; zur „unfairen“ Mitbestimmung *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 416 f.

Möglich sollte auch eine vereinbarte Verlagerung der wirtschaftlichen Mitbestimmung in den Betrieb sein.

- 76** Zur Konfliktlösung darf es keinen Arbeitskampf und auch keine Zwangsschlichtung geben, weil die Unternehmensmitbestimmung als Teil der wirtschaftlichen Mitbestimmung nur unter Freiwilligkeitsvorbehalt vernünftig geregelt werden kann. Es bietet sich an, eine gesetzgeberische „Medianlösung“ zu finden, die dann gilt, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Sie muß aber auch in der Mitte der Vorstellungen liegen und funktionsfähig sein. Es ist nicht sachgerecht, wenn der Gesetzgeber mit einem „Schreckensmodell“ droht und so Verhandlungen erzwingen und inhaltlich beeinflussen will. Wenig hilfreich ist es auch, die Suche nach der für beide Seiten passenden Mitbestimmungslösung mit Besitzstandsvorgaben zu belasten.

5. Ausblick: Wettbewerb statt Besitzstandswahrung

- 77** Markt und Wettbewerb wirken entmachtend – auch gegenüber Mitbestimmungsordnungen. Wer heute dem mitbestimmungsrechtlichen Besitzstand fröhnt, kann morgen vom Wettbewerb hinweggetragen werden. Dementsprechend löst die Internationalisierung hinreichend starken Innovationsdruck auf die deutsche Mitbestimmung aus. Insofern kann der ordnungspolitisch Denkende abwarten. Die Hemmschwelle für deutsche Unternehmen, sich der Mitbestimmung zu entledigen, sinkt. Der deutsche Gesetzgeber mag versuchen, die Mitbestimmung gegen Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland zu erhalten. Das löst nur den Druck aus, den Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Je europäischer der Wirtschaftsraum wird, desto weniger brauchen deutsche Unternehmen diesen Weg zu scheuen.
- 78** Das weist den Weg zu einer Europäisierung der Mitbestimmung auf betrieblicher wie auf Unternehmensebene. Die Gefahr: daß überwiegend ausländische Belegschaften auf die Interessen der deutschen Standorte wenig geben. Dann beweist sich, ob Mitbestimmung als echtes Partizipationsinstrument auch einer multinationalen Belegschaft gemeint ist, oder ob nationale Interessengruppen sich – unter Patriotismusvorbehalt – nur ängstlich an die Macht klammern.

Wer sich der Mühe einer sauberen Zwecksetzung nicht unterziehen mag, wählt die deutsche Lösung: Alles bleibt, wie es ist. Hier gilt das *malmot*: Für den, der kein Ziel hat, ist jeder Schuß ein Treffer.

B. Diskussion

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Moderation):

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich zwei Vorbemerkungen machen:

79

Nämlich erstens, den Stiftern zu dieser Stiftung zu gratulieren! Das ist für das Arbeitsrecht erstmal eine große Tat. Es ist aber, glaube ich, auch etwas, was man gesellschaftspolitisch einordnen kann. Wenn Kapital nicht mehr in Arbeitskampfonds fließt, sondern in Wissenschaft, dann bewegen wir uns fort von der kampfwisen Auseinandersetzung in die argumentative, und das ist ein außerordentlich wichtiger Fortschritt.

Meine zweite Vorbemerkung: Ich glaube, es ist sehr wichtig und sehr richtig, sich die Mitbestimmungsfrage neu zu stellen. Ich habe mich bei dem Vortrag daran erinnert, daß wir ja die letzte große Auseinandersetzung um die Mitbestimmung in der Mitbestimmungskommission hatten. Das liegt jetzt bald vierzig Jahre zurück. Ich weiß das noch deshalb, weil mein Lehrer *Eduard Bötticher* es abgelehnt hatte, Vorsitzender dieser Kommission zu werden, so daß es eine *Biedenkopf*-Kommission wurde. Ob es vielleicht auch anders ausgegangen wäre, wenn er es doch gemacht hätte, weiß ich nicht, aber jedenfalls ist es sicher notwendig, sich diese Frage neu zu stellen.

Es geht jetzt darum, das Referat von Herrn *Rieble* zu diskutieren. Wenn ich es recht sehe, haben wir dafür zwanzig Minuten Zeit. Das würde mich dazu veranlassen, Sie alle zu bitten, sich vielleicht auf zwei Minuten zu beschränken. Ich denke, Mikrofone sind vorhanden, die dann jeweils herumgegeben werden, und ich habe noch die Bitte, daß Sie uns bei Ihrer Wortmeldung Namen und Funktion mitteilen. Erstens, damit wir wissen von wem es kommt, und zweitens, damit es schön dokumentiert werden kann.

Also, ich bitte um Wortmeldung. Bitte schön, Herr von Hoyningen-Huene:

Professor Dr. Gerrick von Hoyningen-Huene, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr Rieble, Sie haben in Ihrem sehr schönen und vielseitigen Referat den Partizipationsgedanken, Teilhabegedanken in den Mittelpunkt gestellt und auch als Grundlage der Mitbestimmung gesehen und haben auch aus dem Partizipationsgedanken dann mehr oder weniger Demokratiedgedanken abgeleitet. Ich frage mich zwei Dinge, das eine ist: Woher kommt der Partizipationsgedanke? Als Bayer würde ich gerne sagen, „Wer zahlt, schafft an“, und das ist genau das andere und daher weiß ich nicht, wie der Partizipationsgedanke legitimiert werden soll. Also meine Frage ist, woher kommt die Legitimation? Auch Herr *Wiese*, der heute auch da ist, hat in seinem Kommentar das sehr breit dargelegt, aber ich habe lange geforscht und gesucht, wo der eigentlich her kommt? 80

Und da möchte ich sozusagen zweitens meine These dagegen setzen: Ich glaube, das kommt umgekehrt aus dem Demokratieprinzip heraus. Allerdings nicht so, wie Sie es dargestellt haben, daß damit gleich das Gemeinwohlprinzip gemeint ist, sondern ich meine, man kann ja auch vom „Unternehmenswohl“ oder „Betriebswohl“ sprechen, wie das auch sogar der Gesetzgeber tut. Also ich meine, es ist genau umgekehrt, aber mich würde interessieren, wie Sie dieses Prinzip rechtfertigen?

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 81** Daß die Mitbestimmung letztlich die materielle Legitimation im Staatsbefehl findet, daß also der Staat diese Partizipationsordnung anordnet, das ist, glaube ich, inzwischen überwiegend Allgemeingut. Man kann das zwar noch in Frage stellen mit Blick darauf, daß die Herrschaftsgewalt des Arbeitgebers - „Wer zahlt, schafft an“ - aus dem Arbeitsvertrag resultiert, aber trotzdem bleibt der Staat verantwortlich für die Partizipation als Element der Ausgestaltung privatrechtlicher Weisungs- und Herrschaftsbefugnisse. Das ist ein Element der Privatrechtsordnung.

Man braucht das nicht so hoch zu hängen, wie das Bundesverfassungsgericht das in dieser von mir zitierten zweiten Mitbestimmungsentscheidung gesagt hat, Demokratie und Partizipation in der funktionalen Selbstverwaltung beruhen beide irgendwie am Ende auf Art. 1 GG. Das scheint mir eine etwas übersteigerte Dignitätssucht zu sein.

Ich glaube, es ist einfach ein vernünftiges Prinzip jeder Privatrechtsordnung, daß Entscheidungen dadurch legitimiert werden, daß man an ihnen mitwirkt. Und je mehr die Privatrechtsordnung die Fremdbestimmung zuläßt, desto eher muß eine vernünftige Privatrechtsordnung sozusagen „Gegenpfosten“ einbauen, die eine zu starke Fremdbestimmung verhindern. Dafür will ich jetzt auch gar nicht die Schutzpflicht bemühen. Wenn Sie sich überlegen, welches Schicksal beispielsweise die Geschäftsgrundlagenlehre genommen hat: Man hat ja zeitweise wirklich gemeint, die Geschäftsgrundlage durchbreche das Prinzip des *pacta sunt servanda*, aber wie insbesondere *Schmidt-Rimpler* nachgewiesen hat, ist das ja so, daß die Geschäftsgrundlage in Wahrheit das Vertragsprinzip bestätigt, indem sie ihm Grenzen setzt, nämlich dort, wo die Regelungslegitimation endet. Und so ähnlich kann man aus meiner Sicht die Partizipation durchaus arbeitsverhältnis- oder arbeitsvertragsbezogen begreifen – als vom Staat sinnvollerweise gewollte Ausprägung. Die Legitimation dafür liegt beim privatrechtsgestaltenden Gesetzgeber und nicht bei einem Naturrecht, und das hat auch aus meiner Sicht nichts mit dem Demokratieprinzip staatsverfassungsrechtlicher Prägung zu tun, weil Unternehmen und Betrieb keine Elemente des Staates oder einer staatsrechtlich verfaßten Gesellschaft sind.

Klaus Hofer, B. Braun Melsungen AG, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

Herr Professor Rieble, Sie sind in Ihrem Vortrag auf eine Rechtspraxis in der Mitbestimmung eingegangen, die eigentlich nach dem deutschen Mitbestimmungsgesetz bereits jetzt nicht zwingend ist, und zwar: Außerhalb des Montan-Mitbestimmungsbereiches gibt es ja keine Möglichkeit der Arbeitnehmervertreter, Vorstandsmitglieder, wie haben Sie sich ausgedrückt, die vielleicht sehr hart in Ihrer Interessenwahrnehmung sind, zu verhindern. De facto ist es aber so, daß bei vielen deutschen Unternehmen das so praktiziert wird, ohne daß ein zweckentsprechender Zwang entsteht. Das ist eine geübte Praxis, über die man mal nachdenken sollte, die ist nicht gesetzgeberisch aufoktroziert. **82**

Volker Rieble:

Das ist schon richtig. Wenn man aber versucht, das Mitbestimmungsrecht zu analysieren, dann darf man nicht nur auf die nackte Gesetzeslage schauen, sondern man muß eben auch sehen, welche Sogwirkung dieses Konsensprinzip erzeugt. **83**

Mitbestimmung sagt, alles soll im Konsens und nicht im Konflikt entschieden werden, und daß das dann über den eigentlich normierten Bereich hinausstrahlt auf weitere Unternehmensentscheidungen, darf einen nicht wundern. Diese Prägung der Mitbestimmungsordnung, glaube ich, darf man durchaus kritisch beleuchten, und dann ist es aus meiner Sicht auch nicht so, daß man da entgegenhalten könnte, die Arbeitgeber sind ja selber schuld. Boshaft formuliert kann man sagen, daß letztlich die Mitbestimmungsordnung seit den siebziger Jahren ein großes Umerziehungslager für Arbeitgeber gewesen ist, um sie zu sozialisieren. Das ist gesellschaftspolitisch damals durchaus gewollt gewesen. Wenn Sie schauen, welche Folgewirkung das auch im Arbeitskampfwesen hat, welche Folgewirkung das auch bei der Verfolgung von Rechten durch Prozesse hat, dann werden Sie vielfach feststellen können, daß das Konsensprinzip der Mitbestimmung die Rechtswahrnehmung behindert. Das kann man mit Blick auf den vielbeschworenen sozialen Frieden auch gut finden. Aber es ist auch eine Folgewirkung der Prägung durch Mitbestimmung. Sie können nicht – die Menschen leben zwei unterschiedliche Rollen – vormittags ein mitbestimmter Arbeitgeber sein und nachmittags ein kämpfender. Das funktioniert nicht.

Und dementsprechend glaube ich durchaus, daß man, eben weil es nicht die vereinzelte Praxis ist, Herr Hofer, das durchaus berücksichtigen kann bei der Kritik an der Mitbestimmung.

Hans Frey, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

Herr Rieble, Sie haben in einem Nebensatz erwähnt, daß die Unternehmer die Mitbestimmung auch deswegen lieben, weil sie, wenn sie es nicht täten, befürchten müßten, bestreikt zu werden. Von dem Begründungsansatz aus, den Sie uns geliefert haben, frage ich mich, ob es denn eine Legitimation für einen solchen Streik gäbe? Ich sehe es natürlich so, daß die Gewerkschaften die Mitbestimmung so **84**

vereinbahmt haben, daß sie sie quasi als Teil des Art. 9 Abs. 3 GG ansehen und deswegen sich sozusagen in ihrem Kern angegriffen fühlten. Aber Ihre Begründung ist ja eine andere. Und außerdem würde ich die Folge ableiten, daß es eben kein Streikrecht gäbe, sondern daß es sich um einen politischen Streik handelt.

Volker Rieble:

- 85** Also, der Kampf um die staatliche Mitbestimmungsordnung, also die Regelung der Mitbestimmung im Gesetz wäre selbstverständlich von vornherein ein politischer Streik, weil der Angegriffene nicht der Arbeitgeber ist, sondern der Bundestag als Mitbestimmungsgesetzgeber.

Die andere Frage ist, ob man Mitbestimmungsformen in Unternehmen durch Tarifvertrag regeln können soll und dann natürlich auch durch Arbeitskampf erzwingen können soll, weil es einen Lehrsatz gibt, der sagt, alles was tariflich regelbar ist, ist grundsätzlich – mit gewissen Ausnahmen – auch erkämpfbar. Aus zwei Gründen glaube ich das nicht:

Also, es gibt ja die alte Diskussion, das *Däubler*-Buch „Grundrecht auf Mitbestimmung“ ist auch ein Kind der siebziger Jahre, auch eine orange-braune Tapete des Arbeitsrechts. Das ist im Prinzip widerlegt. Wenn die Mitbestimmung darauf zielt, die gesamte Belegschaft zu repräsentieren und gegenüber der gesamten Belegschaft Machtbefugnisse auszuüben, dann sind die Gewerkschaften für diese nicht legitimiert. Diese Diskussion kennen wir aus dem Streit um die Reichweite von Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG, aber auch mit Blick auf die jetzt noch ganz intensiv diskutierte Verfassungsgemäßheit des neuen § 3 BetrVG, wo es in der Tat darum geht, ob Gewerkschaften legitimiert sind, Betriebsstrukturtarifverträge mit betriebsverfassungsrechtlichen Folgen gerade für die Nichtorganisierten abzuschließen, ohne daß der Staat dies durch eine Genehmigung billigend sanktioniert. Das ist die Frage. Ich verneine dies.

Es kann aus meiner Sicht nicht sein, daß eine immer kleiner werdende Minderheit von inzwischen nur noch etwa 40 % – so hoch ist der Nettoorganisationsgrad nach Erhebung des Instituts der deutschen Wirtschaft – letztlich sich anmaßt, als „Vertreter der gesamten Arbeiterklasse“ die Mitbestimmungsordnung für alle festzulegen. Wenn Mitbestimmung Partizipation der ganzen Belegschaft ist, dann kann man nicht sagen, daß nur die Partikularbelegschaft der Organisierten für die ganze Belegschaft agiert. Das ist letztlich ein Systemwiderspruch, den man aus meiner Sicht nicht hinnehmen darf. Das kann man anders begründen nur dann, wenn man den Gewerkschaften eben auch einen quasi-demokratischen Allzuständigkeitscharakter zuspricht. Das ist aber aus meiner Sicht nicht mehr zu rechtfertigen. Wir wissen heute, daß Gewerkschaften zwar noble, aber eben Vertreter nur ihrer Mitglieder sind und nicht aller Arbeitnehmer oder gar auch noch der Rentner oder Arbeitslosen und Sonstiger.

Deswegen glaube ich, der Tarifvertrag als Regelungsinstrument muß ausscheiden, Arbeitskampf erst recht.

Wolfgang Goos, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

Herr Professor Rieble, ich wollte noch mal diesen Punkt ansprechen, den Sie ja als roten Faden in Ihrem Referat herausgearbeitet haben. Da geht es, aus meiner Sicht auf der einen Seite zu Recht, bei Ihnen um Legitimationsprobleme und um die Fragen, wieso ist Macht hier legitimiert, und auf der anderen Seite votieren sie doch, sehr stark für mich, für direkte Partizipation als den besseren Weg. Jetzt weiß ich nicht, ob Sie das auch als demokratischeren Weg ansehen, denn dann müßte man sich fragen, ob in den in vieler Hinsicht als Demokratien angesehenen anderen europäischen Ländern, die nicht die Mitbestimmung haben, was mit denen dann ist, ob das ein Demokratiedefizit ist oder ob es vielleicht mehr etwas mit der Gesellschafts- und Vertragsordnung zu tun hat? Da würde ich gern nochmal nachfragen, denn daß die direkte Arbeitnehmerpartizipation in jeder Hinsicht auch unter Effizienzgesichtspunkten, für welchen Standort auch immer, besser ist, das würde ich erstmal hinterfragen wollen. Danke. **86**

Volker Rieble:

Also, ganz kurz: Unter direkter Partizipation würde man ausschließlich die Vertragsrechte des einzelnen Arbeitnehmers sehen. Hier kann der Arbeitnehmer selbst auf das ihn betreffende Entscheidungsergebnis einwirken. **87**

Die kollektive Partizipation ist immer eine indirekte aus Sicht des Arbeitnehmers, denn mehr als den Wahlakt steuert der einzelne Arbeitnehmer nicht bei. Er kann natürlich auch zu seinem Interessenvertreter gehen und sagen, was er gerne hätte. Aber die Entscheidungsfindung wird nicht vom Arbeitnehmer, sondern vom Arbeitnehmerrepräsentanten beeinflusst. Und auch diese Form von Repräsentation finde ich grundsätzlich richtig. Das habe ich ja versucht mit Blick auf die Ausgleichsfunktion im Kollektivsystem darzutun, die Frage dazu ist nur, was ist der richtige Weg? Und da habe ich das Demokratische nur in Anführungszeichen gebraucht, eben weil gerade diejenigen, die die deutsche Mitbestimmung am stärksten vor der Internationalisierung schützen wollen, diejenigen sind, die das Wort Demokratie am lautesten führen. Das halte ich für einen Widerspruch.

Wenn man aber sagt: Partizipation, muß man den Kreis der Betroffenen definieren. Bei der betrieblichen Mitbestimmung geht man von der arbeitsorganisatorisch betroffenen Betriebsbelegschaft aus, bei der Unternehmensmitbestimmung ist das die Gesamtheit der durch Arbeitsvertrag an einen Rechtsträger Gebundenen, weil die Unternehmensmitbestimmung entscheidend auf wirtschaftliche Faktoren zielt. Und da glaube ich, führt aus meiner Sicht, wenn man es vertragsrechtlich macht, kein Weg daran vorbei, dieses Partizipationselement der Gleichheit der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer einzuführen. Und deswegen glaube ich, also auch fern vom eigentlichen Demokratiedanken, ist die Stimmrechtsgleichheit der ausländischen und der inländischen Arbeitnehmer ein Wesensmerkmal einer modernen Mitbestimmung in einem globalisierten Wettbewerbsumfeld. Daran kommt man, glaube ich, nicht vorbei.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

- 88** Herr Rieble, eine kurze Frage: Sie plädieren ja umfassend für Vereinbarungslösungen. Mich würde interessieren, wie der Konflikt für den Fall, daß es eben nicht zu einer konsensualen Lösung kommt zwischen, sagen wir mal, der Unternehmensleitung und den Belegschaftsvertretern, gelöst werden soll? Ich glaube Ihren Ausführungen entnehmen zu können, daß Sie dann für eine Art Auffanglösung plädieren. Könnten Sie das vielleicht nochmal etwas konturieren, wie die aus Ihrer Sicht auszusehen hat?

Volker Rieble:

- 89** Also, wenn man im kollektiven Arbeitsrecht eine Lösung will und keine hat, gibt es immer drei Möglichkeiten:

Die erste Möglichkeit ist die kampfmäßige Lösung. Für Sie habe ich eben schon ausgeführt, warum ich glaube, daß sie nichts taugt.

Die zweite Möglichkeit ist die Schlichtungslösung – Modell Einigungsstelle. Das wäre denkbar, daß also der Staat, wenn er seine Schlichtungsgesetze, das Kontrollratsgesetz 35, aktiviert, auch eine Schlichtung für Mitbestimmungsstatuststreitigkeiten bereitstellt.

Die dritte Möglichkeit ist, daß man die berühmte Auffanglösung oder Median-Lösung unterschiebt. Das ist der Weg, den man ja jetzt versucht zu gehen, allerdings bislang noch stark vom Besitzstandsgedanken dominiert. Wenn man eine Median-Lösung vorgibt, die man nach oben und unten für dispositiv hält, um die Einigung zu forcieren, dann muß diese Median-Lösung auch in der Mitte liegen. Dann darf man nicht, so wie etwa bei der Lohngleichheit für die Leiharbeit, sagen, ich mache jetzt ein ganz hohes Mitbestimmungsniveau, also z.B. Montanparität, und man kann diese dann durch irgendeine Vereinbarung herunterfahren. Dann hat der Arbeitgeber ja keine Chance, sondern wenn, dann muß es eine mittlere Lösung geben – manche sagen, die Drittelparität sei eine solche mittlere Lösung – und auch diese mittlere Lösung kann man dann nach oben bis zu einer näher zu bezeichnenden Grenze, ab der die Unternehmerfreiheit aufhört, oder nach unten noch abweichen. Und dann gibt es ein hinreichendes Interesse der Beteiligten, vor dem Hintergrund einer solchen Median-Lösung, wie das die Verhandlungspsychologen sagen, eine „win-win-Situation“ herzustellen, die also für beide Seiten vorteilhaft ist.

Professor Dr. Herbert Buchner, Universität Augsburg:

- 90** Ich glaube, bei realistischer Betrachtungsweise ist diese Verhandlungslösung wahrscheinlich die einzige, die uns wirklich weiterbringen könnte. Da hätten wir starken Rückwind von der EG, weil sie ja aus diesem Bereich kommt – von der europäischen Aktiengesellschaft, hier ist die Verhandlungslösung ja erstmals entwickelt worden. Ich glaube, es ist eine Illusion zu glauben, daß der deutsche

Gesetzgeber von sich aus die Drittelparität einführen wird, für Großunternehmen. Dafür geht es uns immer noch zu gut. Das kommt vielleicht irgendwann mal, wenn die Katastrophe vollständig ist.

Aber diese Optionslösung wäre doch sehr elegant. Vielleicht wird es von der EG sowieso vorgegeben über die bisherigen Modelle hinaus – das ist ja sehr gut denkbar. Dann stellt sich natürlich die Frage an die Unternehmer: Sind die deutschen Aktiengesellschaften bereit, in der Mitgliederversammlung zu sagen, wir verlegen den Sitz nach Amsterdam, wenn nicht diese Verhandlungslösung von der Arbeitnehmerseite zugebilligt wird? Also könnte man ja dann Druck ausüben, wenn man diese Option hat. Also der Gesetzgeber wird es freigeben für die Optionslösung und dann käme für die Kapitaleigner die Stunde der Wahrheit, nicht wahr? Sind sie dann bereit, aufs Ganze zu gehen und ihren eigenen Weg dann auch vorzubereiten?

Volker Rieble:

Ich stimme ihnen völlig zu, Herr Buchner. Die eine Seite ist das, was man als **91** Wissenschaftler für richtig hält. Also wie würde ich ein Mitbestimmungsgesetz erlassen, wenn ich heute die Mitbestimmung erstmals einführen würde?

Das andere ist die Frage nach der politischen Durchsetzungsfähigkeit. Da wird in der Tat wohl nur am Ende die Vereinbarungslösung stehen und dann ist die Frage, welche Druckmittel hat die Arbeitnehmerseite und welche Druckmittel hat die Arbeitgeberseite, um zwar nicht durch Arbeitskampf, aber eben durchaus auch durch wirtschaftlichen Druck des Wettbewerbs, der richtigerweise entmachtend wirkt, dann dazu zu führen, daß eine vernünftige Lösung in der Mitte gefunden wird.

Nur glaube ich, das Sichfügen in das politisch Machbare darf man erst unternehmen, nachdem man sich Gedanken über die richtige Lösung gemacht hat, damit man weiß, auf welches Ideal man verzichtet, um in der Wirklichkeit anzukommen. Und man soll nicht als Rechtswissenschaftler von vornherein sagen: Also über die Dinge, die nicht machbar sind, denke ich gar nicht erst nach. Dann glaube ich, verbaut man sich den Weg, Systemwidersprüche und Strukturschwierigkeiten rechtzeitig zu erkennen. Ich glaube, dieser Gefahr sind wir in Deutschland mit der Mitbestimmung schon anheim gefallen, weil wir im Prinzip 30 Jahre in der Unternehmensmitbestimmung nicht darüber diskutiert haben, wozu sie eigentlich da ist.

Manfred Löwisch:

Ich schaue auf die Uhr, wir haben noch für zwei Wortmeldungen Zeit. Die erste ist **92** hier, bitte sehr:

Manfred Göbels, DaimlerChrysler AG, Deutscher Führungskräfteverband (ULA):

- 93** Ich wollte einfach noch etwas zu dem Partizipationsgedanken in Richtung des Heidelberger Kollegen sagen. Wenn wir gesellschaftspolitisch immer wieder die Aufforderung hören, über alle Parteien hinweg, daß wir eigenverantwortliches Handeln in Zukunft erwarten, dann frage ich mich in der Tat, wie Sie eigenverantwortliches Handeln reklamieren wollen, wenn Sie nicht mündige Menschen um sich haben.

Mündigkeit erfordert aber Freiraum, damit sie mündig handeln können, und mündiges, eigenverantwortliches Handeln bedeutet auch Teilhabe. Teilhabe an Entscheidungen. D.h. also, die Eigenverantwortlichkeit ruht auf dem Prinzip der Mündigkeit und die Mündigkeit wiederum erfordert die Partizipation. Ich sehe also überhaupt keinen anderen Weg, konsequent die Partizipationen und den Partizipationsgedanken weiter zu verfolgen, nur dort kriegen sie Motivation, nur dort kriegen sie Identifikation und nur dort kriegen sie die Bereitschaft, Verantwortung auch zu übernehmen. D.h. wenn wir über Mitbestimmung diskutieren, sollten wir nicht über Institutionalisierungen diskutieren, sondern wir sollten vor allen Dingen darüber diskutieren, wie wir diesen Gedanken erhalten und weiterentwickeln.

Volker Rieble:

- 94** Für diesen Hinweis bin ich dankbar, das habe ich vorhin unterschlagen. Die Mitbestimmung ist natürlich auch Ausdruck des Zeichens des Menschenbildes einer Arbeitsrechtsordnung. Sie kennen vielleicht den Streit um das Menschenbild im Verbraucherschutz. Ist der Verbraucher ein mündiger Verbraucher oder ist er eher vor sich selbst zu schützen?

Dieselbe Frage hat Herr *Fastrich* auch schon mal für das Arbeitsrecht gestellt. Wir müssen ihr noch verschärft nachgehen. Dem Grundgedanken kollektiver Herrschaft liegt an sich der vertrags- und entscheidungsunfähige Arbeitnehmer zugrunde. Aber schon die Betriebsverfassung hat einen kleinen Schritt bei der letzten Reform getan, indem die individuellere Sicht und die Beteiligungsrechte des einzelnen Arbeitnehmers stärker akzentuiert worden sind. Und wenn wir zu einer Veränderung des Menschenbildes vom Arbeitnehmer gelangen, dann ist jede Mitbestimmungsordnung verloren, die auf kollektiver Herrschaft über solche Arbeitnehmer zielt.

Manfred Löwisch:

- 95** Eine letzte Wortmeldung. Nein? Dann habe ich ja jetzt noch die Gelegenheit für dreißig Sekunden und wollte noch dem Publikum berichten, wie Herr *Rieble* diese Funktion hier übernommen hat. Ich habe ihm geschrieben, nunmehr brauche er die „staatsmännische Attitüde“, und wenn ich mir seinen Vortrag vergegenwärtige, ist er sehr auf dem Weg dahin. Er war heute außerordentlich milde.

§ 2 Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – ein Sonderweg im Rechtsvergleich

Rn.

A. Referat Robert Rebhahn	1
I. Einleitung	1
II. Befund	4
1. Einzubeziehende Rechtsordnungen	4
2. Grundzüge der ausländischen Regelungen	6
3. Exkurs: „Zwingende Arbeitnehmermitbestimmung“	22
4. Analytische Betrachtungen	24
a. Erfaßte Unternehmensträger	25
b. Ausgestaltung der Organbeteiligung (Betroffene Organe und Bestellung der Vertreter)	29
c. Kompetenzen des Organs mit Arbeitnehmervertretern	32
d. Ausmaß der Beteiligung	38
e. Handlungsmaßstab: Unternehmens- oder Arbeitnehmerinteressen?	42
f. Abschließendes zur Befundaufnahme	44
III. Zur Erklärung und Bewertung der Unterschiede	48
1. Funktionelle Äquivalente und zur Erklärung der Unterschiede	48
2. Bewertung aus rechtsvergleichender Sicht und deren Grenzen	52
3. Nutzen der Rechtsvergleichung für Bewertung nach anderen Maßstäben	56
a. „Objektive“ Beurteilung anhand von Modellannahmen	56
b. „Objektive“ Beurteilung anhand empirischer Studien	64
c. „Subjektive“ Bewertung durch Marktakteure	68
IV. Zusammenfassung	69
B. Diskussion	81

A. Referat Robert Rebhahn*

I. Einleitung

- 1 Mit Unternehmensmitbestimmung meint man primär die Mitsprache der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungs- oder dem Drittelbeteiligungsgesetz. Für den Vergleich mit anderen Rechtsordnungen muß man das Thema funktionell umschreiben. Es geht um die Beteiligung in Organen eines Unternehmensträgers: Die Arbeitnehmer haben kraft Gesetzes das Recht, Einfluß auf die Zusammensetzung eines leitenden Organs der Gesellschaft zu nehmen, das zur Geschäftsführung und/oder Aufsicht zuständig ist.¹ Diese Organbeteiligung ist von der Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem Modell des Betriebsverfassungsgesetzes zu unterscheiden. Bei dieser betrieblichen Mitsprache wird eine betriebliche Vertretung der Arbeitnehmer an der Entscheidung konkreter Angelegenheiten eines Unternehmens beteiligt. Beide Formen der Beteiligung – man kann auch von Beteiligung von innen oder von außen sprechen – können entweder nur der Information der Arbeitnehmervertreter und der Konsultation dienen, oder weiter gehen und die Arbeitnehmer an der Entscheidung selbst beteiligen. Bei der Organbeteiligung bedeutet dies ein Stimmrecht im Gesellschaftsorgan, bei der Beteiligung an Angelegenheiten Zustimmungsvorbehalte oder eine erzwingbare Regelung durch einen Dritten (Initiativrecht).

Zur Organbeteiligung gibt es keine harten Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Weder die Richtlinie über die Arbeitnehmermitbestimmung bei der Europäischen Gesellschaft noch der Vorschlag für eine Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung² enthalten Vorgaben für die Gestaltung der rein nationalen Regelung zur Unternehmensmitbestimmung. Anders ist es bei der Beteiligung an konkreten Entscheidungen: Die Richtlinie 02/14/EG aus 2002 schreibt vor, daß in Unternehmen mit mehr als 50 Arbeitnehmern die Arbeitnehmer oder deren Vertreter von wichtigen Entwicklungen und Vorhaben zu informieren und sie dazu anzuhören sind.

- 2 Ich befasse mich nur mit der Organbeteiligung, und zwar rechtsvergleichend, und beschränke mich auf die vom Gesetz vorgeschriebene, die obligatorische Organbeteiligung. In manchen Mitgliedstaaten kann auch die Satzung einer Kapitalgesellschaft eine Organbeteiligung der Arbeitnehmer vorsehen, was kaum praktische Bedeutung erlangt hat. Die Beschränkung auf die Organbeteiligung, die

* Professor Dr. Robert Rebhahn, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wien

1 Man vgl. dazu die Umschreibung in Art. 2 lit k der RL 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der SE hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer. Mitbestimmung wird dort definiert als „die Einflußnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder der Arbeitnehmervertreter auf die Angelegenheiten der Gesellschaft durch die Wahrnehmung des Rechts

- einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen oder
- die Bestellung eines Teiles der oder aller Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen und/oder abzulehnen.“

2 COM (2003) 703(01) Vorschlag für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

Unternehmensmitbestimmung, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil sie derzeit mehr in der Diskussion steht. Dies bedeutet nicht, daß die Organbeteiligung stets die wichtigere Form ist. Vielmehr kann eine echte Mitbestimmung in konkreten Angelegenheiten die Unternehmensleitung und die Eigentümer unter Umständen mehr einschränken als die Organbeteiligung.³ Bei der Organbeteiligung nehme ich nur die Regelungen für Unternehmen der Privatwirtschaft in den Blick, nicht Sonderregeln für staatsnahe Unternehmen. Nur in den Staaten mit starker Privatisierung, insbesondere den Reformländern und Frankreich, ist auf Besonderheiten bei privatisierten Unternehmen hinzuweisen.

Rechtsvergleichung befaßt sich primär mit dem positiven Recht, weniger mit der 3 unterschiedlichen Praxis, den rechtlichen Rahmen zu nutzen. Dementsprechend befaße ich mich mit einer konkreten Regelung, hier der Organbeteiligung, nicht mit dem Ensemble des Arbeitsrechts. Diese auf konkrete Normen ausgerichtete Betrachtung wird im Arbeitsrecht von manchen als nicht sachgerecht angesehen, weil sie nicht die Fülle der Arbeitsbeziehungen einfange. Letzteres trifft zwar zu, ist aber kein Einwand. Denn entweder sind die konkreten Normen nicht wichtig, dann könnte man sie auch abschaffen. Oder sie sind wichtig, dann lohnt es sich auch, nur die Normen vergleichend zu betrachten. Davon abgesehen weiß man auch in Deutschland, daß derselbe rechtliche Rahmen in verschiedenen Branchen ganz unterschiedlich genutzt und belebt wird. Die Studien und Kommentare zum nationalen deutschen Recht fangen auch dies kaum ein – und sind dennoch sinnvoll. Ähnliches gilt zur Rechtsvergleichung. Diese Grundposition hindert nicht, den Blick zu erweitern, wo dies sinnvoll erscheint.

Rechtsvergleichung kann und soll primär die verschiedenen nationalen Regelungen erheben und einander systematisch gegenüberstellen. In einem zweiten Schritt kann dann versucht werden, die Unterschiede zu erklären.

II. Befund

1. Einzubeziehende Rechtsordnungen

Bei Rechtsvergleichung steht am Anfang die Frage, welche Länder in den Vergleich 4 einzubeziehen sind. In der EU wird man potentiell alle Mitgliedstaaten berücksichtigen, schon um die nationalen Hintergründe für die politischen Entscheidungen zu erfahren. Manche Rechtsordnungen wird man intensiver betrachten, wobei vor allem die wirtschaftliche Relevanz für das Thema die Auswahl leiten wird. Im Arbeitsrecht wird primär die Zahl der Beschäftigten relevant sein. Für die Organbeteiligung wird es eher auf jene Staaten ankommen, die als Sitz von Gesellschaften überproportional bedeutend sind, etwa Luxemburg. Ich versuche im Folgenden doch 23 der 25 Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, um so ein

3 In Deutschland sind dazu vor allem die Mitbestimmung bei der Anordnung von Überstunden bzw. Mehrarbeit sowie bei der betrieblichen Entgeltgestaltung zu nennen (§ 87 BetrVG); derartige Mitbestimmungsrechte gibt es in kaum einem anderen Mitgliedstaat.

umfassendes Bild zu geben; nur Malta und Zypern bleiben von vorneherein außer Betracht.

- 5 In einer globalisierten Wirtschaft muß man beim Rechtsvergleich im Wirtschaftsrecht – und das Arbeitsrecht ist immer auch Wirtschaftsrecht – auch fragen, ob das Blickfeld über die EU hinaus zu erweitern ist. Ein Rechtsvergleich im eigentlichen Sinn, der sich mit den Details wirtschaftsrelevanter Regelungen befaßt, ist aber wohl nur sinnvoll, wenn die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und Daten annähernd ähnlich sind. Fehlt es daran, so kann – etwa vor einer Investitionsentscheidung – zwar ein Vergleich der Arbeitskosten Sinn machen, kaum jedoch ein Vergleich der rechtlichen Regelungen im Detail. Es scheint daher nicht sinnvoll, hier über die Arbeitnehmervertretung in China zu reden – abgesehen davon, daß es sie ohnehin kaum gibt. Nach den genannten Kriterien einzubeziehen wären die Vereinigten Staaten und Japan. Ein Vergleich mit den USA lohnt immer – für die einen ist es das große Vorbild, für die anderen das starke Gegenbild, in jedem Fall der stärkste Mitbewerber.

2. Grundzüge der ausländischen Regelungen

- 6 Im Folgenden soll ein sehr kurzer Überblick über die Organbeteiligung in den verschiedenen Ländern gegeben werden. Es herrschen dazu bei manchen ganz falsche Vorstellungen, und zwar in beide Richtungen. Manche glauben, eine Organbeteiligung gebe es nur in Deutschland, andere meinen, es sei überall so wie hier.
- 7 Die Organbeteiligung besteht, wenn es sie gibt, vor allem bei Kapitalgesellschaften. In den meisten Ländern stehen zwei Formen der Kapitalgesellschaften zur Verfügung (anders ist es in Dänemark); im Vordergrund steht hier jeweils die „große“ Form. Bei der Unternehmensleitung der Kapitalgesellschaft unterscheidet man idealtypisch das dualistische und das monistische System.⁴ Beim dualistischen System finden wir die Trennung in einen geschäftsführenden Vorstand und in einen Aufsichtsrat, der die Aufgabe hat, den Vorstand zu kontrollieren, oft auch ihn zu bestellen, nicht aber selbst die Geschäfte führt, vor allem kein Recht hat, eine Entscheidung zur Geschäftsführung zu initiieren. Beim monistischen System gibt es nur einen Verwaltungsrat, dem meist geschäftsführende und nicht geschäftsführende Mitglieder angehören, und der Fragen der Geschäftsführung stets an sich ziehen kann.

In den meisten der alten Mitgliedstaaten sieht das Gesetz nur diesen einen Verwaltungsrat vor. Die nähere Ausgestaltung in der Praxis variiert allerdings beträchtlich, von der Leitung nach dem Führerprinzip in Frankreich und partiell in Großbritannien bis zur Praxis in Schweden, wo der Verwaltungsrat sich durchaus in die Geschäftsführung einmengt. Das dualistische System finden wir unter den 15 alten Mitgliedstaaten selbst bei der Aktiengesellschaft obligatorisch nur in Deutschland, Österreich, Dänemark und in den Niederlanden, wobei es in den Niederlanden sowie bei GmbHs in Österreich nur für Gesellschaften mit

4 Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004), Rn. 376 ff.

Organbeteiligung obligatorisch ist. Und in Dänemark können die Geschäftsführer auch dem *Board* angehören. Fakultativ gibt es das dualistische System in Italien, Frankreich und Finnland. Auch in vielen neuen Mitgliedstaaten Osteuropas ist zumindest für die Aktiengesellschaft das dualistische System vorgesehen, so in Tschechien, Slowakei und Ungarn sowie für größere Aktiengesellschaften in Polen und Slowenien.⁵ Allerdings hat der Aufsichtsrat in mehreren der neuen Mitgliedstaaten Weisungen der Hauptversammlung zu befolgen, und/oder kann sich selbst ergänzen. Generell kann man sagen, daß der scharfe Gegensatz zwischen *one* und *two board systems* zunehmend abgeschwächt wird und in ein Kontinuum übergeht.⁶ Aufsichtsräte erweitern ihre Tätigkeit zunehmend von der Kontrolle des Vorstandes auf strategische und unternehmerische Entscheidungen. Und in Verwaltungsräten heben sich die *executive* von den *non executive directors* immer mehr ab, auch wenn die Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung formell aufrecht bleibt.

Zurück zur Organbeteiligung.⁷ Am einfachsten darzustellen ist die Lage in jenen Staaten, in denen das Gesetz den Arbeitnehmern keinerlei Einfluß auf die Zusammensetzung der Organe der Unternehmensträger der Privatwirtschaft einräumt. So ist die Lage in zehn der dreiundzwanzig Staaten, und zwar in Großbritannien und Italien, auch in Spanien, Belgien, Portugal, Griechenland und Irland, sowie in Estland, Lettland und Litauen.⁸ Aus Großbritannien ist berichtenswert, daß ein beträchtlicher Teil der britischen Aktien den dortigen Pensionsfonds gehört, und die Verwaltungsräte der Fonds zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen müssen. Interessant ist, daß in Italien und Frankreich

5 *Kalss*, Gesellschaftsrecht in den Ländern Mittel- und Osteuropas, ZGR 2000, 845, 848.

6 Vgl. z.B. *Davies*, Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, ZGR 2/2001, 268; *Theisen*, *Corporate Governance*, RWZ 2001/6, 157 ff. mwN. in Fn. 12. Idealtypisch kann man wohl vier Fälle unterscheiden: Verwaltungsrat, der die laufenden Geschäfte stark beeinflusst; Verwaltungsrat, der die Entscheidungen weitgehend der Geschäftsführung überläßt; Aufsichtsrat, der stark eingreifen darf (aufgrund von Zustimmungsvorbehalten); Aufsichtsrat, der auf Kontrolle ex post beschränkt ist.

7 Eine gründliche Darstellung der Regelungen in den alten 15 Mitgliedstaaten nun bei *Baums/Ulmer* (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Sonderheft 72 (2004). Ferner: Böckler-Stiftung, Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht in den Ländern der EG (2003); sowie die Aufsatzserie Unternehmenskontrolle in der EU, Mitbestimmung Hefte 12/2002 bis 9/2003 in sieben Teilen (die meisten von *Altmeyer*). Für die acht osteuropäischen Beitrittsländer vgl. *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen in Mitteleuropa, 2. Auflage (2004); sowie die Beiträge in *Breidenbach* (Hg.), Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa (Lfg. seit 1993). Der rechtsvergleichende Expertenbericht für die Kommission Mitbestimmung geht auf die Organbeteiligung erstaunlicherweise kaum ein: *Thelen/Turner*, Die deutsche Mitbestimmung im internationalen Vergleich, in: *Streeck/Kluge* (Hg.), Mitbestimmung in Deutschland: Tradition und Effizienz: Expertenberichte für die Kommission Mitbestimmung (1999), 135-223.

8 Vgl. für die alten Mitgliedstaaten: EU-Kommission (Hg.), L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques (rapport *Pichot*), 1999/2001; sowie Europäische Kommission (Hg.), Abschlußbericht der Sachverständigengruppe « European System of Worker Involvement » (Davignon-Bericht, 1997). Estland: *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen, 39; Lettland: *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen, S. 44; Litauen: *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen, S. 50.

Organbeteiligung fehlt, obwohl dort die Verfassungstexte die Teilnahme der Arbeitnehmer an der Verwaltung der Unternehmen verheißen.⁹ Allerdings stammen beide Normen aus der unmittelbaren Nachkriegszeit und wurden in der Folge auch von der Verfassungsdoktrin zurückgedrängt.

- 9 In Deutschland gibt es zwei allgemeine Regelungen, die „große“ Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und die „kleine“ nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (welches das Betriebsverfassungsgesetz 1952 abgelöst hat).¹⁰ Das Mitbestimmungsgesetz gilt für Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern. Die Arbeitnehmer bestellen danach die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates. Bei Stimmengleichheit hat der Vorsitzende bei der neuerlichen Abstimmung eine zweite Stimme, und der Vorsitzende kann nicht gegen den Willen der Mehrheit der Kapitalvertreter gewählt werden. Die Regelung des Drittelbeteiligungsgesetzes gilt im wesentlichen für Kapitalgesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern. Bei diesen Gesellschaften bestellen die Arbeitnehmer ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrates. Daneben gibt es die Sonderregelung für Montanunternehmen, welche über das Mitbestimmungsgesetz hinausgeht. Mit deutscher Regelung ist im Ffolgenden die große Mitbestimmung gemeint. Sie wurde im übrigen 1976 im Bundestag mit den Stimmen aller Parteien (nur 22 Gegenstimmen) beschlossen.

Stark an Deutschland hat sich Slowenien orientiert, bei der Organbeteiligung wie bei der Betriebsverfassung.¹¹ Eine Organbeteiligung gibt es vor allem bei Aktiengesellschaften, bei anderen Kapitalgesellschaften nur, wenn es einen Aufsichtsrat gibt. Der Betriebsrat bestellt ein Drittel bis zur Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates, der insbesondere bei mehr als 500 Arbeitnehmern obligatorisch ist; der genaue Anteil wird von der Satzung der Gesellschaft festgelegt. Für Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmern sah das Gesetz vor, daß der Betriebsrat zumindest die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Eine Reduktion auf ein Drittel wurde nach 1999 diskutiert, vom Gesetzgeber aber nicht realisiert. Im Jahr 2001 hat dann das Verfassungsgericht die Hälftebeteiligung aufgehoben.¹² Die

9 In Art. 46 der Verfassung Italiens aus 1948 anerkennt die Republik „il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.“ Allerdings normiert Art. 41, daß die ökonomische Initiative „libera“ ist. In Frankreich verheißt die Präambel der Verfassung 1946, daß jeder Arbeitnehmer „participe, par l’intermédiaire de ses délégués à la gestion des entreprises“; vgl. *Pélissier/Supiot/Jeamnaud*, *Droit du travail*, 21. Auflage (2002), Rz. 53.

10 Vgl. z.B. *Henssler*, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*; sowie zum MitbestG *Raiser*, *Mitbestimmungsgesetz*, 2. Auflage (2002). Eine Bestandsaufnahme versucht der Bericht „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen“ der Kommission Mitbestimmung, welche von der Bertelsmann - und der Böckler-Stiftung eingesetzt wurde; die Kommission hatte aber wohl den Auftrag, die Mitbestimmung selbst nicht in Frage zu stellen.

11 Grundlage ist Art. 79 des Gesetzes über die Partizipation der Arbeitnehmer aus 1993. *Kohl/Platzer*, *Arbeitsbeziehungen*, 72, S. 128. Vgl. auch den Bericht von EIRO-online vom 6.1.2004.

12 Der EIRO-online Bericht vom 6.1.2004 sagt über das Urteil zu Art. 79: „The Constitutional Court of the Republic of Slovenia (CCRS) found (in ruling No. U-I-302/97 of 15 June 2000) that this paragraph was in conflict with the Constitution and that

Neuregelung aus 2001 sieht vor, daß die Beteiligung mindestens ein Drittel und höchstens die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates beträgt; die Entscheidung liegt bei der Satzung und damit bei den Anteilseignern. Beträgt der Arbeitnehmeranteil die Hälfte, so hat bei Stimmengleichheit der Aufsichtsratsvorsitzende, ein Vertreter der Anteilseigner, nun eine zweite Stimme. Bei mehr als 500 Arbeitnehmern hat die Belegschaftsvertretung auch das Recht, ein Vorstandsmitglied als Arbeitsdirektor vorzuschlagen.

In allen anderen Staaten mit Organbeteiligung geht der Anteil der Arbeitnehmer nicht über ein Drittel der Sitze hinaus. Ansonsten stark an Deutschland orientiert ist die Regelung in Österreich.¹³ Seit 1974 setzt sich der Aufsichtsrat in Aktiengesellschaften und GmbHs zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer zusammen. Dies gilt für Aktiengesellschaften mit mehr als fünf und für GmbHs mit mehr als 300 Arbeitnehmern. Die Arbeitnehmervertreter werden von den österreichischen Betriebsräten aus den Arbeitnehmern des Unternehmens entsendet und können jederzeit abberufen werden. Ausländische Betriebsräte sind nicht aktiv zur Entsendung berechtigt, die einheimischen Betriebsräte könnten aber wohl auch im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer des Unternehmens entsenden. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben an sich dieselben Rechte und Pflichten wie die Kapitalvertreter. Sie erhalten jedoch keine besondere Vergütung. Die Arbeitnehmervertreter nehmen auch an Personalentscheidungen teil, ein Beschluß über die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern bedarf überdies stets einer Mehrheit unter den Kapitalvertretern. Und die Fragen der Vergütung können in einen Ausschuß ohne Arbeitnehmerbeteiligung ausgelagert werden. In Österreich sieht das Gesetz schon seit 1982 vor, daß der Vorstand für bestimmte wichtige Entscheidungen die Zustimmung des Aufsichtsrats benötigt; weitere Maßnahmen kann er an seine Zustimmung binden, er darf sich aber nicht in das Tagesgeschäft mengen.

Eine Beteiligung im Ausmaß von einem Drittel finden wir auch noch in Dänemark, Luxemburg sowie in wichtigen neuen Mitgliedstaaten. In Dänemark können die Arbeitnehmer in Unternehmen, die nach dänischem Recht errichtet wurden und die mehr als 35 Beschäftigte haben, in einer Abstimmung mit Mehrheit verlangen, daß

parliament should thus act to end this conflict. The CCRS stated that obligatory parity representation of workers and shareholders on the supervisory boards of larger companies excessively restricted the right of the owners (shareholders) to property and to free economic initiative. If the status and the competences of the supervisory board allowed the interest of employees to prevail in the board, the shareholders would lose their decisive influence on the company. Because the previous rules did not regulate decision-making in cases of parity representation, this situation could cause unnecessary difficulties and disputes or even block decision-making, the Court found."

13 Grundlage ist § 110 Arbeitsverfassungsgesetz. Vgl. *Kalss*, Die Arbeitnehmermitbestimmung in Österreich, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung. Soweit zu sehen, wurde Organbeteiligung erstmals in Österreich 1919 eingeführt (§ 3 Z 11 BRG 1919). Von 1919 bis 1934 waren im (einstufigen) Verwaltungsrat einer AG zwei Arbeitnehmervertreter, nach 1945 zwei Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

in den *Board* Vertreter der Arbeitnehmer bestellt werden.¹⁴ Die Gesellschaft und der *Board* können selbst festlegen, ob der *Board* eher Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat ist. Die Arbeitnehmer haben bei den größeren Unternehmen überwiegend, bei den kleineren selten für diese Repräsentation votiert. Haben sie die Vertretung im Verwaltungsrat verlangt, so wählen sie in der Folge ein Drittel der Mitglieder.

- 12** In Luxemburg besteht der Verwaltungsrat jeder Aktiengesellschaft mit mehr als 1000 Arbeitnehmern zu einem Drittel aus Arbeitnehmern.¹⁵ Außerhalb Luxemburgs beschäftigte Arbeitnehmer werden nicht mitgezählt (Art. 22); und sie haben wohl auch kein Recht auf Vertretung. Der Schwellenwert von 1000 dürfte dann nicht bei sehr vielen Gesellschaften von einheimischen Arbeitnehmern erreicht werden. Die Regelung gilt wohl nur für Gesellschaften nach luxemburgischem Recht, wobei Luxemburg bisher der Sitztheorie folgte. Die Vertreter der Arbeitnehmer werden grundsätzlich von der betrieblichen Arbeitnehmervertretung aus dem Kreis der Arbeitnehmer gewählt.
- 13** In Tschechien wählen die Arbeitnehmer – nur – in Aktiengesellschaften mit mehr als 50 Beschäftigten ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrates,¹⁶ wobei alle Arbeitnehmer wahlberechtigt sind. Für die Bestellung und Abberufung des Vorstandes ist aber die Hauptversammlung zuständig. Die Satzung kann der Hauptversammlung weitere Geschäfte zur Entscheidung zuweisen, diese kann wohl schon nach dem Gesetz dem Vorstand auch Weisungen erteilen. Eine ähnliche Regelung gibt es in der Slowakei.¹⁷ Auch hier sind die Arbeitnehmer mit einem Drittel der Sitze im Aufsichtsrat vertreten, der primär für die Kontrolle des Vorstandes zuständig ist. Eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gibt es auch in Ungarn, falls die Aktiengesellschaft mehr als 200 Arbeitnehmer hat.¹⁸

14 Vgl. *Andersen*, *Employees' Co-Determination in Danish Companies*, in *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*, 11 ff. Das einschlägige Gesetz wurde 1973 im Parlament einstimmig beschlossen.

15 Loi du 6 mai 1974 instituant des comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes. Vgl. dazu *Raynaud*, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*. Die Beteiligung erfolgt im conseil d'administration, der als Verwaltungsrat einzustufen ist; man vgl. Art. 50 ff. des Gesetzes aus 1915 über die Handelsgesellschaften. Es können aber zusätzlich für das laufende Geschäft Geschäftsführer bestellt werden (Art. 60).

16 Vgl. *Buckova*, *Die Organe der tschechischen Aktiengesellschaft*, FOWI-Arbeitspapier (WU Wien) Nr. 59 (1999); *Kalss*, ZGR 2000, 848; *Cermak*, *Gesellschaftsrecht*, in: *Breidenbach* (Hg.), *Handbuch*, CS D.I (2003), Rz. 330, 322 ff. § 200 des tschechischen (und slowakischen) HGB. *Kohl/Platzer*, *Arbeitsbeziehungen*, S. 75, 103. Ansonsten werden die Arbeitnehmer hingegen von der Gewerkschaft vertreten.

17 *Kalss*, ZGR 2000, 848. *Kohl/Platzer*, *Arbeitsbeziehungen*, S. 75; *Mevesen/Vydrova*, *Gesellschaftsrecht*, in *Breidenbach*, *Handbuch*, SK D.I (2003), Rz. 138 ff.

18 Grundlage ist das Gesetz über Wirtschaftsgesellschaften aus 1997. Vgl. *Kalss*, ZGR 2000, 848. *Kohl/Platzer*, *Arbeitsbeziehungen*, S. 67; *Györfi-Tóth/Horvath*, *Gesellschaftsrecht*, in: *Breidenbach*, *Handbuch* UNG D.I (2002), die allerdings den Aufsichtsrat überhaupt nicht erwähnen, und daher auch nicht die Arbeitnehmervertreter; vgl. Rz. 83 ff.

In *Polen* sieht das allgemeine Gesellschaftsrecht keine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor.¹⁹ Für die privatisierten Unternehmen gilt eine Sonderregel.²⁰ Die Arbeitnehmer haben dort das Recht auf etwa ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats, in privatisierten Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat die Belegschaft auch das Recht, ein Vorstandsmitglied zu bestellen. Diese Regelungen gelten weiter, auch wenn der Staatsanteil unter 50 Prozent gesunken ist. Die Arbeitnehmer wählen selbst ihre Vertreter in den Gesellschaftsorganen. **14**

In Schweden finden wir seit 1973 eine Organbeteiligung, und zwar in einem grundsätzlich monistischen Leitungsmodell.²¹ Die Regelung gilt für Kapitalgesellschaften und manche andere Unternehmensträger, die mehr als 25 Arbeitnehmer beschäftigen. Entsendeberechtigt ist nur die größte Gewerkschaft, deren Kollektivvertrag im Unternehmen anwendbar ist. Sie kann einen bis drei Arbeitnehmer des Unternehmens in den Verwaltungsrat entsenden. Gibt es nur einen Kapitalvertreter, so gibt es nur einen Arbeitnehmervertreter. Gibt es mehrere Kapitalvertreter, so kann die Gewerkschaft zwei oder drei entsenden. Die Zahl der Kapitalvertreter im Verwaltungsrat wird einseitig von den Gesellschaftern festgesetzt, so daß die Vertretung der Arbeitnehmervertreter auch nur ein Viertel oder weniger ausmachen kann. Im Ausland Beschäftigte haben kein Recht vertreten zu sein. Der Verwaltungsrat bestellt meist, und bei *public companies* verpflichtend, einen geschäftsführenden Direktor für das laufende Geschäft, der an die Weisungen des Verwaltungsrates gebunden ist. Die Arbeitnehmervertreter haben an sich dieselbe Stellung wie die nicht geschäftsführenden Kapitalvertreter, sie dürfen bei Entscheidungen über Tariffragen, insbesondere den Haustarifvertrag, Streiks und anderen Fragen, bei denen ein erheblicher Interessenkonflikt zwischen Gewerkschaft und Unternehmen besteht, jedoch weder abstimmen noch teilnehmen. Der Ausschluß wird aus der allgemeinen Regel über Interessenkonflikte abgeleitet. In der Praxis nehmen die Arbeitnehmervertreter auch nur zu Fragen der betrieblichen Sozialpolitik Stellung. Der für die Gewerkschaften entscheidende Punkt im schwedischen Recht ist weniger die Organbeteiligung und das dadurch ermöglichte Mitentscheiden, sondern die Möglichkeit zur umfassenden Information der Arbeitnehmerseite. Und diese gründet mehr als in der Organbeteiligung in der generellen Pflicht der Unternehmen, mit der Gewerkschaft über Fragen zu verhandeln, die für die Arbeitnehmer bedeutsam sind. Die Bedeutung der **15**

19 Grundlage ist das Gesetzbuch für Handelsgesellschaften aus 2001. Vgl. *Cierpial/Waclawik/Bachner* (Hg.), Einführung in das polnische Aktienrecht, FOWI-Arbeitspapier (Wien 2003), 13, 54 (FOWI = Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien); *Brockhuis/Schnell*, Gesellschaftsrecht, in *Breidenbach*, Handbuch, PL D (2003), Rz. 79 ff; *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen, S. 94, 58 f. Bei Unternehmen im Alleineigentum des Staates stehen den Arbeitnehmern zwei Fünftel der Aufsichtsratssitze zu.

20 Art. 14 des Gesetzes über die Kommerzialisierung und Privatisierung vom 30.8.1996. Es ist schwer auszumachen, welche praktische Bedeutung die Sonderregel noch hat.

21 Vgl. zum Gesellschaftsrecht: *Moberg*, Company Law, in: *Bogdan* (Ed.), Swedish Law, 374 ff. Zur Arbeitnehmervertretung das Gesetz SFS 1987:1245; sowie *Victorin*, in *Baums/Ulmer* (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung.

schwedischen Organbeteiligung hat abgenommen, weil zahlreiche Großunternehmen ihren Sitz ins Ausland verlagert haben.

- 16** Die Regelung in Finnland gilt seit 1991 für alle Unternehmen mit zumindest 150 Arbeitnehmern in Finnland. Primär sollen Unternehmensleitung und Gewerkschaft eine Vereinbarung über die Organbeteiligung treffen.²² Dafür kommen außer Aufsichtsrat oder Geschäftsführung auch Organe direkt unterhalb der Geschäftsführung in Betracht, falls sie für den Geschäftserfolg verantwortlich sind (*units responsible by results* bzw. *profit center* oder Spartenleitung). Die Vereinbarungen entscheiden sich meist für die Beteiligung an diesen *units*. Ein Grund dafür ist, daß eine Haftung die Arbeitnehmervertreter für Fehlentscheidungen so sicher vermieden werden kann. Kommt es zu keiner Vereinbarung, so bestimmt die Unternehmensleitung, an welchem Organ die Arbeitnehmer beteiligt werden sollen. Die Arbeitnehmer bestellen aufgrund des Gesetzes (maximal) ein Fünftel der Mitglieder des Organs. Zur gesetzlichen Auffangregelung ist Wesentliches noch wenig geklärt.²³ So ist fraglich, ob die Unternehmensleitung die Mitbestimmung auf die genannten *units* beschränken kann; ist dies möglich, dann kann man die finnische Regelung wohl nicht als gesetzliche Regelung einer Arbeitnehmermitbestimmung ansehen, weil sie eine Beteiligung an einem leitenden Organ nicht zwingend vorsieht. Auch die Anforderungen an die Kompetenzen dieser *Units* scheinen noch nicht geklärt.
- 17** Damit ist der Kreis der Länder erschöpft, in denen es ein allgemeines System der Mitbestimmung in Unternehmensorganen gibt. Die Regelungen in Frankreich und in den Niederlanden können nämlich nur mit Vorbehalt zur Organbeteiligung gezählt werden. In Frankreich können die gewählten Vertretungen der Arbeitnehmer im Unternehmen zwar zwei bis vier Vertreter in den Verwaltungsrat entsenden.²⁴ Diese haben dort aber kein Stimmrecht, sondern können nur mitberaten. Allerdings kann die Arbeitnehmervertretung im Unternehmen einen eigenen Rechnungsprüfer bestellen, der die Unterlagen des Unternehmens selbst einsehen und den Arbeitnehmervertretern berichten kann. Das ersetzt vieles. Und 2002 wurde dem Betriebsrat auch das Recht gegeben, in der Hauptversammlung aufzutreten. Arbeitnehmervertreter mit Stimmrecht im Verwaltungsrat gibt es in Frankreich hingegen in den – zahlreichen – privatisierten Unternehmen im Ausmaß von etwa einem Sechstel der Mitglieder. Interessant ist auch, daß in allen Unternehmen die Arbeitnehmeraktionäre seit 2002 das Recht haben, zumindest ein stimmberechtigtes Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsrat zu bestellen, falls die Arbeitnehmer zusammen zumindest 3 % des Kapitals haben. Diese Begünstigung bei den

22 Gesetz über die Vertretung der Arbeitnehmer vom 24.8.1990. Vgl. *Toiviainen*, *Employees' Co-Determination in Finnish Companies*, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*. Die gesetzlichen Regelungen für die Organbeteiligung kraft Vereinbarung und aufgrund des Gesetzes sind zum Teil unterschiedlich.

23 Vgl. *Toiviainen*, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*, S. 33, 28.

24 Vgl. *Urbain-Parleani*, *La Participation des Salariés*, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), *Unternehmens-Mitbestimmung*. Zur Leitungsstruktur vgl. auch *Arlt/Bervoets/Grechenig/Kalss*, *Die Europäische Corporate-Governance-Bewegung*, österreichische GesRZ 2002, 64, 76.

Mitwirkungsrechten ist eine interessante Lösung, die an Vorbilder im Aktienrecht selbst anknüpft.

Die Niederlande haben eine sehr eigenwillige Regelung, Strukturmodell genannt.²⁵ **18** Es gilt nur für größere Kapitalgesellschaften. Bei diesen entscheidet der Aufsichtsrat grundsätzlich selbst über neue Mitglieder, allerdings auf Vorschlag von Eigentümern, Betriebsrat oder Vorstand. Der Betriebsrat hat das Vorschlagsrecht für ein Drittel des Aufsichtsrats, und er kann gegen eine von der Eigentümerversammlung vorgeschlagene Person Einspruch erheben. Dasselbe gilt mit umgekehrten Anteilen für die Eigentümerversammlung. Einsprüche können nur wegen mangelnder Eignung erfolgen; im Streitfall entscheidet das Gericht über die Eignung. Und als Arbeitnehmervertreter dürfen weder Arbeitnehmer des Unternehmens noch Gewerkschaftsfunktionäre bestellt werden. Das System gibt sowohl den Aktionären wie den Arbeitnehmern nur einen mittelbaren Einfluß auf den Aufsichtsrat, der dann den Vorstand bestellt. Und man kann nicht wirklich von Vertretern der Arbeitnehmer sprechen. Die skizzierte Regelung gilt allerdings nicht für Tochtergesellschaften einer der Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaft und für Holdinggesellschaften, falls die Arbeitnehmer des Konzerns mehrheitlich außerhalb der Niederlande beschäftigt sind, und sie gilt nur eingeschränkt für eine Tochtergesellschaft, falls die Arbeitnehmer des Konzerns überwiegend im Ausland beschäftigt sind. Die Sozialpartner haben 2001 eine Neuregelung vorgeschlagen, die kaum durchsichtiger wäre als die bestehende.²⁶ Sie würde zwar die Hauptversammlung für die Bestellung aller Verwaltungsräte formell zuständig machen, die Stellung des amtierenden Verwaltungsrates bei der Auswahl der Personen jedoch eher stärken. Die Arbeitnehmer sollen für ein Drittel der Sitze im Verwaltungsrat ein besonderes Vorschlagsrecht haben, das die Hauptversammlung wohl nicht einfach umgehen kann. Die Zweite Kammer hat eine Reform im Sinne des Vorschlages im September 2003 beschlossen, und die Beschlußfassung der Ersten Kammer steht Anfang Juli 2004 bevor.²⁷

In den USA haben die Arbeitnehmer kein gesetzliches Recht auf Beteiligung in **19** Organen. Und es gibt auch kein dem deutschen Recht vergleichbares Recht auf Beteiligung an Entscheidungen.²⁸ In Betrieben, in denen die Mehrzahl der Arbeitnehmer sie zum offiziellen Vertreter gewählt hat, hat die Gewerkschaft allerdings das Recht auf Verhandlungen über einen Tarifvertrag. In der Wirtschaft sind aber nur mehr weniger als zehn Prozent der Arbeitnehmer in solchen Betrieben beschäftigt. Es setzt sich immer mehr die Auffassung durch, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen Sache allein des Managements ist. Das Management von Publikumsgesellschaften läßt sich zuweilen auch von Aktionären nur wenig

25 Vgl. *Timmermann/Spanjaard*, Arbeitnehmermitbestimmung in den Niederlanden, in: *Baums/Ulmer* (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung; *Arlt/Bervoets/Grechenig/Kalss*, Die Europäische Corporate-Governance-Bewegung, *öGesRZ* 2002, 64, 76.

26 Gutachten des SER (Sociaal Economische Raad), Het functioneren en de toekomst van de Structuurregeling; zugänglich über www.ser.nl.

27 Vgl. unter dem Stichwort Structuurregeling in www.eerstekamer.nl.

28 Vgl. *Goldman*, United States, in: *Blanpain* (Ed.), *International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations* (1996), 292.

beeinflussen. In manchen Unternehmen wählen die Aktionäre (auf Vorschlag des *Boards*) auch Vertreter von Gewerkschaften zu Mitgliedern des *Boards*, so etwa bei Chrysler vor der Fusion.

- 20** In Japan gibt es überhaupt keine gesetzlichen Bestimmungen zur Mitbestimmung, auch nicht zur Organbeteiligung; vielmehr dürfen Mitglieder des Aufsichtsrates nicht bei diesem Unternehmen beschäftigt sein.²⁹ Allerdings sind japanische Unternehmen traditionell auch ohne gesetzliche Pflicht um Konsens mit der Gewerkschaft in wichtigen Fragen bemüht.
- 21** Zusammenfassend kann man zur Lage in der EU sagen: Die Befundaufnahme hat die weit verbreitete Auffassung bestätigt, daß es bei der Unternehmensmitbestimmung große Unterschiede gibt. Nur in neun von 23 untersuchten Mitgliedstaaten haben die Arbeitnehmer das Recht, stimmberechtigte Vertreter in ein entscheidungsbefugtes Unternehmensorgan zu entsenden, und zwar in Deutschland, Tschechien, Ungarn, Schweden, Österreich, Slowakei, Dänemark, Slowenien und Luxemburg. Diese acht Staaten erwirtschaften etwa 30 Prozent der Wirtschaftsleistung der EU (gemessen nach BIP 2003).³⁰ In Polen besteht die Drittelbeteiligung nur in privatisierten Unternehmen. Eine relevante Beteiligung gibt es ferner in den Niederlanden, allerdings handelt es sich nicht um Arbeitnehmervertreter. Beteiligung gibt es auch in Frankreich und Finnland, jedoch sind die Vertreter in Frankreich nicht stimmberechtigt, und in Finnland vielleicht nicht notwendig an einem entscheidungsbefugten Organ beteiligt. In zumindest 10 Mitgliedstaaten gibt es überhaupt kein gesetzliches Recht auf Organbeteiligung, und in diesen zehn werden fast 45 Prozent der Wirtschaftsleistung der EU erbracht.³¹ Auffällig ist, daß es in drei der vier nach Deutschland größten Mitgliedstaaten gar keine Organbeteiligung der Arbeitnehmer gibt (Großbritannien, Italien, Spanien), und daß sie in Frankreich bloß Randerscheinung ist.

3. Exkurs: „Zwingende Arbeitnehmermitbestimmung“

- 22** Die Frage nach dem Bestehen einer Organbeteiligung könnte bald auch im EG-Recht unmittelbar relevant sein, und zwar bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Der Entwurf der EU-Kommission für die Verschmelzungsrichtlinie differenziert nämlich danach, ob das für die neue Gesellschaft anwendbare nationale Recht eine „zwingende Arbeitnehmermitbestimmung“ vorsieht. Trifft dies zu, dann besteht keine Pflicht, vor der Verschmelzung mit den Arbeitnehmern zu verhandeln. Im anderen Fall ist die Position der Arbeitnehmer viel stärker, weil ohne Vereinbarung mit den Arbeitnehmern die stärkste Regelung zur Organbeteiligung der beteiligten Staaten maßgebend wird.

29 *Ishikawa*, Die Mitbestimmung im Betrieb, in: *Mukooyama/Akuzawa/Hanau* (Hg.), Studien zum japanischen Arbeitsrecht (1984), S. 157; *Tomandl*, Arbeitsbeziehungen in Japan, in: *Tomandl* (Hg.), Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in Japan (1991), S. 3.

30 Deutschland: 21,8; Österreich: 2,3; Dänemark: 1,9; sowie Luxemburg, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien. Polen (mit 1,9 %) kann nicht voll zu dieser Gruppe gezählt werden.

31 Großbritannien: 16,3; Italien: 13,3; Spanien: 7,6; Belgien: 2,8; Portugal: 1,4; Griechenland: 1,6; Irland: 1,4; Baltische Staaten: 0,4.

Genauer sieht der Entwurf in Art. 14 vor, daß für die Unternehmensmitbestimmung grundsätzlich jene Rechtsordnung gilt, die für die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft maßgeblich ist.³² Dies wird nun wohl meist das Gründungsrecht sein;³³ in jedem Fall können die beteiligten Gesellschaften die Wahl beeinflussen. Bei der Verschmelzung einer deutschen mit einer österreichischen Aktiengesellschaft und Gründung der neuen Gesellschaft nach österreichischem Recht richtet sich die Vertretung im Aufsichtsrat also nach österreichischem Recht, ohne daß die deutschen Arbeitnehmer dies verhindern könnten. Anders ist es nur, wenn die für die neue Gesellschaft maßgebliche Rechtsordnung „keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung“ für die Organe der neuen Gesellschaft vorsieht, wenn also die deutsche Gesellschaft auf eine Gesellschaft in Großbritannien oder Spanien verschmolzen wird. Dann gilt ein Verfahren wie bei der *Societas Europaea*. Die verschmelzungswilligen Gesellschaften verhandeln mit Vertretern der Arbeitnehmer über die Mitbestimmung. Kommt es nicht zu einer Einigung, so gilt für die neue Gesellschaft die Regelung zur Unternehmensmitbestimmung jenes Staates, die eine solche Mitbestimmung vorsieht, oder jenes Staates der eine stärkere Regelung vorsieht.³⁴ Im Beispiel würde also für die neue englische Gesellschaft das deutsche Mitbestimmungsrecht gelten. Die Regelung des Entwurfes würde also eine Verschmelzung deutscher Gesellschaften mit Gesellschaften aus Staaten mit zwingender, aber schwächerer Mitbestimmung weit attraktiver machen als mit einer Gesellschaft aus einem Staat ohne zwingende Arbeitnehmermitbestimmung.

Fraglich ist dann, wann zwingende Mitbestimmung vorliegt. Der Entwurf selbst **23** definiert Arbeitnehmermitbestimmung nicht, er verweist aber im Umfeld auf die Richtlinie zur Europäischen Gesellschaft. Diese faßt den Begriff der Mitbestimmung

32 Artikel 14: Unterliegt mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einem Mitbestimmungssystem und sieht das für die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung vor, regeln die Mitgliedstaaten die Beteiligung der Arbeitnehmer in dieser Gesellschaft sowie ihre Mitwirkung an der Festlegung dieser Rechte nach den Grundsätzen und Modalitäten in Artikel 12 Absätze 2, 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 und den nachstehenden Vorschriften der Richtlinie 2001/86/EG: a) Artikel 3 Absätze 1, 2 und 3, Absatz 4 Unterabsatz 1 erster Gedankenstrich und Unterabsatz 2, Absatz 5, Absatz 6 Unterabsätze 1 und 2 und Absatz 7; b) Artikel 4 Absatz 1, Absatz 2 Buchstabe g) und Absatz 3; c) Artikel 5; d) Artikel 6; e) Artikel 7 Absatz 1, Absatz 2 Unterabsatz 1 Buchstabe b) und Unterabsatz 2 sowie Absatz 3; f) Artikel 8 bis 12; g) Teil 3 des Anhangs.

33 Die neuere Judikatur des EuGH verlangt, daß jeder Mitgliedstaat beim Zuzug eine ausländische Gesellschaft anerkennt, die unter Anwendung der Gründungstheorie gegründet wurde. Noch nicht voll geklärt ist, ob die Sitztheorie wirklich unzulässig ist; dies wäre sie nur, wenn der Mitgliedstaat auch für die Gründung nach seinem Recht nicht mehr verlangen dürfte, daß die Leitung der Verwaltung zumindest zu Beginn im Inland sein wird.

34 In der Richtlinie 01/86/EG ist letztlich die Auffangregelung des Anhanges entscheidend, usw. Teil 3 lit b): „In den Fällen der Gründung einer SE haben die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe und/oder ihr Vertretungsorgan das Recht, einen Teil der Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans der SE zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen, wobei die Zahl dieser Mitglieder sich nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bemißt.“

eher weit.³⁵ Darunter werden jedenfalls alle Regelungen fallen, welche den Arbeitnehmern zumindest einen stimmberechtigten Vertreter in einem entscheidungsbefugten Unternehmensorgan sichern. Ein bestimmter Anteil ist wohl nicht erforderlich. Können die Arbeitnehmer – wie in Frankreich – nur nicht stimmberechtigte Mitglieder bestimmen, so ist sehr zweifelhaft, ob man darin eine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung sehen kann. Die Arbeitnehmervertreter sind dann ja nicht gleichberechtigte Mitglieder des Unternehmensorgans, so daß es sich auch gar nicht um „Mitglieder“ im Sinne der Richtlinie handelt. Die niederländische Strukturregelung wird hingegen unter „zwingende Arbeitnehmermitbestimmung“ fallen, schon weil sie in der Richtlinie zur SE ausdrücklich einbezogen ist. Das finnische Modell fällt hingegen kaum unter „zwingende Mitbestimmung“, wenn und weil es nicht die Vertretung in einem leitenden Organ der Gesellschaft sichert.

4. Analytische Betrachtungen

- 24** Nun sind die Regelungen zur Organbeteiligung systematisch zu analysieren. Es geht dabei zuerst und primär um einen Vergleich der Staaten mit Organbeteiligung, obwohl auch die Gegenüberstellung mit Staaten ohne Organbeteiligung Aufschlüsse gibt. Einbezogen werden die neun Staaten mit echter Unternehmensmitbestimmung sowie Finnland; Frankreich und die Niederlande hingegen nur am Rande. Vorweg sei betont, daß die Organbeteiligung bislang in keinem Land zu einer größeren Anzahl von Gerichtsentscheidungen Anlaß gegeben hat.³⁶ Allerdings gibt es im Gesellschaftsrecht auch sonst nur wenige Organstreitigkeiten.

a. Erfaßte Unternehmensträger

- 25** Die erste Grundfrage ist, welche Unternehmensträger erfaßt sind. Es handelt sich im Wesentlichen um Kapitalgesellschaften. Beide Formen der Kapitalgesellschaft sind außer in Deutschland insbesondere noch in Österreich einbezogen; auch in Schweden und Dänemark sind alle Kapitalgesellschaften einbezogen, sowohl die öffentlichen wie die nicht öffentlichen. In mehreren Staaten ist hingegen nur die große Form, also die Aktiengesellschaft erfaßt. So ist es in Luxemburg (und Frankreich) sowie in den neuen Mitgliedstaaten, obwohl auch dort der Großteil der neu gegründeten Gesellschaften GmbHs sein dürfte. Genossenschaften sind etwa in Deutschland, Österreich und Schweden erfaßt, in der Mehrzahl aber wohl nicht (etwa in Dänemark). In Finnland kommt es auf die Rechtsform gar nicht an. In der Mehrzahl der Staaten sind auch Unternehmen mit relativ wenigen Arbeitnehmern einbezogen. In Österreich genügen bei Aktiengesellschaften 5, in Schweden 25, in Dänemark 35, in Tschechien 50, in den Niederlanden 100 und in Finnland 150. In

35 Vgl. Art. 2 lit k der RL 2001/86/EG (Text in Fn. 1). Eine weite Umschreibung des Begriffes Arbeitnehmermitbestimmung mag bei der RL zur SE im Interesse der Arbeitnehmer gelegen haben. Bei einer Regelung wie in dem Entwurf der Verschmelzungs-RL wären die Arbeitnehmer eher an einer engen Umschreibung interessiert.

36 Vgl. zu Deutschland *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, Einl. Rz. 71. Es gab mehrere Prozesse um die Anwendbarkeit des MitbestG, sowie zwei Verfahren vor dem BVerfG um das MitbestG und das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz.

der Mehrzahl der Staaten gilt die Organbeteiligung also nicht nur für Großunternehmen. Sonderbestimmungen für Tendenzunternehmen gibt es nur in manchen Rechtsordnungen, so außer in Deutschland etwa auch in Österreich und Schweden, jedoch wohl nicht in Dänemark oder Finnland. Bemerkenswert ist, daß keine der Regelungen danach differenziert, ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder ob sie eine Publikumsgesellschaft ist. Darauf ist zurückzukommen.

Besonderheiten können sich bei Konzernen ergeben. Vor allem bei der deutschen **26** Halftebeteiligung besteht die Möglichkeit, daß die Organbeteiligung in der Obergesellschaft dazu führt, daß bereits die Meinung der Kapitalvertreter in der Untergesellschaft durch die Arbeitnehmervertreter der Obergesellschaft entscheidend geprägt wird. Das Mitbestimmungsgesetz sieht daher vor, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft in bestimmten Angelegenheiten der Untergesellschaft nicht stimmberechtigt sind, falls die Beteiligung zumindest ein Viertel beträgt (§ 32). In anderen Ländern wie etwa in Österreich gibt es hingegen keine vergleichbaren Bestimmungen, wohl weil es nur Drittelbeteiligung gibt. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden.³⁷ Es ist nur darauf hinzuweisen, daß die Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsrat der Untergesellschaft oft durch klare Vorgaben der Obergesellschaft entleert sein kann.

Näher zu erörtern sind Gesellschaften mit Auslandsbezug. In allen untersuchten **27** Staaten ist für die Anwendung der nationalen Regelung zur Organbeteiligung die Herrschaft des nationalen Gesellschaftsrechtes über die Gesellschaft erforderlich. Eine rechtlich unselbständige Niederlassung reicht nirgends aus, um eine nationale Regelung zur Organbeteiligung anwendbar zu machen. Für die Herrschaft des Gesellschaftsrechtes ist nach der Sitztheorie der Sitz der Hauptverwaltung im Inland, und nach der Gründungstheorie die Gründung nach dem betreffenden Recht maßgeblich. Ist die Sitztheorie maßgebend, so ist die Rechtslage in Bezug auf die Organbeteiligung klar. Keine Gesellschaft mit Hauptverwaltung im Inland kann der nationalen Regelung zur Unternehmensmitbestimmung entgehen, und sie gilt auch nur für solche Gesellschaften. So war es lange in Deutschland, Österreich und Luxemburg. In diesen Staaten wurde eine nach fremdem Recht gegründete Gesellschaft, die ihren Sitz ins Inland verlegte, daher rechtlich gar nicht anerkannt. Bei dieser Rechtslage muß dann auch die Anwendung der einheimischen Regelungen zur Organbeteiligung auf nach fremdem Recht lebende Gesellschaften verneint werden – und sie kann auch ohne Probleme verneint werden, weil sich das Problem ohnehin nicht stellt. Innerhalb der EG darf die Sitztheorie (jedenfalls in weiten Bereichen) nicht mehr Ausgangspunkt sein. In Deutschland wie in Österreich wird daher die Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts auch auf ausländische Gesellschaften diskutiert, und zwar kontrovers. Problematisch ist dabei zum einen, ob diese Anwendung gemeinschaftsrechtlich zulässig ist, und – falls man die

37 In Österreich enthält § 110 ArbVG keine ausdrückliche Einschränkung für Konzerngesellschaften. Auch in Dänemark können die Arbeitnehmer in den Boards der Mutter- wie der Tochtergesellschaft vertreten sein, sofern beide dänische Gesellschaften (Gründungstheorie) sind. In den Niederlanden gilt die Strukturregelung hingegen in manchen Tochtergesellschaften nur eingeschränkt; dazu sogleich im Text.

Zulässigkeit bejaht – zum anderen, ob sie das geltende Recht bereits vorsieht.³⁸ In einigen anderen Staaten finden wir hingegen schon lange die Kombination einer Organbeteiligung mit der Maßgeblichkeit des Gründungsrechtes für Gesellschaften (Gründungstheorie). So ist es jedenfalls in Schweden, den Niederlanden und in Dänemark. Die nationale Regelung zur Organbeteiligung gilt dort wohl für jede nach dem nationalen Recht lebende Gesellschaft, auch wenn der Sitz der Hauptverwaltung im Ausland ist. Und jedenfalls in Schweden gilt sie schon jetzt nicht, falls eine ausländische Gesellschaft die Leitung nach Schweden verlegt.

- 28** Fraglich ist ferner die Lage, falls ein beträchtlicher Teil der Arbeitnehmer in einem anderen Land als dem beschäftigt ist, dessen Recht für die Organbeteiligung maßgebend ist. Sonderregelungen dazu gibt es soweit zu sehen nur in den Niederlanden. Der Grund dürfte vor allem das Streben sein, niederländische Weltfirmen nicht zu vertreiben, weniger die Tatsache, daß das niederländische Gesellschaftsrecht schon lange der Gründungstheorie folgte. Weder die Niederlande noch eine andere Rechtsordnung entlassen eine Gesellschaft allein deshalb aus der Mitbestimmung, weil deren Arbeitnehmer überwiegend im Ausland beschäftigt sind. Die mitbestimmten Organe einer Gesellschaft entscheiden also grundsätzlich auch über ausländische Niederlassungen und Tochtergesellschaften.

b. Ausgestaltung der Organbeteiligung (Betroffene Organe und Bestellung der Vertreter)

- 29** Unternehmensmitbestimmung kommt durchaus auch bei monistischer Struktur in Betracht, wie die Beteiligung am Verwaltungsrat in Schweden, Dänemark und Luxemburg zeigt. Dies verdient hervorgehoben zu werden. In der Diskussion um die Folgen der *Centros*-Entscheidung des EuGH wird nämlich zuweilen gesagt, daß Unternehmensmitbestimmung den Aufsichtsrat als Anknüpfungspunkt notwendig voraussetze. Muß oder kann das Unternehmen eine dualistische Leitung haben, so findet Organbeteiligung bislang stets beim Aufsichtsrat statt. Anders ist es nur in Finnland, wo die Praxis meist die Ebene unter der Unternehmensleitung (Direktion) wählt. Vorschriften zur Mindestgröße des Aufsichts- oder Verwaltungsrates gibt es außer in Deutschland soweit zu sehen nur in wenigen Staaten, so in Österreich, wo auch der mitbestimmte Aufsichtsrat zumindest drei Kapitalvertreter haben muß. Die Mindestgröße ist nirgends so hoch angesetzt wie in Deutschland. Es scheint nahe zu liegen, daß das mitbestimmte Organ bei einer Beteiligung von nur einem Drittel insgesamt kleiner sein kann und typischerweise auch kleiner sein wird als bei paritätischer Beteiligung.

In mehreren Staaten räumt das Recht den Arbeitnehmern oder der Gewerkschaft das Recht ein, selbst zu entscheiden ob sie die Vertretung im Organ haben wollen; so insbesondere in Dänemark, Schweden und Finnland. In anderen wird dieses Optionsrecht hingegen jedenfalls nicht ausdrücklich eingeräumt. In Österreich gibt

38 Zur Lage in Deutschland vgl. den Beitrag von *Thüsing* § 3 in diesem Band. Für Österreich hält *Kalss* die Anwendung schon *de lege lata* für möglich; aaO, 104. Methodisch läßt sich dies mit einer nachträglichen Lücke begründen, die durch die Judikatur des EuGH entstanden ist.

die Doktrin zumindest den entsendeberechtigten Betriebsräten das Recht zu entscheiden. In Deutschland werden hingegen die Bestimmungen des MitbestG auch in dem Sinne als zwingend angesehen, daß die Arbeitnehmer gar nicht auf die Vertretung verzichten dürfen!³⁹

Was die Arbeitnehmervertreter anbelangt, so geht es vor allem darum wer sie bestellt.⁴⁰ In Schweden entsendet sie die Gewerkschaft; in Österreich, Slowenien und Luxemburg sowie meist auch Ungarn werden sie von den Betriebsräten entsendet. In Polen, Tschechien, der Slowakei und Dänemark werden die Vertreter hingegen von allen Arbeitnehmern gewählt. In Deutschland werden sie von den Arbeitnehmern gewählt, die Gewerkschaft hat aber für einen Teil – zumindest ein Drittel – der Vertreter das alleinige Vorschlagsrecht. Entsendet werden können jedenfalls in Österreich, Dänemark, Finnland und Luxemburg, den genannten Beitrittsländern sowie wohl in Schweden nur Arbeitnehmer des Unternehmens. Allein in Deutschland werden nach dem MitbestG auch unternehmensexterne Gewerkschaftsvertreter bestellt. Sie haben meist ein Drittel der Arbeitnehmermandate inne.⁴¹ Nach einer Sonderregel in Luxemburg für Unternehmen der Stahlindustrie werden die Arbeitnehmervertreter allein von der Gewerkschaft entsendet, wobei auch Nichtarbeitnehmer entsendet werden können. Die Arbeitnehmervertreter werden in den meisten Staaten für eine bestimmte Funktionsperiode bestellt. Allerdings können sie in mehreren Staaten dennoch jederzeit von jenen, die entsendet haben, abberufen werden. So ist es insbesondere in Österreich, Dänemark, Finnland, und Luxemburg. In Deutschland ist die Abberufung hingegen nur mit qualifizierter Mehrheit möglich. Die Anteilseigner haben nirgends das Recht abzuberufen; in Betracht kommt eine Abberufung (durch das Gericht) wegen schwerer Pflichtverletzung.

Obwohl die mitbestimmten Organe einer Gesellschaft auch über ausländische Niederlassungen und Tochtergesellschaften entscheiden, haben die in einem anderen Staat beschäftigten Arbeitnehmer – soweit zu sehen – nach keiner Regelung zur Organbeteiligung das Recht auf Vertretung im Organ bzw. ein Recht mit zu wählen. Und nur vereinzelt darf zumindest die Arbeitnehmervertretung des Sitzstaates auch im Ausland tätige Arbeitnehmer in das Gesellschaftsorgan entsenden.⁴² Die Zahl der Arbeitnehmer in jenem Staat, dessen Mitbestimmungsrecht angewendet wird, kann dabei viel kleiner sein als die Zahl jener, die außerhalb beschäftigt werden. Die Arbeitnehmer eines Konzerns im Ausland könnten sich daher gegenüber den Arbeitnehmern des Staates, dessen Mitbestimmungsrecht angewendet wird, im Nachteil fühlen, was auch bei Übernahmen eine Rolle spielen kann. Das Argument, das nationale Recht könne das Wahlrecht im Ausland nicht regeln, überzeugt nicht. Auch das deutsche Recht könnte ja den ausländischen Arbeitnehmern das Angebot

39 Vgl. z.B. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 1 Rz. 49.

40 Zu den Beitrittsländern vgl. Mitbestimmung Heft 9/2003; *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen, 75, 103 (Tschechien), 128 (Slowenien).

41 Nach *Henssler* gehören etwa 1500 hauptamtliche Gewerkschaftsfunktionäre den Aufsichtsräten nach dem MitbestG an; *Henssler*, 134.

42 Dies wird z.B. in Finnland bejaht, in Dänemark und Deutschland (zumindest für die Arbeitnehmer des Unternehmens) verneint.

machen, vertreten zu sein, jedenfalls wenn das Bestellungsverfahren zwischen dem Unternehmen und der im Ausland berufenen Arbeitnehmervertretung vereinbart wird.

- 31** Die Arbeitnehmervertreter haben grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie die anderen Mitglieder des Aufsichtsrates oder die anderen nicht geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrates. Dies gilt jedenfalls in Deutschland und Slowenien auch in Bezug auf die Vergütung (und in Luxemburg gibt es keine gegenteilige Bestimmung). In Schweden, Österreich und Frankreich erhalten sie jedoch keine gesonderte Vergütung, in Finnland eine geringere. In Deutschland erhalten sie grundsätzlich dieselbe Vergütung wie Kapitalvertreter, (fast) alle liefern jedoch das über einen Sockel Hinausgehende an eine gewerkschaftsnahe Stiftung ab. *Henssler* schätzt den Gesamtaufwand für die Arbeitnehmervertreter auf 72 Millionen € im Jahr. Das Abliefern könnte den Arbeitseifer verringern, und daher aus der Sicht der Kapitalgesellschaft bedenklich sein;⁴³ allerdings erhalten Arbeitnehmervertreter auch im Ausland oft nicht die volle Vergütung. Zur Haftung für Fehlentscheidungen wird zwar grundsätzlich in fast allen alten Mitgliedstaaten gesagt, daß für die Arbeitnehmervertreter dieselben Regeln und derselbe Maßstab gelten wie für die anderen Mitglieder. Die Haftung scheint bisher kaum einmal geltend gemacht worden zu sein – was bei den Kapitalvertretern ähnlich ist. Nur in Frankreich gibt es eine gesetzliche Erleichterung der Haftung; in Österreich wird eine Erleichterung ausdrücklich abgelehnt.⁴⁴

c. Kompetenzen des Organs mit Arbeitnehmervertretern

- 32** Für die Intensität der Mitbestimmung in einem Unternehmensorgan sind zuerst einmal die Kompetenzen dieses Organs und damit die Angelegenheiten wichtig, in denen die Arbeitnehmervertreter mitzureden haben. Man kann drei Bereiche unterscheiden: Entscheidungen zur Geschäftsführung, Personalentscheidungen zu den Geschäftsführern, sowie Entscheidungen zum Unternehmensträger (wie Verschmelzung).
- 33** (1) Der zentrale Bereich sind Entscheidungen des mitbestimmten Organs über die Geschäfte des Unternehmens. Der Einfluß der Arbeitnehmer hängt hier von der Kompetenz des mitbestimmten Organs im Verhältnis zu anderen Organen wie Vorstand oder Hauptversammlung, der Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb des mitbestimmten Organs (insbesondere beim monistischen *Boardsystem*) und drittens von der Praxis ab. Relevant ist auch, in welchen Angelegenheiten die Geschäftsführer die Zustimmung des mitbestimmten Organs benötigen, und welche Entscheidungen der Geschäftsführung das mitbestimmte Organ an sich ziehen kann.

Ein Verwaltungsrat hat das Recht, von der Geschäftsführung regelmäßig und aus wichtigem Anlaß informiert zu werden und mit den Geschäftsführern zu diskutieren. In Schweden und wohl auch in Dänemark wird vor allem darin die Bedeutung der

43 Bisher scheinen aber – erstaunlicherweise – keine juristischen Bedenken entstanden zu sein; vgl. *Raiser*, MitbestG, § 25 Rz. 100 ff.

44 Vgl. *Strasser*, in *Jabornegg/Strasser*, AktG – Kommentar, 4. Auflage, § 98, 99 Rn. 42 mwN.

Organbeteiligung für die Arbeitnehmer gesehen. Informationsrechte der betrieblichen Vertretung greifen ja häufig erst später ein; dies gilt auch in Bezug auf die Rahmenrichtlinie aus 2002. Überdies kann ein Verwaltungsrat grundsätzlich die Initiative ergreifen und alle Entscheidungen der Geschäftsführung an sich ziehen, auch wenn dies nicht häufig passiert, und in manchen Staaten wie Frankreich in der Praxis der Geschäftsführer herrscht.⁴⁵ Eine Organbeteiligung in einem Verwaltungsrat kann den Arbeitnehmervertretern daher beträchtlichen Einfluß sichern – in der Praxis kommt es aber darauf an, wie sehr der Verwaltungsrat selbst die Geschäfte führt.

Bei einem Nebeneinander von Vorstand und Aufsichtsrat darf der mitbestimmte Aufsichtsrat hingegen grundsätzlich nur kontrollieren. Er hat hingegen an sich nicht das Recht, die Geschäftsführung an sich zu ziehen, selbst wenn er einzelne Geschäfte an seine Zustimmung binden darf.⁴⁶ Der Einfluß des Aufsichtsrates ist in manchen Staaten überdies geringer als in Deutschland. So ist in vielen neuen Mitgliedstaaten, nämlich Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien, die Hauptversammlung zu Weisungen an den Vorstand zuständig. In Österreich und Slowenien sind Vorstand und Aufsichtsrat hingegen eigenverantwortlich bzw. weisungsfrei. In mehreren Ländern fehlen auch die umfassenden Informationspflichten des Vorstandes. Auf der anderen Seite gibt es in Österreich einen Katalog von Angelegenheiten, für welche der Vorstand der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf (§ 95 Abs. 5 AktG). Aus mehreren Staaten wird berichtet, daß die Arbeitnehmervertreter nur oder vorwiegend zu Fragen der betrieblichen Sozialpolitik Stellung nehmen. Das heißt, daß sich dann ein Drittel oder die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates für viele Dinge nicht aktiv interessiert, was in diesen Fragen wohl das Management stärkt. In einigen, nicht aber allen Staaten sorgen das Gesetz oder Judikatur dafür, daß die Kompetenz des mitbestimmten Gremiums nicht durch das Übertragen der Entscheidungen auf Ausschüsse, denen keine Arbeitnehmer angehören, unterlaufen wird. **34**

Ein wesentlicher Aspekt der Organbeteiligung wird in der frühzeitigen Information der Arbeitnehmervertreter gesehen. Allerdings wird der konkrete Nutzen der frühzeitigen Information im Unternehmensorgan für die Arbeitnehmer insgesamt durch Verschwiegenheitspflichten eingeschränkt. In allen Rechtsordnungen mit Organbeteiligung haben die Arbeitnehmervertreter grundsätzlich dieselbe Verschwiegenheitspflicht wie die Kapitalvertreter! Sie haben also nicht das Recht, vertrauliche Informationen an die Arbeitnehmer, Gewerkschaft oder eine betriebliche Vertretung der Arbeitnehmer weiterzugeben. In mehreren Ländern, etwa Deutschland, Schweden und Österreich, wird gesagt, daß die Furcht vor einer Weitergabe vertraulicher Informationen dazu führt, daß dem mitbestimmten Organ manche Informationen nicht gegeben werden, oder wichtige Unterlagen nur während der Sitzung eingesehen werden dürfen.⁴⁷ **35**

45 Vgl. z.B. *Davies*, ZGR 2/2001, 271.

46 Anders z.B. in Dänemark, wo sich der Aufsichtsrat daher dem Verwaltungsrat nähert.

47 In manchen Fällen kann die Versuchung, Informationen weiterzugeben, bei außen stehenden Arbeitnehmervertretern größer sein als bei Arbeitnehmern des Unter-

- 36** (2) Wichtig ist, ob die Arbeitnehmervertreter auch die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (Vorstand) beeinflussen können. Beim dualistischen Leitungssystem trifft dies zu, falls der Aufsichtsrat die Personalkompetenz hat. So ist es zwingend in Deutschland, Österreich und Slowenien sowie fakultativ in Polen. In Deutschland ist gemäß § 31 MitbestG für die Bestellung (und Abberufung) zuerst einmal eine Zweidrittelmehrheit erforderlich, und erst in einer dritten Abstimmung kann der Vorsitzende eine Zweitstimme einsetzen! Die Mitbestimmung erfaßt auch die Vorstandsverträge. Bereits in Österreich ist die Lage anders. Schon bei der Aktiengesellschaft genügt für Bestellung und Abberufung die einfache Mehrheit, und der Abschluß der Vorstandsverträge samt Vergütung kann überhaupt einem mitbestimmungsfreien Ausschuß übertragen werden. Und auch bei der mitbestimmten GmbH ist, anders als in Deutschland, stets die Gesellschafterversammlung für die Bestellung der Geschäftsführer zuständig. In Finnland haben, auch wenn die Beteiligung im Aufsichtsrat erfolgt, die Arbeitnehmervertreter keine Mitsprache in Personalfragen des Vorstandes. In Tschechien, Slowakei und Ungarn ist selbst in der Aktiengesellschaft für die Bestellung des Vorstandes gar nicht der Aufsichtsrat, sondern die Hauptversammlung zuständig, außer sie überträgt die Zuständigkeit an den Aufsichtsrat. Und auch in den Niederlanden haben die Arbeitnehmer keinen wirklichen Einfluß auf die genannten Personalfragen. Etwas anders ist die Lage bei Organbeteiligung in einem Verwaltungsrat. In Schweden und wohl auch in Dänemark und Luxemburg können die Arbeitnehmervertreter, soweit zu sehen, durchaus Einfluß auf die Bestellung von Geschäftsführern nehmen, allerdings ist dieser Einfluß aufgrund der Zusammensetzung des *Board* (und weil einfache Mehrheit genügt) doch deutlich geringer als in Deutschland. Der starke Einfluß der Arbeitnehmer im deutschen mitbestimmten Aufsichtsrat auf die Personalentscheidungen scheint eine deutsche Besonderheit zu sein.

Dieser Vergleich zeigt, daß die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Auswahl der Geschäftsführung in vielen anderen Staaten meist anders gesehen und bewertet wird als die Beteiligung an Entscheidungen des *Board* über Geschäftsangelegenheiten. Hinter der Entscheidung des Gesetzgebers für keinen oder doch einen geringeren Einfluß könnten folgende Überlegungen stehen. Es ist gerade bei Personalentscheidungen relevant, wer bei der Auswahl mitreden und mitentscheiden kann, weil diese Entscheidungen oft schwerer zu objektivieren sind als Entscheidungen über Sachfragen. Eine volle Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter in Personalfragen dürfte daher die Wahrscheinlichkeit erhöhen, daß Vorstandsmitglieder ihr Verhalten auch an den Erwartungen der Arbeitnehmervertreter ausrichten, und das Wohlwollen der Arbeitnehmervertreter durch Verhaltensweisen erringen, die es sonst nicht gäbe. Und in manchen Staaten scheint der Gesetzgeber diese Ausrichtung des Verhaltens der Geschäftsführer negativ zu sehen.⁴⁸

nehmens; allerdings gibt es auch bei den Kapitalvertretern oft unterschiedlich große Versuchen.

- 48** Manche Verteidiger der derzeitigen deutschen Regelung sagen, daß die Arbeitnehmer keinen wirklichen Einfluß auf die Auswahlentscheidungen haben, weil sich die Kapitalvertreter ja durchsetzen könnten. Sie behaupten damit aber die Wirkungslosigkeit der Mitbestimmung in diesen Fragen – und sprechen damit eigentlich

(3) Der dritte Bereich sind schließlich Entscheidungen, die zwar das Unternehmen **37** betreffen, aber über die eigentliche Geschäftsführung hinausgehen. Es geht vor allem um Änderungen der Unternehmensstruktur aufgrund Verschmelzung oder Spaltung. In Deutschland verlangt das Gesetz hier weder eine Stellungnahme noch gar die Zustimmung des Aufsichtsrates ausdrücklich, sondern nennt nur Vorstand und Hauptversammlung.⁴⁹ Allerdings kann der Aufsichtsrat aufgrund seiner allgemeinen Kompetenz (§ 90 AktG) über den vom Vorstand ausgehandelten Verschmelzungsvertrag mitreden, nicht jedoch mitentscheiden. In Österreich ist die Rechtslage nicht so klar. Dort verlangt das Gesetz für den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen oder Unternehmen die Zustimmung des Aufsichtsrates. Darunter fallen an sich auch Verschmelzung und Spaltung sowie verschmelzungsähnliche Vorgänge, allerdings ist dies speziell für die Verschmelzung aufgrund einer Sonderbestimmung fraglich; überdies soll sich die Hauptversammlung über einen negativen Beschluß des Aufsichtsrates hinwegsetzen können.⁵⁰ Man könnte meinen, der deutsche Gesetzgeber habe aufgrund der großen Mitbestimmung davon Abstand genommen, den Aufsichtsrat hier stärker einzubinden. Denn gerade bei Verschmelzung und Spaltung sind die Unterschiede zwischen den Interessen der Anteilseigner und der Arbeitnehmer oft sehr groß – größer als bei vielen anderen Entscheidungen. Gegen diese Sicht spricht, daß Verschmelzung und Spaltung zu den Grundlagenentscheidungen und nicht zur Geschäftsführung zählen, sodaß die deutsche Lösung durchaus den Grundstrukturen der Kapitalgesellschaft entspricht. Und in der Tat wurde in Österreich die Bestimmung, welche einen Beschluß des Aufsichtsrates erfordert, 1982 gerade eingeführt, um die Arbeitnehmer stärker zu beteiligen⁵¹ – allerdings eben nur bei Drittelparität; und diese Lösung hat bisher auch kaum Probleme verursacht.⁵² Auch

gegen deren Existenzberechtigung. Der Einfluß der Arbeitnehmervertreter auf die Bestellung könnte auch bei Umfragen unter Führungskräften über die Zufriedenheit mit der Unternehmensmitbestimmung eine Rolle spielen.

49 Man vgl. heute insbesondere die §§ 8, 13 und 60 ff Umwandlungsgesetz, wo stets nur vom Vertretungsorgan der Gesellschaft die Rede ist, sowie z.B. *Raiser*, MitbestG, § 25 Rz. 84. Bei den Beratungen des MitbestG war nie die Rede davon, daß die Kompetenzen des Aufsichtsrates auf die „Grundlagengeschäfte“ erweitert werden sollten; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rz. 65.

50 § 95 Abs. 5 Z 1 AktG. Problematisch ist, daß § 220c AktG seit 1996 für die Verschmelzung einen besonderen Prüfungsauftrag des Aufsichtsrates normiert. Vgl. näher *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, Aktiengesetz (2003), § 95 Rz. 100; *dies.*, Handkommentar zu Umgründung, Spaltung und Umwandlung, § 220c Rz. 5; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002).

51 Vgl. *Kalss*, Handkommentar, § 220c Rz. 1.

52 Bei – feindlichen oder freundlichen – Übernahmen ist die Ausgangslage klarer. Diese sprechen primär die Anteilseigner an; diese sollen ihre Anteile übergeben. Die Gesetze und nun auch die Richtlinie verlangen daher auch nur eine Stellungnahme der Leitungsorgane, nicht einen zustimmenden Beschluß. Das deutsche Gesetz verlangt dabei eine Stellungnahme auch des Aufsichtsrates, während die Richtlinie wohl nur eine Stellungnahme von Aufsichtsrat oder Vorstand verlangt. Vgl. § 27 Wertpapierübernahmegesetz. Art. 6 P 5 der Übernahmerichtlinie 2004/25/EG. In Deutschland scheint der Aufsichtsrat bei dieser Änderung mehr involviert zu sein als bei einer Umstrukturierung des Unternehmens selbst. Dies trifft aber wohl nicht zu, weil bei

in den anderen Staaten mit Organbeteiligung gibt es, soweit zu sehen, bei den Grundlagengeschäften keinen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des mitbestimmten Organs.

d. Ausmaß der Beteiligung

- 38** Für die Intensität und damit die Bedeutung der Organbeteiligung ist – nach den Kompetenzen des Organs mit Arbeitnehmerbeteiligung – vor allem der Anteil der Arbeitnehmervertreter in diesem Organ entscheidend: paritätisch, ein Drittel oder weniger. Nach der Erweiterung der EU kann man sagen, daß innerhalb der Staaten mit Organbeteiligung klar die Drittelbeteiligung überwiegt. Wir finden sie in Österreich, Dänemark, Luxemburg, Tschechien, Slowakei, Ungarn sowie partiell in Deutschland, Slowenien und auch Polen. Eine paritätische Beteiligung mit Übergewicht der Kapitalsseite bei Stimmengleichheit gibt es obligatorisch nur in Deutschland. Ein geringeres Ausmaß der Beteiligung gibt es in Schweden. Aus der Reihe fallen die Niederlande, weil es dort keine wirklichen Arbeitnehmervertreter gibt.
- 39** Die Frage, ob die Beteiligung ein Drittel oder die Hälfte ausmacht, wird von vielen als wesentlich angesehen. In Staaten mit Drittelbeteiligung wird diese selten oder doch jedenfalls weit weniger als Hindernis für eine gute *Corporate Governance* angesehen, während in Deutschland ein Teil der Meinung die Hälftebeteiligung sehr wohl als Hindernis sieht. Und auch in Staaten mit Drittelbeteiligung wird die deutsche große Regelung als fundamental andere Lösung eingeschätzt. So sieht ein deklarerter Befürworter der dänischen Drittelbeteiligung den Hauptunterschied zur deutschen Regelung darin, daß „*the Danish arrangement does not give the employees a power base obstructing an effective management.*“⁵³ Dies wirft die Frage auf, worin denn nun genau der Unterschied zwischen Hälfte- und Drittelbeteiligung besteht.

Der Informationsfluß müßte an sich in gleicher Weise möglich sein, weil auch ein Drittel der Mitglieder meist sichert, daß mehrere Arbeitnehmervertreter eingebunden sind; bei nur einem Vertreter wird es wohl anders sein. Und auch bei der deutschen Hälftebeteiligung kann sich die Kapitalsseite stets durchsetzen. Allerdings ist die Dominanz weit mühsamer zu organisieren als bei Drittelbeteiligung. Die Anforderungen an die Disziplin der Kapitalvertreter bei der Präsenz und dem Abstimmungsverhalten sind bei der deutschen Regelung viel höher; die Kapitalvertreter müssen mehr planen und zusammenhalten. Die Kapitalsseite kann sich bei Hälftebeteiligung ja nur durchsetzen, wenn alle ihre Mitglieder anwesend

der Verschmelzung die Kontrolle durch den Aufsichtsrat ja an den Aktivitäten des Vorstandes ansetzen kann. Die Unterschiede sind also nicht auf die Unternehmensmitbestimmung zurückzuführen. In Österreich hat es eine Diskussion gegeben, ob die Änderung der Aktionärsstruktur eine Betriebsänderung iSd § 109 ArbVG darstellt, was Informationspflichten an den Betriebsrat zur Folge hätte. § 109 Abs. 1 Z 6 ArbVG nennt dazu auch „Änderungen der Rechtsform oder der Eigentumsverhältnisse an dem Betrieb“. Nach wohl hL fallen aber selbst wesentliche Änderungen der Beteiligungsverhältnisse einer Kapitalgesellschaft nicht darunter.

⁵³ Andersen, in Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung, 24.

sind oder doch kundtun, wie sie in einer konkreten Angelegenheit entscheiden wollen; Abwesende können nach dem MitbestG ihre Stimme nur durch Boten, nicht durch Stellvertreter abgeben.⁵⁴ Und die Kapitaleseite kann sich nur durchsetzen, wenn alle einheitlich abstimmen. Das erschwert offene Diskussionen vor Abstimmungen, und fügt die Kapitalvertreter enger zusammen als bei einer Drittelbeteiligung. Keiner darf ausscheren. Dies macht auch die Auswahl jedes einzelnen Vertreters der Kapitaleseite wichtiger als bei Drittelbeteiligung – man darf nur Leute entsenden auf die man sich voll verlassen kann.

In der Praxis soll es kaum jemals zum Stichentscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden kommen.⁵⁵ Manche schreiben dies dem kooperativen Geist in mitbestimmten Aufsichtsräten zu; es komme schon kaum mehr zu KampfAbstimmungen.⁵⁶ Eine andere Erklärung kann in dem Nebeneinander von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung liegen. Der Betriebsrat hat nach dem BetrVG wesentliche Möglichkeiten zur Verzögerung, Blockade und Kostensteigerung, und es liegt nahe anzunehmen, daß er diese Möglichkeiten um so stärker nutzt, je mehr die Kapitaleseite im Aufsichtsrat ihr kleines Übergewicht ausnutzt.⁵⁷ Die Kumulation von Organbeteiligung und Betriebsverfassung führt zu Verstärkungseffekten: die Möglichkeiten nach dem BetrVG könn(t)en eingesetzt werden, um die Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat zu unterstützen, und die Möglichkeiten, im Aufsichtsrat die Personalfragen des Vorstandes zu beeinflussen, könn(t)en eingesetzt werden, um die Mitsprache in sozialen und personellen Angelegenheiten zu unterstützen.⁵⁸ In keinem anderen Staat mit Arbeitnehmervertretern haben die Arbeitnehmer eine so starke betriebliche Mitbestimmung wie in Deutschland. Nur in Deutschland kann die Arbeitnehmerseite daher die betriebliche Mitbestimmung mit ihren Möglichkeiten zu Verzögerung und zuweilen Blockade einsetzen, um im Aufsichtsrat etwas zu erreichen.

Die hälftige Beteiligung dürfte also auch die Verhaltensmuster im Aufsichtsrat beeinflussen. In Deutschland sagen manche Kritiker, daß die Kapitalvertreter das Management in Anbetracht der Arbeitnehmerbank eher schonen und stützen, und daß dies eine oder gar die Ursache für die oft beklagte zu geringe Kontrolle des

54 Vgl. zur Diskussion *Raiser*, MitbestG, § 28 Rz. 23 ff mwN.

55 Vgl. *Henssler*, Kommentar zum Referat von Höpner, MPI für Gesellschaftsforschung, Die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung (www.mpi-fg-koeln.mpg.de/ak/doks/Henssler_Kommentar.pdf).

56 In diesem Sinne *Höpner*, Unternehmensmitbestimmung und Mitbestimmungskritik – Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper (im Erscheinen – 2004); Text unter: www.mpi-fg-koeln.mpg.de/ak/doks/Hoepner_Unternehmensmitbestimmung.pdf. Verkürzt abgedruckt in Mitbestimmung 6/2004.

57 In diese Richtung *Henssler*, Kommentar (Fn. 55).

58 Vgl. zum Verhältnis und zur Verstärkung *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, Einl Rz. 56 ff. Das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil (III.1.1.b) zwar gesagt, Mitbestimmungen im Aufsichtsrat und nach dem BetrVG würden nicht kumuliert. Das mag aus verfassungsrechtlicher Sicht vielleicht so sein, faktisch und rechtsvergleichend sind die Koppelungsmöglichkeiten unübersehbar. So sagt etwa *Davies*, es sei ein "truism", daß die Effektivität der deutschen Unternehmensmitbestimmung wesentlich auf der Verbindung zur betrieblichen Mitbestimmung beruht; *Industrial Law Journal* 32 (2003), 86.

Managements durch den Aufsichtsrat sei. Andere halten dieses Argument für abwegig.⁵⁹ Treffend ist dabei zwar der empirische Einwand, daß die Tendenz, ehemalige Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat zu berufen, den Kontrolleifer oft dämpfen kann. Die behauptete Verhaltenstendenz selbst wird aber nicht wirklich in Frage gestellt oder gar empirisch angezweifelt, sondern eher moralisch verurteilt. Ob die genannte Verhaltenstendenz besteht kann ich nicht beurteilen. Bemerkenswert ist, daß gleichartige Bedenken in anderen Ländern nicht aufzutauchen scheinen. Dieser Unterschied könnte darauf beruhen, daß die genannte Verhaltenstendenz bei hohem Anteil der Arbeitnehmervertreter stärker ist als bei geringerem Anteil. Auch wenn die laschere Kontrolle ein Fehler der Kapitalvertreter wäre, müßte der Gesetzgeber sie sinnvollerweise berücksichtigen. Ganz allgemein sollten Beobachter zur Kenntnis nehmen, wie die Menschen sind, und nicht Fakten ignorieren, weil sie nicht so sind, wie sie sein sollten. Und auch der Gesetzgeber sollte vom realen Verhalten ausgehen und nicht sofort nur das gewünschte Verhalten unterstellen. Sollte die besagte These zum Verhalten der Kapitaleseite faktisch zutreffen, so wäre sie also relevant, auch wenn das Verhalten bedenklich ist.

e. Handlungsmaßstab: Unternehmens- oder Arbeitnehmerinteressen?

- 42** Die schwierigste Frage, die weit in das reine Gesellschaftsrecht hinreicht, ist welche Interessen die Arbeitnehmervertreter im Gesellschaftsorgan vertreten sollen. Sollen sie das Interesse der Eigentümer und Anleger fördern, oder die Interessen der Arbeitnehmer vertreten dürfen, oder ein Drittes – das Unternehmensinteresse – als Richtschnur haben. *Prima facie* scheinen die Bestellungsregeln darauf hinzudeuten, daß die Kapitalvertreter die Interessen der Anteilseigner (Gesellschafter, Anleger) vertreten sollen, und daß Arbeitnehmervertreter in einem Unternehmensorgan zumindest die Sicht der Arbeitnehmer einbringen oder gar die Interessen der Arbeitnehmer vertreten sollen. Die deutsche Doktrin verpflichtet aber beide Gruppen auf das Unternehmenswohl, das nicht mit Partikularinteressen identisch sei, auch nicht mit dem Interesse der Anteilseigner.⁶⁰ Und auch in Österreich, Dänemark und Finnland wird gesagt, daß es ein Interesse der Gesellschaft gibt, welches von dem der Anteilseigner wie der Arbeitnehmer verschieden ist und das die Organe der Gesellschaft zu verfolgen haben. In Österreich verpflichtet das Gesetz (so wie früher in Deutschland) jedenfalls den Vorstand auch ausdrücklich auf das Wohl des Unternehmens, wenn auch unter Berücksichtigung der Interessen von Aktionären und Arbeitnehmern.⁶¹ Beim Handlungsmaßstab des Aufsichtsrates wird das Unternehmensinteresse wohl nicht ganz so stark betont wie in Deutschland.⁶² Und

59 Höpner, Unternehmensmitbestimmung (Fn 56).

60 Z.B. Raiser, MitbestG, § 25 Rz. 109 ff; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Auflage (2003), § 23 Rz. 15, § 24 Rz. 12; Kübler, Gesellschaftsrecht (1999), § 14 III 2; § 32 III 4.

61 § 70 Aktiengesetz; vgl. dazu z.B. Strasser, in: Jabornegg/Strasser, AktG-Kommentar, 4. Auflage (2001), § 70 Rz. 17 ff.

62 Vgl. z.B. Strasser, in: Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz-Kommentar, 4. Auflage (2001), § 98, 99 Rn. 35. Vgl. auch Kalss in Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung 120, 123; dies in Doralt/Nowotny/Kalss, Aktiengesetz-Kommentar, § 92 Rz. 65.

selbst in den anderen Staaten mit Organbeteiligung wird das Unternehmensinteresse wohl weniger verselbständigt und vergegenständlicht. So sagt man denn in den nordischen Ländern, daß es nicht gegen die Interessen der Gesellschaft verstößt, sich für das Wohl der Arbeitnehmer einzusetzen.⁶³

Dafür gibt es in den skandinavischen Staaten auch allgemeine Regeln über die Stimmhaltung wegen Befangenheit bzw. Interessenkollision, und diesen kommt gerade bei den Arbeitnehmervertretern Bedeutung zu. Aus den allgemeinen Regeln wird abgeleitet, daß die Arbeitnehmervertreter im *Board* von den wichtigen Entscheidungen über Tarifvertrag, Arbeitsbedingungen und Streik ausgeschlossen sind.⁶⁴ In Deutschland und in Österreich gibt es hingegen keine allgemeinen Vorschriften, die für alle Aufsichtsratsmitglieder gelten und bei Inkompatibilität oder schwerer Interessenkollision von Mitgliedschaft, Teilnahme oder nur Stimmrecht ausschließen. Und diese Fragen wurden im deutschen Gesellschaftsrecht auch kaum thematisiert, weder für Kapital- noch für Arbeitnehmervertreter. Auch in den anderen Staaten sind keine ausdrücklichen Schranken für Arbeitnehmervertreter ersichtlich. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat dürften also – auch in Deutschland – über Tarifvertrag und Verhalten des Unternehmens bei Streik mitbestimmen, falls der Vorstand sie dem Aufsichtsrat vorlegt.⁶⁵ Und selbst in Dänemark wird gegen den Ausschluß vorgebracht, daß auch die Arbeitnehmervertreter Verantwortung für unpopuläre Entscheidungen tragen sollten. Aus Polen wird berichtet, daß auch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat es als ihre Aufgabe ansehen, die Interessen des Unternehmens und der Eigentümer wahrzunehmen, nicht jene der Arbeitnehmer zu vertreten. Zu erwähnen ist hier auch die Regelung in den Niederlanden. Der komplizierte Bestellungsmodus macht wohl nur Sinn, wenn und weil man die Ausrichtung von echten Arbeitnehmervertretern an Arbeitnehmerinteressen vermeiden will. Man kann also sagen, daß die Arbeitnehmervertreter nach keiner Regelung berechtigt sind, im Organ allein die Interessen der Arbeitnehmer zum Handlungsmaßstab zu nehmen.

f. Abschließendes zur Befundaufnahme

Man kann die Ergebnisse der Befundaufnahme in einigen Leitsätzen sowie zwei Tabellen zusammenfassen, die hier am Ende des Beitrages abgedruckt sind. Die Analyse hat die weit verbreitete Auffassung bestätigt, daß auch innerhalb der neun Mitgliedstaaten, in denen es echte Unternehmensmitbestimmung gibt, die deutsche Regelung am weitesten geht. Wesentliche Punkte dazu sind: Die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz

- erfaßt nicht nur Aktiengesellschaften,

63 Zu Dänemark *Andersen*, aaO, 17, 21.

64 Vgl. zu Finnland: *Toiviainen*, aaO 42; zu Schweden *Victorin* aaO 43. Bei einem Verwaltungsrat sind solche Regeln aber wohl noch notwendiger als bei einem Aufsichtsrat.

65 In Deutschland wird die Teilnahme an Sitzungen zum Tarifvertrag weitgehend, jene bei Streik von einem beträchtlichen Teil der Auffassungen für zulässig gehalten. Vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 25 Rz. 140 ff.

- gibt für größere Gesellschaften eine höhere numerische Beteiligung als anderswo,
- gibt dem mitbestimmten Organ bei Personalfragen entscheidende und bei anderen Fragen stärkere oder gleichstarke Befugnisse als sonst,
- sieht auch Gewerkschaftsvertreter vor, die nicht dem Unternehmen angehören.
- Dazu kommt die Kombination mit einer starken betrieblichen Mitbestimmung.

Und wohl nur in Deutschland gehören Unternehmensmitbestimmung und Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat zum zentralen Selbstverständnis der Gewerkschaften.⁶⁶ Allerdings sind die Unterschiede nicht nur bei der Mitbestimmung groß, sondern im gesamten Arbeitsrecht. Man denke nur an die gesetzliche Regelarbeitszeit. Man kann sagen, daß das Arbeitsrecht jenes Gebiet des wirtschaftsregelnden Privatrechts ist, in dem die Unterschiede in der EU am größten sind.

- 45** Die deutsche Regelung der Unternehmensmitbestimmung war in der europäischen Diskussion über Organbeteiligung lange Zeit der Bezugspunkt für Diskussionen.⁶⁷ Seit dem *Davignon*-Bericht aus 1997, der zur Auffangregelung der Richtlinie zur SE geführt hat, ist dies anders. Die deutsche Regelung hat konzeptionell ihre maßstabsbildende Bedeutung verloren und wird faktisch auf eine Anwendung in Deutschland isoliert.⁶⁸ Aus der Sicht wohl der meisten Mitgliedstaaten ist die deutsche Regelung heute eine Regelung unter anderen.

Selbst nach der deutschen Regelung kann sich die Arbeitnehmerseite gegen eine geschlossene Anteilseignerseite letztlich nicht durchsetzen. Und die Arbeitnehmervertreter einschließlich der Gewerkschaftsvertreter dürfen bzw. dürften nach dem Gesetz – anders als der Betriebsrat – keine echte Interessenvertretung der Arbeitnehmer sein, weil auch sie das Unternehmensinteresse zu vertreten haben. *Henssler* zweifelt daher nicht zu Unrecht, ob die Bezeichnung Mitbestimmung das Wesentliche trifft. Er sieht den sachlichen Kern in der frühzeitigen und umfassenden Information. Ich würde noch hinzufügen: Es soll ein Umfeld geschaffen werden, daß es der Kapitaleseite und dem Management erheblich schwerer macht, die Interessen der im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer zu übergehen, und vielleicht auch günstige Rahmenbedingungen für die betriebliche Mitbestimmung schaffen. Die Verwendung des starken Begriffes Mitbestimmung statt eines schwächeren Begriffes – Mitwirkung, Mitsprache, Organbeteiligung – erfolgt daher wohl auch, um politische Konnotationen mit zu transportieren. Es sollte eine Lage vorbereitet werden, in der eine wirkliche Mitbestimmung von Arbeitnehmern und Gewerkschaften als normal erscheint.

66 *Henssler* meint: „Die ... deutschen Gewerkschaften würde ein Rückbau der Arbeitnehmermitbestimmung im Mark treffen“, in *Baums/Ulmer*, 158.

67 Vgl. zur Geschichte der Diskussionen in der EU seit 1970 ausführlich *Höland*, Mitbestimmung in Europa (2001).

68 So treffend *Höland*, Mitbestimmung in Europa, 160.

Die Regelungen anderer Staaten zur Organbeteiligung begründen natürlich um so weniger eine echte Mitbestimmung. Manche Befürworter stützen die große deutsche Unternehmensmitbestimmung mit der Garantie der Menschenwürde durch Art. 1 GG. Wäre das richtig und würde Art. 1 GG das Mitbestimmungsgesetz erfordern, dann wäre die Menschenwürde in allen anderen Mitgliedstaaten nicht ausreichend geschützt⁶⁹ – eine kaum überzeugende Sicht.

Interessant ist auch die Frage, wie die nationalen Regelungen nach der Stärke der Mitwirkung zu reihen sind. Man müßte dafür alle relevanten Elemente bedenken, also neben dem Stimmrecht und dem Anteil der stimmberechtigten Arbeitnehmervertreter vor allem auch die Angelegenheiten, in denen mitbestimmt wird. Der Vorschlag der Verschmelzungsrichtlinie stellt aufgrund der Verweisung auf die Richtlinie zur SE allein auf den Anteil der Arbeitnehmervertreter ab. Die danach stärkere Regelung zur Mitbestimmung soll zum Tragen kommt, falls das Recht der neuen Gesellschaft keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht, und es zu keiner Verhandlungslösung kommt. Stellt man allein auf den Anteil ab, so ist nicht nur die deutsche Regelung stärker als die österreichische oder die schwedische, auch die österreichische wäre stärker als die schwedische.⁷⁰ Es ist sehr fraglich, ob die Drittelbeteiligung in einem kontrollierenden *Board* wirklich einen stärkeren Einfluß gibt als die geringere Beteiligung in einem auch geschäftsführenden *Board*. Auch die Vorarbeiten der Kommission für die Richtlinie zur Sitzverlegung über die Grenze sehen vor, daß die Regelung zur Arbeitnehmermitbestimmung des Ausgangsstaates aufrecht erhalten bleibt, falls sie stärker ist als jene des Zielstaates. Das Kriterium für die Stärke ist dort noch nicht erkennbar.

In den Staaten, in denen es Unternehmensmitbestimmung gibt, wird diese vor allem von der Arbeitnehmerseite positiv bewertet. Jedenfalls in den skandinavischen Ländern gibt es auch positive Bewertungen aus Wirtschaftskreisen.⁷¹ Rechtspolitische Diskussionen über die vorhandene nationale Regelung gab es in letzter Zeit nur in einigen Ländern, vor allem in Deutschland und Slowenien sowie in den Niederlanden. In Deutschland wird zum Teil die Reduktion der Hälftebeteiligung auf eine Drittelbeteiligung gefordert, nun auch von einer politischen Partei.⁷² Zuweilen wird auch die Abschaffung der Arbeitnehmermitbestimmung verlangt; dazu zählt der Vorschlag, die Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch die Beteiligung an einem

69 Konsequent weitergedacht müßte dann das Gemeinschaftsrecht, welches es erlaubt, den Anwendungsbereich des MitbestG faktisch zurückzudrängen, mit Art. 1 GG in Widerspruch stehen.

70 Vgl. dazu *Davies, Workers on the Board of the European Company?* *Industrial Law Journal*, Volume 32 (2003), 85 ff. Davies hält es sogar für möglich, daß die niederländische Regelung die deutsche verdrängt. Dies wäre mE abzulehnen, weil die beiden Systeme ganz verschieden funktionieren, wie schon die Umschreibung in der RL zeigt (vgl. oben Fn. 1).

71 *Andersen, Victorin* und *Ulmer* in *Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung* 21 ff, 129 ff, 172.

72 Die FDP hat diese Forderung im Juni offiziell erhoben.

beratenden Konsultationsrat zu ersetzen.⁷³ In den meisten Staaten mit Organbeteiligung herrscht hingegen „rechtspolitische Ruhe an der ‚Mitbestimmungsfront‘.“⁷⁴ Der Einfluß der Organbeteiligung auf die Qualität der Unternehmensleitung wird dort, soweit zu sehen, entweder nicht sehr thematisiert oder doch als nicht wesentlich angesehen.

III. Zur Erklärung und Bewertung der Unterschiede

1. Funktionelle Äquivalente und zur Erklärung der Unterschiede

- 48** Nach dieser systematischen Analyse der Regelungen zur Organbeteiligung ist als nächstes nach einer Erklärung für die Unterschiede zu suchen. Zu beginnen ist dazu mit der Frage, ob es in den Staaten ohne Organbeteiligung Regelungen und Mechanismen gibt, welche den Arbeitnehmern andere Wege zur Einflußnahme auf die Unternehmen vorzeichnen oder eröffnen. Dies entspricht der Grundregel von Rechtsvergleichung, stets nach Regelungen Ausschau halten, die funktionell äquivalent sind.
- 49** a. Zu denken wäre vor allem an Mitbestimmung bei konkreten Entscheidungen, z.B. bei einer Betriebsänderung.⁷⁵ In den alten Mitgliedstaaten finden wir nun Gesetze über die betriebliche Vertretung der Arbeitnehmer und deren Rechte auf Information und Konsultation zwar auch in vielen der Staaten ohne Organbeteiligung. Wir finden in diesen Staaten ohne Organbeteiligung aber kaum eine betriebliche Mitbestimmung, die über Konsultation hinausgeht: In Großbritannien und Italien gibt es keine gesetzliche Mitbestimmung an Entscheidungen, und auch in Frankreich, Spanien, Belgien, Griechenland und Portugal sehen die Gesetze kaum solche Mitbestimmung vor; dasselbe gilt für die baltischen Staaten. Für die alten Mitgliedstaaten kann man vielmehr feststellen, daß Mitbestimmung an Entscheidungen und Organbeteiligung häufig parallel gehen – so in Deutschland, Österreich, in den Niederlanden und Schweden – auch wenn die Intensität der Mitbestimmung meist hinter jener in Deutschland zurückbleibt.⁷⁶ In den neuen Mitgliedstaaten Mittelosteuropas gibt es diese Parallelität nur in Ungarn, Slowenien und der Slowakei (auch wenn die Mitbestimmung wiederum deutlich geringer ist als in Deutschland oder Österreich), während es in Tschechien und partiell in Polen nur Organbeteiligung gibt, und in den baltischen Staaten weder das eine noch das andere. Nicht vorhandene Organbeteiligung wird also nicht durch Mitbestimmung in anderen Angelegenheiten ausgeglichen.

73 Berliner Netzwerk *Corporate Governance* (Kirchner, Säcker, Schwalbach, Schwark, von Werder, Windbichler) 12 Thesen zur „Modernisierung der Mitbestimmung“ vom Dezember 2003.

74 Ulmer, in Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung, 172.

75 Vgl. zu den alten Mitgliedsstaaten Rebhahn, Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763 ff; überarbeitet neu veröffentlicht in The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2003, 271 ff, 2004, 107 ff. Für die Beitrittsstaaten vgl. Kohl/Platzer, Arbeitsbeziehungen, 77 ff.

76 Kaum relevante gesetzliche Mitbestimmungsrechte gibt es in Finnland und Dänemark

b. Ganz anders ist die Lage in Bezug auf die Zulässigkeit von Streiks.⁷⁷ In vielen der alten Mitgliedstaaten ohne Organbeteiligung sind oder waren Streiks doch in weit größerem Umfang zulässig als in Deutschland. Vor allem in Italien und Spanien, aber auch in Frankreich und Portugal sind Streiks um Arbeitsbedingungen und Entscheidungen des Unternehmens im wesentlichen ohne Beschränkung zulässig – und zumindest in Italien haben die Arbeitnehmer dieses Recht auch oft genutzt. In diesen Ländern mit romanischer Rechtstradition wird der Streik als Recht der einzelnen Arbeitnehmer gesehen. Auch in Großbritannien war der Streik, wenn auch auf anderer Rechtsbasis, lange Zeit aus der Sicht der Gewerkschaften das Mittel der Wahl, um Interessenkonflikte durchzusetzen und um auf das Management Einfluß zu nehmen. Auch heute sind in Großbritannien Streiks um unternehmerische Entscheidungen an sich von der gesetzlichen Immunität erfaßt, jedoch verlangt das Gesetz seit *Thatcher* für jeden Streik zuerst eine Urabstimmung unter den Arbeitnehmern, meist unter unabhängiger Aufsicht;⁷⁸ diese Verfahrenshürde hat Streiks sehr zurückgedrängt. In den Staaten Mittelosteuropas wurden in den letzten Jahren Streikgesetze erlassen. Mehrere errichteten vor allem Verfahrenshürden, die genaue Bedeutung der neuen Regelungen ist noch nicht ganz klar. Die deutsche Grundregel, wonach Streiks nur zulässig sind, wenn sie um einen Tarifvertrag geführt werden, ist rechtsvergleichend gesehen weit eher die Ausnahme als die Regel, und damit auch ein deutscher Sonderweg. Die Beschränkung des Streiks auf den Tarifvertrag entspricht nicht dem Modell, das die Europäische Sozialcharta vom Streik hat, und inzwischen haben 21 der 25 Mitgliedstaaten die einschlägige Bestimmung dieser Charta unterzeichnet.⁷⁹

Rechtlich sind Streiks daher in vielen Staaten ohne Organbeteiligung eher zulässig als in Deutschland. Daraus darf man nicht (kurz) schließen, daß eine Einschränkung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland auf längere Sicht automatisch zu mehr Streiks führt.⁸⁰ Wohl gab es in der Vergangenheit in manchen Staaten ohne Organbeteiligung vergleichsweise mehr Streiks als in Deutschland. Blickt man auf die alten Mitgliedstaaten, zeigt sich meines Erachtens keine wirklich signifikante Korrelation zwischen Streikhäufigkeit und Organbeteiligung.⁸¹

77 Vgl. zu den alten Mitgliedsstaaten *Rebhahn*, NZA 2001, 763 ff. Für die Beitrittsstaaten vgl. *Kohl/Platzer*, Arbeitsbeziehungen 75 f.

78 Vgl. TULR(C)A 1992 sec 226 – 235; *Morris/Archer*, Collective Labour Law (2000), 435 ff.

79 Ausnahmen sind Österreich, Griechenland, Luxemburg und Polen.

80 Diese Frage wurde in der Diskussion nach dem Vortrag mehrmals angesprochen.

81 Im Zeitraum von 1993 bis 2002 wurden in der EG im Durchschnitt 64 Arbeitstage je 1000 Arbeitnehmer aufgrund Streiks nicht gearbeitet (in der OECD: 52). Von den Staaten ohne Organbeteiligung lagen Irland (77), Frankreich (ca. 75), Italien (131) und Spanien (248) zum Teil deutlich über dem Durchschnitt, jedoch Großbritannien (24), Belgien (ca. 30), Portugal (22) deutlich unter dem Durchschnitt. Von den Staaten mit Organbeteiligung lagen Deutschland (5), Österreich (1), Schweden (29) und die Niederlande (19) deutlich unter dem Durchschnitt, hingegen Dänemark (177) und Finnland (110) deutlich über dem Durchschnitt. Quelle: UK Office for National Statistics, Labour Market trends april 2004 (www.statistics.gov.uk/articles). Vgl. auch *Eichhorst* u.a., Benchmarking Deutschland: Arbeitsmarkt und Beschäftigung (2001).

- 51 c. Rechtsvergleichung kann in der Folge auch versuchen, die Ursachen für die festgestellten Unterschiede aufzufinden. Wie bei allen historischen und damit einmaligen Entwicklungen sind eindeutige Aussagen zu den Hauptursachen schwierig. Es werden wohl stets mehrere zusammenwirken. Ein fundamentaler Unterschied zwischen dem anglo-amerikanischen Modell und Kontinentaleuropa besteht wohl schon beim grundlegenden Verständnis des Unternehmens. Am Kontinent, und hier nicht nur in Deutschland, sieht man das Unternehmen primär als Institution, und damit auch als selbständige Einheit mit eigenen Interessen; Im anglo-amerikanischen Bereich sieht man hingegen primär bloß ein Netz von Verträgen oder Vereinbarungen.⁸² Dahinter stehen unterschiedliche Auffassungen über die vom Recht bei der Regelung verfolgten Interessen. In Großbritannien und den USA sieht man die Kapitalgesellschaft und deren *business* eher als rein private Veranstaltung, beherrscht von Privatautonomie und Verträgen, während man auf dem Kontinent meint, daß es erhebliche öffentliche Interessen an den Vorgängen in der Kapitalgesellschaft gibt. Der Unterschied zeigt sich darin, daß die Gesetze in fast allen alten Mitgliedstaaten des Kontinents seit langem eine betriebliche Arbeitnehmervertretung mit gesetzlichen Rechten vorsehen, nicht in Großbritannien oder Irland.⁸³ Die Einordnung einer Betriebsverfassung, etwa jener nach dem BetrVG, in das Privatrecht und deren vertragsakzessorische Deutung sind damit vereinbar,⁸⁴ weil allein die Tatsache der gesetzlichen Regelung belegt, daß bei der Regelung auch öffentliche Interesse eine Rolle spielen.

Zu erklären bleibt, warum es nur in manchen Staaten des Kontinents Organbeteiligung gibt, in anderen nicht. Eine Ursache für Unternehmensmitbestimmung war und ist sicher der Wunsch, den Einfluß der Arbeitnehmer auf die Unternehmen zu erhöhen, und jenen der Anteilseigner zu reduzieren. Die Unternehmensmitbestimmung war und ist ein politisches Projekt. Dies zeigt auch der Zeitraum, in dem diese Mitbestimmung in vielen Staaten erstmals eingeführt und ansonsten ausgeweitet wurde, nämlich die siebziger Jahre. In den nordischen Ländern und Deutschland, aber auch in Großbritannien wurde damals intensiv über *industrial democracy* diskutiert. Allerdings wurde eine Unternehmensmitbestimmung in der Folge nur in einigen Staaten eingeführt (etwa in Dänemark, Schweden, Luxemburg und auch in den Niederlanden), in anderen nicht (Frankreich, Italien). Gründe für diese unterschiedliche Entwicklung könnten vor allem unterschiedliche Einstellungen zu der mit Mitsprache verbundenen Mitverantwortung und zur Verrechtlichung von

82 Vgl. die Darstellungen bei *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Auflage (2003), sowie *Göbel*, Neue Institutionenökonomik (2002), 174 ff. *Richter/Furubotn* betonen eher den Vertragsaspekt, *Göbel* betont eher den institutionellen. Allerdings kann man die Existenz zwingenden Gesellschaftsrechtes auch in den USA nicht allein mit dem Netz von Verträgen erklären.

83 Die Vertretung kann dann wieder als Gesamtvertretung oder als gewerkschaftliche Betriebsvertretung ausgestaltet sein. Keine gesetzlichen Vorkehrungen gab es lange Zeit auch in Dänemark. Vgl. *Rebhahn*, NZA 2001, 771. Auch in den neuen Mitgliedstaaten sehen die Gesetze nun wohl überall eine betriebliche Vertretung vor; vgl. *Kohl/Platzner*, Arbeitsbeziehungen, 128 ff.

84 Vgl. zu diesen Fragen *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995); sowie den Beitrag von *Rieble* § 1 in diesem Band.

Arbeitsbeziehungen sein. Die Organbeteiligung bedeutet ja nicht nur die Möglichkeit, mitzureden. Vielmehr werden die Entscheidungen des mitbestimmten Organs in der Folge häufig auch den Arbeitnehmervertretern mehr oder weniger stark zugerechnet. Die Idee einer formalisierten Beteiligung der Arbeitnehmer in Organen und/oder an Entscheidungen wurde nun in Italien und Frankreich (auch in Großbritannien) nicht nur von den Arbeitgebern abgelehnt, sondern auch von den Gewerkschaften. In Italien etwa fürchteten und fürchten viele, daß eine institutionelle Beteiligung der Arbeitnehmer die *conflittualita* gefährden könnte, also die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu industriellen Konflikten. Und auch der Wunsch nach Verrechtlichung und Einhegung des sozialen Geschehens dürfte in manchen Staaten wie etwa Deutschland und Österreich weit stärker sein als in anderen Staaten. Man ist eben nur in manchen Ländern der Auffassung, daß Konflikte und Interessengegensätze nach Möglichkeit in fest gefügten Rahmen abgearbeitet werden sollen, am besten in ein Organ mit Abstimmung verlagert und so in einen potentiell konsensualen Rahmen eingebettet werden.

2. Bewertung aus rechtsvergleichender Sicht und deren Grenzen

a. Grundlagen: Die Feststellung, daß es bei der Unternehmensmitbestimmung einen Sonderweg Deutschlands gibt, enthält für sich noch keine abschließende Wertung. Dies zeigt auch der Blick auf andere Themen, bei denen fraglich ist, ob zumindest in der EU die Regelungen von oben oder von unten vereinheitlicht werden sollen. Die Frage betrifft alle wirtschaftsrelevanten Rechtsgebiete, vom Vertragsrecht über das Versicherungsrecht und das Arbeitsrecht bis zu den Ertragssteuern. Manche befürworten einen Wettbewerb der nationalen Systeme auch innerhalb der EU, andere präferieren eine Vereinheitlichung, weil dies die Orientierung erleichtert, Transaktionskosten spare und gleiche Wettbewerbsbedingungen schaffe. Es gibt nun keine einheitliche Präferenzregel für Einheit oder Vielheit. Wer die deutsche Unternehmensmitbestimmung als Sonderweg ablehnt, wird die Beschränkung des zulässigen Streiks auf jene um einen Tarifvertrag nicht allein deshalb aufgeben wollen, weil sich diese Regelung nur in Deutschland findet. 52

Gleichwohl erlaubt die Rechtsvergleichung klare Aussagen, welche den Ausgangspunkt für Überlegungen zur Bewertung darstellen. Relevante Organbeteiligung gibt es in elf und damit in knapp der Hälfte der untersuchten Mitgliedstaaten – falls man Finnland und die Niederlande mitzählt.⁸⁵ Schon das Mitzählen dieser Staaten ist fraglich. Jedenfalls nicht mitzuzählen sind hingegen Frankreich und Polen. In Frankreich haben die Vertreter nur beratende Stimme, und in Polen ist die Rechtslage gespalten, wobei die Bedeutung der Organbeteiligung schwindet. Anders betrachtet heißt dies: Knapp mehr als die Hälfte der alten 15 wie der 23 untersuchten Mitgliedstaaten kommt ohne wirkliche Organbeteiligung selbst bei Aktiengesellschaften aus – und zu dieser abstinenteren Hälfte zählen fünf der sechs bevölkerungsreichsten Mitgliedstaaten. Auch wenn man die Staaten nach der

85 Höpner sagt, es gebe Unternehmensmitbestimmung in 13 Mitgliedstaaten, und zählt wohl auch Frankreich und Polen mit; Mitbestimmungskritik, Mitbestimmung 6/2004. Dies ist nicht überzeugend.

Wirtschaftskraft reiht, ändert sich das Bild kaum. Und bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung gibt es eine Organbeteiligung der Arbeitnehmer nur in einer kleinen Minderheit der Mitgliedstaaten, nämlich in Deutschland, Österreich, Schweden und Dänemark (sowie mit Vorbehalt Finnland), während die große Mehrzahl der Mitgliedstaaten ohne jede Organbeteiligung bei der kleinen Kapitalgesellschaft auskommt. Und auch in jenen neun Staaten, in denen es ein Recht auf volle Organbeteiligung gibt, geht dieses Recht in sieben der neun, also in der ganz überwiegenden Mehrheit dieser Staaten, nicht über ein Drittel der Organmitglieder hinaus. Auf der anderen Seite ist die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einem Unternehmensorgan mit einem Drittel der stimmberechtigten Mitglieder zumindest für die große Kapitalgesellschaft eine in neun, und damit in vielen Mitgliedstaaten akzeptierte Lösung. Sie ist daher keine Ausnahmeerscheinung.⁸⁶ Die Mitbestimmung mit der Hälfte der Mitglieder des Organs wird hingegen selbst in diesen Staaten nicht gewollt. Problematisch und unzutreffend ist daher die von manchen Unterstützern der deutschen Lage aufgestellte These, wonach es eine der deutschen vergleichbaren Unternehmensmitbestimmung in der Hälfte der Mitgliedstaaten gebe.⁸⁷ Denn diese These stimmt nicht, falls der Unterschied im Anteil eine wichtige Sache ist. Soll die These stimmen, dann kommt es auf den Unterschied nicht an, und man könnte die paritätische Beteiligung ohne weiteres in eine Drittelbeteiligung umwandeln. Ein Drittes gibt es nicht – Man muß sich entscheiden.

- 53** b. Zur Möglichkeit weiterer Aussagen: Nun ist zu überlegen, ob die Rechtsvergleichung noch weitere Aussagen zur Bewertung der Unternehmensmitbestimmung machen kann. Eine objektive Bewertung kann entweder am Inhalt oder an den Auswirkungen ansetzen, also fragen ob die Organbeteiligung einen in sich legitimen Zweck erfüllt, oder ob die Auswirkungen positiv sind oder negativ. Die Diskussionen um das Mitbestimmungsgesetz 1976 setzten am Inhalt an: Die Verfechter sahen die Unternehmensmitbestimmung als politisches Projekt, das den Arbeitnehmern eine Teilhabe an der Herrschaft über das Unternehmen verschaffen und die Herrschaft der Eigentümer beschränken sollte, die Gegner sahen darin einen Angriff auf Eigentum und freies Unternehmertum.⁸⁸ Es ist klar, daß Rechtsvergleichung zu einer inhaltlichen Diskussion dieser Fragen kaum etwas beitragen kann.

Der Schwerpunkt gesellschaftspolitischer Diskussionen hat sich seit 1976 zu einer konsequentialistischen Sicht verlagert, also zu den Auswirkungen von Regelungen. Im Vordergrund des Interesses stehen heute allgemein ökonomische Folgen, die wirtschaftliche Effizienz als Maß aller Dinge. Leitidee in unserem Zusammenhang ist die gute *Corporate Governance*⁸⁹ – ein Thema das 1976 eher irrelevant war. So

86 So aber z.B. *Hausmanninger/Kletter/Burger*, Der österreichische *Corporate Governance* Kodex, 8, wo wohl gesagt wird, Mitbestimmung im Aufsichtsrat gebe es nur in Deutschland und Österreich.

87 Z.B. *Höpner*, Mitbestimmungskritik, Mitbestimmung 6/2004.

88 Vgl. zur Geschichte z.B. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, Einl Rz. 1 ff, sowie Rz. 39.

89 Vgl. zu *Corporate Governance* und Mitbestimmung z.B.: *Frick/Kluge/Streeck*, Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung (Expertenberichte für die Kommission

besehen interessiert heute primär, ob eine Regelung zur Organbeteiligung die Qualität der Unternehmensleitung und damit die Leistungsfähigkeit der Unternehmen erhöht oder senkt oder nicht beeinflußt – weit weniger interessieren Auswirkungen auf Arbeitnehmer und das soziale Klima, außer sie sind ökonomisch nachweislich relevant.

Bei vielen Fragen des Vertragsrechts und auch manchen des Arbeitsrechts lassen sich die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Regelung auch ohne großen Studien ganz gut abschätzen, wenn man nur – im Sinne der Institutionenökonomik – bedenkt, daß Recht meist Anreizwirkungen auf das Verhalten hat und meist auch haben soll. So liegt die Annahme nahe, daß Karenztage bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Häufigkeit von kurzen Krankenständen *ceteris paribus* verringern. Im Rahmen einer rechtsvergleichenden Studie kann man dann Aussagen über die Auswirkungen der unterschiedlichen Regelungen treffen. Und auch die wirtschaftlichen Auswirkungen einer extensiven oder restriktiven Auslegung der Verhandlungslast nach § 112 BetrVG lassen sich tendenziell gut erkennen. Schon beim Kündigungsschutz wird die Abschätzung schwieriger. Man kann zwar sagen, daß ein sehr starker gesetzlicher Kündigungsschutz die Motivation der Arbeitgeber, Arbeitnehmer unbefristet einzustellen, jedenfalls nicht erhöhen wird; und Deutschland hat in manchen Fragen, etwa bei den Anforderungen an die Information des Betriebsrates, die strengsten Regeln. Wie stark ein negativer Anreiz ist, bleibt selbst in der jüngsten Studie aus der EU-Kommission unbestimmt.⁹⁰ Am schwersten sind Aussagen bei Organisationsnormen. Auch bei der Arbeitnehmerbeteiligung in Gesellschaftsorganen sind die möglichen Folgen sehr vielfältig, sodaß klare Aussagen zu den Auswirkungen jedenfalls nicht von der Rechtsvergleichung selbst – als Wissenschaft – erwartet werden können.⁹¹

Aus der Sicht der Rechtsvergleichung kann man doch folgendes sagen: Die Tatsache, daß sich eine Regelung nur in wenigen oder gar nur einem Staat findet, reduziert die Bedeutung von Argumenten, die sagen, die deutsche Unternehmensmitbestimmung sei aus diesen oder jenen Gründen erforderlich. Die deutsche Mitbestimmung scheint für die soziale Absicherung der Arbeitnehmer nicht unbedingt erforderlich, wenn und weil die Mehrheit der europäischen Arbeitnehmer auch ohne eine so weitgehende Unternehmensmitbestimmung ganz gut leben kann – in letzter Zeit nicht selten besser als die deutschen. Und die Rechtsvergleichung zeigt, daß die deutsche

Mitbestimmung – Bertelsmann Stiftung / Böckler Stiftung; 1999), und darin insbesondere die Beiträge von *Dilger/Frick/Speckbacher* und *Junkes/Sadowski*; *Blair/Roe* (Hg.), *Employees & Corporate Governance* (Washington, 1999); *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge* (Hg.), *Comparative Corporate Governance*, 1998 (MPI Symposium 1997 in Hamburg), insbesondere Part II chapter 5: Labor co-determination and Labor Markets; *Richter/Furubotn*, *Institutionenökonomik*, 476 ff; *Witt*, *Corporate Governance-Systeme im Wettbewerb* (2004).

90 *Young*, Employment protection legislation: its economic impact and the case for reform; European Commission, DG Economic Affairs, Economic Papers N° 186 (2003).

91 Rechtsvergleichung ist in erster Linie eine besondere Methode, sich mit dem Recht zu befassen, die sich deutlich von der dogmatischen und der historischen Methode unterscheidet. Dies rechtfertigt es wohl, die Rechtsvergleichung selbst als Wissenschaft zu sehen. Vgl. zur Methode *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3.

Mitbestimmung auch für den Unternehmenserfolg jedenfalls nicht unbedingt erforderlich sein kann. Es ist nämlich nicht erkennbar, daß sich deutsche Unternehmen mit großer Mitbestimmung signifikant besser entwickelt hätten als Unternehmen in anderen Staaten ohne große oder überhaupt ohne Organbeteiligung.⁹² In den Ländern ohne Unternehmensmitbestimmung hält man diese für eine gute *Corporate Governance* entweder nicht für erforderlich oder nicht förderlich, und/oder die Arbeitnehmer wollten oder konnten sie nicht durchsetzen.

- 55** Mehr kann eine am positiven Recht orientierte Rechtsvergleichung selbst zur Frage, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung ein Standortnachteil oder -vorteil ist, kaum sagen, will sie Wissenschaft bleiben.⁹³ Andere Wissenschaften mögen zu *shareholder* und *stakeholder values* mehr zu sagen wissen. Und natürlich kann jeder, der Rechtswissenschaft betreibt, seine rechtspolitische Meinung zum Thema haben, aber man sollte diese von der wissenschaftlichen Aussage trennen. Diese vertretene Selbstbeschränkung bedeutet nicht, daß die Rechtsvergleichung bei der weiteren Beurteilung unseres Themas gar nichts zu sagen hätte. Sie wird dafür auf andere Disziplinen zugehen müssen, vor allem die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Sie kann relevante Fragen aufwerfen oder bei deren Formulierung helfen, sowie die Ergebnisse anderer Wissenschaften kritisch kommentieren. Und häufig kann nur die Rechtsvergleichung entdecken, daß Studien anderer Wissenschaften diese oder jene rechtliche Grundlage falsch oder schief verstanden oder gedeutet haben. Vor allem kann und soll die rechtliche Betrachtung auf zwei Dingen bestehen: Erstens daß bei den Aussagen zwischen der Organbeteiligung und der Beteiligung an Angelegenheiten ausreichend unterschieden wird. Zweitens kann sie darauf achten, daß bei transnationalen Vergleichen die rechtlichen Unterschiede im Detail nicht unter den Tisch fallen – etwa wenn immer wieder gesagt wird, die deutsche Unternehmensmitbestimmung sei in der EU nichts Besonderes.

3. Nutzen der Rechtsvergleichung für Bewertung nach anderen Maßstäben

a. „Objektive“ Beurteilung anhand von Modellannahmen

- 56** Die bisherige Diskussion um die Bewertung der Mitbestimmung war um eine sozusagen objektive, wissenschaftliche Bewertung bemüht: Herauszufinden ist, ob

92 Die im Text implizit angesprochene Frage kann nicht aufgrund eines innerdeutschen Vergleichs oder eines Vergleichs makroökonomischer Daten beantwortet werden, sondern könnte nur durch den Vergleich von Daten großer Unternehmen aus verschiedenen Staaten beantwortet werden – wobei dann wieder die unterschiedlichen Rahmenbedingungen stören können. Die vorhandenen empirischen Studien sind weitgehend schon älteren Datums, und haben für die untersuchten Zeiträume keine signifikanten Ergebnisse gebracht. Vgl. die Hinweise zu den Studien unten bei III.3.b (Rn. 64).

93 Auch dogmatische und vergleichende Rechtswissenschaft sollten genau auf die Grenze zwischen Wissenschaft und Nichtwissenschaft achten. Auch wenn man diese Grenze weniger nach dem Inhalt des Gesagten als nach der verwendeten Sprache und Gedankenführung zieht, sind die Fragen nach den Auswirkungen der Organbeteiligung zu komplex, um sie im Rahmen der vergleichenden Rechtswissenschaft zu beurteilen.

die Unternehmensmitbestimmung für die Beteiligten objektiv ökonomisch von Vorteil ist. Dabei überlegte man entweder, welche ökonomischen Auswirkungen unterschiedliche Organisationsformen im Gedankenmodell haben werden, oder man suchte die Auswirkungen in den historischen Fakten zu erkennen. Mit Überlegungen anhand eines theoretischen Modells arbeitet in letzter Zeit vor allem die ökonomische Theorie des Rechts bzw. die Neue Institutionenökonomik. Verschiedene Autoren kommen auch hier zu unterschiedlichen Aussagen.⁹⁴ Weitgehend unbestritten ist, daß es für sich genommen zusätzliche Kosten verursacht, wenn in die Unternehmensleitung neben den Anteilseignern und den Managern andere *stakeholder* institutionell eingebunden werden. Solche Regelungen sollten daher besondere Kooperationsrenten erwirtschaften, um im Vergleich mit anderen Systemen wettbewerbsfähig sein zu können. Diese Renten, also Vorteile in anderen Fragen, müssen nicht notwendig bei der Unternehmensleitung, sondern können auch in anderen Bereichen anfallen. Gerade diese Kompensationsmöglichkeit ist das Wesen des Wettbewerbes von Wirtschaftsstandorten mittels unterschiedlicher Rechtssysteme.⁹⁵

Manche Autoren sehen nun die Mitbestimmung durchaus als geeignet an, die einzelnen Mitarbeiter zu motivieren und die soziale Integration im Unternehmen zu verbessern; man spricht vom Partizipationsansatz.⁹⁶ Dies generiere Kooperationsgewinne, die ohne Mitbestimmung nicht möglich wären. Zum einen würden die Arbeitnehmer Änderungen eher akzeptieren, wenn sie von ihren Vertretern mitbeschlossen und daher mitverantwortet werden. Zum anderen würde die Mitbestimmung spezifische Investitionen der Arbeitnehmer wie unternehmensspezifisches Wissen und Stabilität begünstigen oder ermöglichen.⁹⁷ Daran knüpfen

94 Vgl. zur Einführung Göbel, *Neue Institutionenökonomik* (2002), 232 ff, sowie z.B. Gerum/Wagner, *Economics of Labor Co-Determination in View of Corporate Governance*, in: Hopt/Kanda et al. (Hg.) *Comparative Corporate Governance*, 345 ff; Richter/Furuboton, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Auflage (2003). 402 ff. Vgl. ferner Sadowski u.a., *Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht*, ZGR 2001, 110 ff.

95 Vgl. dazu jüngst Witt, *Corporate Governance-Systeme im Wettbewerb* (2004).

96 In diese Richtung z.B. Dilger/Frick/Speckbacher, *Mitbestimmung als zentrale Frage der Corporate Governance*; und Junkes/Sadowski, *Mitbestimmung im Aufsichtsrat*, beide in: Frick/Kluge/Streeck, *Die wirtschaftlichen Folgen*, 19 ff, 67 ff; Höpner, *Unternehmensmitbestimmung und Mitbestimmungskritik*. Aus der juristischen Literatur z.B. Raiser, *MitbestG*, Einl Rz. 74; Henssler, in: Baums/Ulmer, *Unternehmens-Mitbestimmung*, 148.

97 Die Notwendigkeit spezifischer Investitionen der Arbeitnehmer für die Unternehmen und die Förderung dieser Investitionen durch die Mitbestimmung bildet für manche Studien die Basis für die positive Bewertung der Mitbestimmung; besonders deutlich bei Sadowski/Junkes/Speckbacher, *Labor Co-Determination and Corporate Governance in Germany*, Quint-Essenzen Nr. 60 (1999); aber auch die genannten Beiträge von Junkes/Sadowski und Dilger/Frick/Speckbacher. Richter/Furuboton halten Arbeitnehmer mit spezifischen Investitionen zwar für schutzwürdig; die gesetzliche Mitbestimmung begünstige aber auch die anderen Arbeitnehmer; *Institutionenökonomik*, 485 ff. Und es ist durchaus fraglich, für welchen Anteil der unselbständig Erwerbstätigen heute unternehmensspezifische Investitionen wirklich relevant sind; häufig werden spezifische Kenntnisse eher branchen- als unternehmensbezogen sein, und nicht selten gar nicht erforderlich.

Überlegungen an die besagen, die Mitbestimmung habe den Wettbewerb mit der Qualität der Produkte gefördert und den Wettbewerb mit dem Preis erschwert, weil die Mitbestimmung die Qualifikation und Flexibilität der Arbeitnehmer stärke, aber auch die Arbeitskosten erhöhe.⁹⁸ Fraglich ist allerdings, ob diese Wirkungen, wenn sie denn vorliegen sollten, wirklich der – paritätischen – Unternehmensmitbestimmung oder doch nicht eher der betrieblichen Mitbestimmung zugeschrieben werden müßten, welche sie dann auch allein veranlassen könnte.⁹⁹ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, daß der rechtsvergleichende Expertenbericht für die Kommission Mitbestimmung von *Thelen/Turner*, der das deutsche Modell sehr vorteilhaft sieht, die Frage der Unternehmensmitbestimmung kaum erwähnt.¹⁰⁰ Von *Davies* wird hervorgehoben, daß der deutsche Aufsichtsrat – anders als der englische – nicht nur zur Überprüfung des Unternehmens berufen sei, sondern schon immer auch ein Netzwerk des und der Unternehmen mit aufbauen und auch öffentliche Interessen berücksichtigen sollte. Die Organbeteiligung verwirkliche beide Ziele.¹⁰¹ *Streeck* hebt die große Bedeutung der Mitbestimmung auch im Aufsichtsrat für das Selbstverständnis der deutschen Arbeitnehmer hervor – es veranlasse die Unternehmer zumindest mit den Arbeitnehmervertretern zu reden und vermittele das Gefühl, in manchen Belangen gleichberechtigt zu sein. Auch wenn die Unternehmensmitbestimmung keine positiven Effekte haben sollte, würde nach *Streeck* daher die Abschaffung sehr viel „kosten“.¹⁰²

- 58** Andere Autoren sehen die Organbeteiligung der Arbeitnehmer hingegen primär als Verdünnung von *property rights*. Sie betonen die Bedeutung von Eigentum, Risiko und Ertrag, und leiten daraus ab, daß nur jene das Sagen in unternehmerischen Fragen haben sollen, die das Risiko tragen, nicht jene, die wie die Arbeitnehmer ohnehin ein Kontrakteinkommen beziehen.¹⁰³ Diese Argumentation sieht sich

98 Vgl. insbesondere *Streeck*, *Social Institutions and Economic Performance* (London, 1992); sowie „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen“, Bericht der Kommission Mitbestimmung (Fn 10), 57 ff.

99 Der Vorteil beim Qualitätswettbewerb wird wohl vor allem der betrieblichen Mitbestimmung, der Nachteil beim Preiswettbewerb wesentlich auch dem Kündigungsschutz zugesprochen. Die Unternehmensmitbestimmung könnte also nur indirekten Einfluß haben. Zweifel an einem relevanten Einfluß der Unternehmensmitbestimmung erwecken auch so einfache Beobachtungen wie der Streit Berufener um die Frage, ob ein deutsches Weltunternehmen in den letzten Jahren erfolgreich war oder doch eher Kapital vernichtet hat. Wenn schon dies strittig sein kann, wie will man dann feststellen, die Mitbestimmung im Aufsichtsrat fördere die Produktqualität.

100 *Thelen/Turner*, Die deutsche Mitbestimmung im internationalen Vergleich, in: *Streeck/Kluge* (Hg.), *Mitbestimmung in Deutschland*, 135 ff.

101 *Davies*, Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, *ZGR* 2/2001, 268, 286 f.

102 *Streeck*, Kommentar zu *Höpner*, Unternehmensmitbestimmung, bei der Veranstaltung des MPIfG im April 2004.

103 So etwa *Richter/Furuboton*, *Neue Institutionenökonomik*, 483 ff, 420 ff; sowie den Überblick bei *Junkes/Sadowski*, aaO, 56 ff. Zu bedenken ist allerdings, daß bei einem kündbaren Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsvertrag auch die Arbeitnehmer am Risiko teilhaben, und zwar nicht nur nach unternehmensspezifischen Investitionen, schon weil Transaktionskosten anfallen. Und auch in der NIÖ ist die These, daß die

bestärkt durch weitere Nachteile der deutschen Unternehmensmitbestimmung im Modell: Entscheidungen können verzögert und nicht allein am Gewinnziel orientiert sein; Aktionäre und Management würden wegen der Mitbestimmung nach Möglichkeit die Bedeutung des Aufsichtsrates reduzieren.¹⁰⁴

Ein dritter Ansatz hebt negative Wirkungen speziell bei Publikumsgesellschaften 59 hervor. Auszugehen ist davon, daß die vorhandenen Regelungen zur Organbeteiligung nicht wirklich danach differenzieren, ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder gar ob sie eine Publikumsgesellschaft ist. Wohl gelten die Regelungen zur Organbeteiligung in der Mehrzahl der Rechtsordnungen mit Organbeteiligung nur für die große und nicht auch für die kleine Kapitalgesellschaft. Bei den großen Kapitalgesellschaften gelten die Vorschriften zur Organbeteiligung auch für jene, die nicht an der Börse notiert sind. Das erstaunt auf den ersten Blick, weil die Probleme der *Corporate Governance* doch sehr von der Aktionärsstruktur abhängen; es geht primär um das Verhältnis von Kapitalgeber und Management (ein *principal-agent* Problem). Hat die Gesellschaft einen oder wenige Groß- oder doch Kernaktionäre, die Einfluß nehmen wollen, so werden sie in der Regel Mittel finden, um das Management zu überwachen und zu beeinflussen. Bei Publikumsgesellschaften sind die Einflußmöglichkeiten der Aktionäre hingegen viel geringer, wenn überhaupt vorhanden. Daran ändern auch institutionelle Investoren wie Pensionsfonds nichts, weil diese sich aus verschiedenen Gründen kaum in die Leitung der Unternehmen einmengen.¹⁰⁵ Man könnte die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat daher gerade bei Publikumsgesellschaften als ein Mittel sehen, die Kontrolle über das Management und dessen Ausrichtung zu verstärken, zumal die Kapitalvertreter in Publikumsgesellschaften häufig auch noch vom Management ausgewählt werden.

Dagegen wird eingewendet, daß eine starke Unternehmensmitbestimmung wie die deutsche die Stellung des Aufsichtsrates gegenüber dem Management eher schwäche, und eine klare Struktur der Unternehmensleitung in Publikumsgesellschaften erschwere. Die Kapitaleseite will keine starke Mitsprache der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, und muß daher auch gegen einen starken Aufsichtsrat sein. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung stärke daher vor allem den Vorstand und nütze somit in erster Linie dem Management (und nicht den Arbeitnehmern).¹⁰⁶ Daraus wird dann geschlossen, daß deutsche mitbestimmte

Kontrolle des Managements durch die Anteilseigner/Risikoträger erfolgen müsse, nicht unbestritten; andere setzen mehr auf Managermärkte.

104 Zur Kritik am geltenden deutschen Recht z.B. *Ulmer*, Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat – noch zeitgemäß?, ZHR 166 (2002), 271 ff; *Hopt/Leyens*, Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy, European Corporate Governance Institute (ecgi) Law Working Paper N°. 18/2004; *von Werder*, Modernisierung der Mitbestimmung (Berlin Center of Corporate Governance 2003); sowie *Rieble* § 1 in diesem Band.

105 Vgl. *Davies*, ZGR 2/2001, 268, 280. Erst in letzter Zeit ändert sich dies etwas.

106 *Pistor*, Codetermination: A Sociopolitical Model with Governance Externalities, in: *Blair/Roe*, Employees and Corporate Governance, 163, 183.

Publikumsgesellschaften für Kleinaktionäre weniger attraktiv sind.¹⁰⁷ Die im Vergleich unbestreitbare Unterbewertung vieler deutscher Unternehmen könnte für diese These sprechen, auch wenn manche Studien sagen, es gebe keinen Bewertungsabschlag.

- 60** Für Deutschland ist dazu noch eine Eigenheit hervorzuheben. Über Jahrzehnte gab es ein enges System von Kapitalverflechtungen großer Unternehmen, in dessen Zentrum die großen Banken und Versicherungen standen.¹⁰⁸ Diese bestimmten daher auch in vielen Unternehmen die Kapitalvertreter und damit die Aufsichtsräte. In den letzten Jahren gehen diese Verflechtungen deutlich zurück, wofür unter anderem die Internationalisierung und Änderungen im Steuerrecht ursächlich sind. Damit geht auch das Interesse der Banken und Versicherungen an der Kontrolle der Aufsichtsräte zurück. In der Folge kann der Einfluß des Managements auf den Aufsichtsrat steigen.
- 61** Ein anderer Forschungsansatz bezweifelt schon die Sinnhaftigkeit der Frage, ob einzelne Regelungen wie die unternehmerische oder die betriebliche Mitbestimmung effizient sind. Entscheidend sei immer das Ensemble der Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns, und eine auf dem Kapital- wie dem Arbeitsmarkt koordinierte Ökonomie könne genauso effizient sein wie eine auf beiden Märkten weit kompetitivere Ordnung.¹⁰⁹
- 62** Die Rechtsvergleichung kann zu all diesen Überlegungen am ökonomischen Modell jedenfalls die Frage beitragen, inwieweit es auf die rechtlichen Details der Regelung ankommt,¹¹⁰ ob also die Auswirkungen der Organbeteiligung auf soziale Integration einerseits und Entfernung von Entscheidung und Risiko spürbar vom Ausmaß der Beteiligung abhängen – oder ob eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat die soziale Integration ebenso fördert und die Kleinanleger ebenso abschreckt wie eine paritätische. Ebenso kann man darauf dringen zu sagen, ob die Wirkungen einer Organbeteiligung dieselben seien wie bei Mitbestimmung in Angelegenheiten, und welche Bedeutung der Kreis der mitbestimmten Entscheidungsgegenstände hat. Das Problem aller Ableitungen aus einem ökonomischen Modell ist allerdings, daß es sich eben um ein Modell handelt, das mit bestimmten Annahmen über die Verhaltens-

107 Roe, German Co-Determination and German Securities Markets, in: *Hopt/Kanda et al* (eds), *Comparative Corporate Governance* (OUP 1998), 361.

108 Vgl. *Höpner/Krempel*, The Politics of the German Company Network, MPIfG Working Paper 03/9, September 2003, erscheint in: *Vitols* (Hg.), *Competition and Change Special Issue: Changes in the German Model*.

109 Der Forschungsansatz untersucht „Varieties of Capitalism“; vgl. *Hall/Soskice* (Hg.), *Varieties of Capitalism* (OUP, 2001). Eine neue These von *Hall/Gingrich* besagt, daß Mischregelungen (z.B. freier Kapitalmarkt bei stark reguliertem Arbeitsmarkt) weniger effizient sind als in sich kohärente Regelungssysteme. Für den Systemwettbewerb ist also vor allem die innere Konsistenz des gesamten Regelungssystems an einem Standort wesentlich. Trifft das zu, dann würde der zunehmende Wettbewerb auf dem deutschen Kapitalmarkt auch Änderungen auf dem Arbeitsmarkt nahe legen.

110 *Richter/Furuboton* sagen – wohl treffend – „daß wirtschaftliches Verhalten bereits auf geringfügige Veränderungen der institutionellen Struktur recht empfindlich reagiert“; *Institutionenökonomik*, 489. Man hat aber nicht den Eindruck, daß dies von Aussagen zu den wirtschaftlichen Folgen immer bedacht wird.

präferenzen der Beteiligten und deren Reaktion auf Anreize arbeiten muß. Das Ergebnis wird nicht selten schon durch die Annahmen bestimmt.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die neuen Bestrebungen der EU-Kommission, die Unabhängigkeit der Mitglieder von Aufsichtsrat und Verwaltungsrat zu sichern.¹¹¹ Es geht dabei vor allem um die Unabhängigkeit gegenüber der Geschäftsführung, aber auch von Partikularinteressen der Geschäftspartner. Die EU-Kommission denkt daran zu verlangen, daß die Mehrheit der zur Aufsicht berufenen Mitglieder des *Board* „unabhängig“ sein soll, und daß Arbeitnehmervertreter nicht als unabhängig gelten. Das Zweite könnte die Organbeteiligung in Bedrängnis bringen, jedenfalls wenn sie paritätisch ist. Die Forderung nach Unabhängigkeit sagt noch nicht, ob die so „unabhängigen“ Kapitalvertreter nun primär die Interessen der Anteilseigner oder ein davon verschieden gedachtes Unternehmensinteresse fördern sollen. Überdies läßt die ökonomische Theorie, auch die des Rechts, Zweifel an dem Postulat der Unabhängigkeit aufkommen, weil diese Theorie von der Prämisse ausgeht, daß alle jeweils ihre Interessen vertreten, und fremde Interessen nur vertreten, wenn sie ausreichende Anreize haben dies zu tun.¹¹² Das würde auch auf die Kapital- wie die Arbeitnehmervertreter zutreffen, und es ginge nur darum, ob Interessen der Vertretenen oder des Vertreters und dabei langfristige oder kurzfristige Interessen im Vordergrund stehen. Die Aufgabe der Rechtsordnung besteht dann darin, die institutionelle Ordnung so einzurichten, daß die Motivation der Handelnden am besten mit dem angestrebten Gesamtziel in Einklang gebracht werden kann.

b. „Objektive“ Beurteilung anhand empirischer Studien

Die zweite Möglichkeit für „objektive“ Aussagen sind empirische Studien zu den ökonomischen Auswirkungen der Mitbestimmung, also etwa auf Umsatz, Produktivität, Gewinn, oder Aktienkurs. Studien zu den ökonomischen Auswirkungen der Mitbestimmung gibt es in Deutschland, allerdings sind die meisten schon älteren Datums.¹¹³ In anderen Staaten mit Organbeteiligung scheint man der Effizienz der Organbeteiligung empirisch kaum nachgegangen zu sein. Besonders interessant wäre dazu Dänemark, weil die Mitbestimmung hier nur besteht, wenn die Arbeitnehmer dies wollen; man könnte also den Erfolg der beiden Modelle gegenüberstellen. Eine genauere Untersuchung hat erst begonnen.

Die Studien zu Deutschland haben bisher zu keinem klaren Ergebnis geführt, auch weil die Ergebnisse statistisch nicht signifikant sind und im übrigen oft divergieren.

111 EU-Commission (Internal Market): Recommendation on the role of (independent) non-executive or supervisory directors, 5.5.2004.

112 Vgl. z.B. Richter/Furubotn, Institutionenökonomik, 406; sowie allgemeiner Homan/Suchanek, Ökonomik (2000), 58; Göbel, Neue Institutionenökonomik, 23, 98 ff.

113 Vgl. den Überblick bei Junkes/Sadowski, Mitbestimmung im Aufsichtsrat, in: Dilges/Frick/Speckbacher, Die wirtschaftlichen Folgen, 67 ff; Baums/Frick, The Market Value of the Codetermined Firm, in: Blair/Roe, Employees and Corporate Governance, 206 ff; Höpner, Unternehmensmitbestimmung; sowie die Nachweise bei Henssler, Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht, in: Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung, 147 f.

Dies liegt vor allem an einem inhärenten methodischen Problem.¹¹⁴ Eine Studie, die nur ein oder mehrere Unternehmen mit Unternehmensmitbestimmung in den Blick nimmt, ist kaum aussagekräftig, weil die Auswirkungen der Mitbestimmung dann nicht isoliert werden können. Unternehmen ohne große Mitbestimmung, die man jenen mit großer Mitbestimmung gegenüberstellen kann, lassen sich innerhalb Deutschlands kaum finden.¹¹⁵ Und ausländische Unternehmen sind wegen der anderen Rahmenbedingungen nur bedingt vergleichbar. Selbst wenn es in Deutschland Vergleichsunternehmen gäbe, müßte man noch prüfen, inwieweit allfällige positive oder negative Unterschiede eher auf die Mitbestimmung nach dem BetrVG zurückzuführen sind, die ja stets mit der Organbeteiligung einhergeht. Nach Ansicht vieler Beobachter ist die betriebliche Mitbestimmung nicht nur für die einzelnen Arbeitnehmer wichtiger als die Organbeteiligung, sondern auch für das Management und die Anteilseigner beschwerlicher. Positive und/oder negative Effekte könnten daher vielleicht vorrangig der Betriebsverfassung zuzuschreiben sein, eine saubere Aufteilung scheint kaum möglich.

- 66** Wenn man die Lage aus der Warte interessierter Laien sieht, dann drängt sich am ehesten folgende Einschätzung auf: Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist nicht so segensreich, wie Befürworter meinen. Sie hat weder verhindert, daß deutsche Unternehmen Arbeitsplätze ins Ausland verlagern (müssen), noch daß Manager vereinzelt Vorteile erhalten, die auch Aktionären wenig einsichtig erscheinen. Auch die durchschnittliche Wachstumsrate der deutschen Wirtschaft läßt keinen positiven Effekt der Unternehmensmitbestimmung erkennen.¹¹⁶ Blickt man auf die durchschnittliche jährliche Steigerung des BIP allein im Business-Sektor von 1980 bis 1990 und 1990 bis 1998, so betragen die Werte: USA 3,1/3,3; Deutschland 2,3/1,6; Frankreich 2,3/1,7; Italien 2,5/1,7 und Großbritannien 3,0/2,1.¹¹⁷ Man sieht, daß diese Werte für Deutschland deutlich schlechter sind als jene für die USA und Großbritannien, und weitgehend gleich wie für Frankreich und Italien, also große Länder ohne Organbeteiligung. Noch ungünstiger für Deutschland ist die Lage, wenn man auf die durchschnittliche Wachstumsrate des BIP insgesamt blickt; hier

114 Vgl. auch die methodischen Überlegungen bei *Junkes/Sadowski*, Mitbestimmung, in: *Frick/Kluge/Streeck*, Die wirtschaftlichen Folgen, 64.

115 Bisher gab es, soweit zu sehen, nur einen Versuch, zu einem echten Vergleich innerhalb deutscher Unternehmen zu gelangen, durchgeführt von *Baums/Frick*. Er vergleicht die Entwicklung des Börsenkurses von Unternehmen, welche durch Gerichtsurteile dem Mitbestimmungsgesetz unterworfen wurden, lange vor und lange nach dem Urteil. Danach habe die Anwendung des Gesetzes keine signifikanten Auswirkungen; allerdings kann dieses Ergebnis auch damit erklärt werden, daß der Aktienmarkt die möglichen Gerichtsentscheidungen schon antizipiert hat.

116 Streng genommen darf man von makroökonomischen Zahlen nicht auf die Wirkung einzelner mikroökonomischer Rahmenbedingungen schließen. Der Umsatz der etwa 750 Unternehmen mit großer Mitbestimmung hat aber ohne Zweifel einen bedeutenden Anteil am BIP, und die Managementkultur dieser Unternehmen strahlt auch in andere größere Unternehmen aus, sodaß eine durchschnittliche Entwicklung des BIP den im Text genannten Schluß nahelegt.

117 Vgl. die OECD-Statistik: Economic Growth in the OECD Area, Working Papers No. 248 by *Scarpetta/Bassanini/Pilat/Schreyer* (2000), ECO/WKP(2000)21, Statistical Annex Table A.8.

liegt Deutschland in den letzten zehn Jahren unter den vier großen Volkswirtschaften der EU klar an letzter Stelle.¹¹⁸ Allerdings waren (in den letzten zehn Jahren) alle vier großen Mitgliedstaaten unter dem Durchschnitt.

Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat dürfte aber auch nicht so nachteilig gewesen sein, wie Kritiker sagen. Dafür könnten schon die eben genannten Zahlen sprechen, weil die deutsche Wirtschaft sich auch nicht erkennbar schlechter entwickelt hat als die von zwei anderen großen Mitgliedstaaten ohne Organbeteiligung. Auch die großen Fehlentwicklungen und Kapitalverluste der letzten Jahre dürften nicht auf den Einfluß der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zurückgehen. Und die Präsenz der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat allein dürfte auch nicht die Ursache dafür sein, daß die Kapitalvertreter Flops und andere Kapitalvernichtung nicht zu verhindern wußten. Allerdings wird Mitbestimmung nicht bereits dadurch gerechtfertigt, daß sie für Fehlentscheidungen nicht ursächlich ist. 67

c. „Subjektive“ Bewertung durch Marktakteure

Gerade aus der Sicht der Rechtsvergleichung ist fraglich, ob der eben erörterte objektive Maßstab überhaupt der richtige ist. Sie weist ja auf die Unterschiede der Regelungen hin. Diese Unterschiede in der Rechtslage werden von einer nicht beeinflussbaren Vorgabe zu einer beeinflussbaren Variablen, falls die entscheidenden Akteure die anwendbare Regelung beeinflussen können. Soweit Anleger und Unternehmensleitungen den Ort der Investition und den Sitz der Gesellschaft nämlich selbst wählen können, werden sie dies nach ihren Präferenzen tun. In der EU sind diese Wahlmöglichkeiten aufgrund von Änderungen im Kapitalverkehrs-, Gesellschafts- und Steuerrecht heute viel größer als vor 20 Jahren. Dann kommt es für die Bewertung der Unternehmensmitbestimmung gar nicht so sehr auf einen objektiven wirtschafts- oder sozialwissenschaftlichen Maßstab an. Entscheidend wäre dann vielmehr allein, ob die entscheidenden Akteure eine Regelung für vorteilhaft oder für nachteilig halten¹¹⁹ – so wie es keinen objektiven Preis, sondern nur Marktpreise gibt. Die entscheidenden Akteure sind in diesem Zusammenhang nicht die Arbeitnehmer oder deren Vertreter, sondern Manager, Eigentümer und Anleger. Jedenfalls die Manager und Kapitalvertreter dürften nun die deutsche paritätische Mitbestimmung oft meiden wollen, wenn dies geht – und sei es nur weil sie ihnen lästig ist. In diesem Sinne liest man, daß bei einer Fusion der Deutschen Bank die potentiellen Partner eine Holding mit Sitz in Deutschland wegen der Mitbestimmung nicht akzeptieren würden.¹²⁰ 68

Gegen diese Überlegung wird eingewendet, daß die Manager von deutschen Töchtern ausländischer Unternehmen gut mit der Unternehmensmitbestimmung

118 Durchschnittliche Wachstumsrate (laut IWF) 1993 – 2002: GB 2,8; F: 2,2; Italien: 1,8. Durchschnitt der EU-15: 2,8.

119 Man spricht vom Thomastheorem: „If men define situations as real, they are real in their consequences“. Erkenntnistheoretisch ist dies Ausdruck eines zumindest partiellen Konstruktivismus.

120 Vgl. FAZ 5.6.2004, S. 11. Diese fehlende Wertschätzung im Ausland kann vom Inland aus unterstützt werden. Zu überlegen ist auch, ob das Abwandern von Unternehmenssitzen aus Deutschland Auswirkungen auf das Aufkommen der Körperschaftssteuer hat.

auskommen (oder sie im Fall amerikanischer Mütter nicht abwählen).¹²¹ Dieser Einwand ist nicht zwingend, weil in Tochtergesellschaften der Einfluß des Aufsichtsrates naturgemäß beschränkter ist, und die Akzeptanz für eine Tochtergesellschaft nicht bedeutet, daß man die Organbeteiligung in gleichem Ausmaß auch für eine Obergesellschaft gutheißt. Jedenfalls bei Verschmelzungen und Sitzverlegungen über die Grenze könnte daher die Organbeteiligung deutsche Unternehmen zu einem Wegzug motivieren, und nach den derzeitigen Entwürfen wäre dies bei Verschmelzung in ein Land mit zwingender, aber geringerer Organbeteiligung auch möglich. Dieselben Überlegungen werden auch für Kernaktionäre gelten.

IV. Zusammenfassung

- 69 ● Untersuchungsgegenstand ist die Organbeteiligung: Die Arbeitnehmer haben kraft Gesetzes das Recht, Einfluß auf die Zusammensetzung eines leitenden Organs der Gesellschaft zu nehmen, das zur Geschäftsführung und/oder Aufsicht zuständig ist. Die Untersuchung beschränkt sich auf Unternehmen der Privatwirtschaft, und bezieht nicht auch Unternehmen ein, an denen der Staat einen wesentlichen Anteil hat. Und es geht nur um Regelungen, welche den Arbeitnehmern das Recht auf Organbeteiligung geben.
- 70 ● Arbeitnehmervertreter in einem Leitungsorgan des Unternehmensträgers, die auch stimmberechtigt sind, gibt es in etwa der Hälfte von dreißig Mitgliedstaaten – aber nur in einem der fünf größten Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten mit dieser Organbeteiligung tragen etwa 30 % zum BIP der EU bei. Es handelt sich um Deutschland, Tschechien, Ungarn, Schweden, Österreich, Slowakei, Dänemark, Slowenien, Luxemburg. Mit Vorbehalt kann man sagen, daß es Organbeteiligung auch in Polen, in den Niederlanden und in Finnland gibt. In Polen ist sie nur für ehemals staatliche Unternehmen vorgesehen, in den Niederlanden handelt es sich nicht wirklich um Arbeitnehmervertreter im *Board*, und in Finnland darf die Beteiligung wohl auch in einem Organ erfolgen, das kein Leitungsorgan ist.
- 71 ● Die Organbeteiligung erfaßt in der Mehrzahl dieser Staaten nur Aktiengesellschaften bzw. die große Form der Kapitalgesellschaft.
- 72 ● In der Hälfte der Mitgliedstaaten, die über 60 % des BIP erwirtschaften, gibt es keine stimmberechtigten Arbeitnehmervertreter in einem leitenden Organ des Unternehmensträgers. Es handelt sich um Frankreich, Italien, Großbritannien, Spanien, Polen (neu gegründete Unternehmen), Belgien, Portugal, Griechenland, Irland, Lettland, Litauen, Estland. In mehreren dieser Staaten, vor allem in den romanischen, lehnten auch die Gewerkschaften eine Organbeteiligung ab.
- 73 ● In sechs der neun Staaten (Deutschland, Tschechien, Ungarn, Österreich, Slowenien, Luxemburg) erfolgt die Beteiligung im Aufsichtsrat und damit in einem Gremium, das auf Kontrolle beschränkt ist. In Schweden, Dänemark

121 In diesem Sinne etwa Höpner, Unternehmensmitbestimmung.

und Luxemburg erfolgt die Beteiligung grundsätzlich im Verwaltungsrat, und damit in einem Organ, das auch selbst die Geschäfte führen kann. Jedoch kann die Führung der laufenden Geschäfte einem Geschäftsführer (oder mehreren) übertragen werden, was die Rolle des Verwaltungsrates der eines Aufsichtsrates annähert.

- Ein Recht auf Beteiligung im Ausmaß der Hälfte der Organmitglieder findet sich nur in Deutschland. In den anderen Staaten stehen den Arbeitnehmern nur ein Drittel der Sitze zu oder weniger (so Schweden, Finnland). **74**
- Das mitbestimmte Organ ist in der Mehrzahl der Staaten auch zur Bestellung der Geschäftsführer zuständig. So ist es insbesondere in Deutschland und Österreich (nur bei der Aktiengesellschaft) sowie bei Beteiligung im Verwaltungsrat. Anders ist es in Tschechien, Ungarn und der Slowakei. Am stärksten ist der Einfluß der Arbeitnehmer auf die Auswahl des Managements aber in Deutschland. **75**
- Nur in Deutschland (und in Luxemburg bei Stahlunternehmen) können Arbeitnehmervertreter auch Personen sein, die nicht Arbeitnehmer des Unternehmens sind. **76**
- Eine Mitbestimmung in konkreten Angelegenheiten nach Art des BetrVG gibt es nur in Staaten, in denen es auch Organbeteiligung gibt (aber nicht in allen diesen). Das Nichtvorhandensein von Organbeteiligung wird daher nicht durch Mitbestimmung in Angelegenheiten kompensiert. In vielen Staaten, in denen es keine Organbeteiligung gibt, ist das Streikrecht weniger restriktiv als in Deutschland, weil nicht nur Streiks um einen Tarifvertrag zulässig sind, sondern auch Streiks um Fragen in Betrieb oder Unternehmen. **77**
- Die Rechtsvergleichung kann als Wissenschaft nur, aber immerhin sagen, daß die Hälfte der Mitgliedstaaten ohne Organbeteiligung auskommt, und daß aus europäischer Sicht nur die Drittelbeteiligung eine weithin akzeptierte Regelung ist. Die deutsche Regelung kann daher jedenfalls nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, daß sie für ein bestimmtes Ziel unbedingt erforderlich ist, das in anderen Mitgliedstaaten auch angestrebt wird, wie Vollbeschäftigung oder Schutz der Arbeitnehmer. Darüber hinaus kann die Rechtsvergleichung in Bezug auf die Bewertung der deutschen Regelung nur Fragen an andere Wissenschaften stellen und deren Studien kritisch begleiten. **78**
- Die Wahlmöglichkeiten, welche Unternehmensleitungen und Anleger heute bei der Auswahl des anwendbaren Gesellschaftsrechtes schon haben, werden in Zukunft wohl noch zunehmen. Dann ist – gerade aus der Sicht der Rechtsvergleichung – fraglich, ob es für die Bewertung der deutschen Regelung auf eine „objektive“ Sicht ankommt, oder nur auf die Präferenzen der entscheidenden Marktakteure. **79**
- Eine „objektive“ Bewertung kann sich an Modellen zu Verhalten und Entscheiden (Neue Institutionenökonomik) oder an empirischen Studien orientieren. Zu beiden Ansätzen gibt es unterschiedliche Stellungnahmen. **80**

Empirische Aussagen zur deutschen Regelung sind nur aussagekräftig, wenn sie die ökonomischen Auswirkungen mit anderen Regelungen vergleichen. Dafür ist es schwierig, Vergleichsunternehmen ohne paritätische Unternehmensmitbestimmung zu finden, die im Übrigen unter vergleichbaren Rahmenbedingungen agieren. Überdies wäre es schwierig, die Auswirkungen von Unternehmensmitbestimmung und Betriebsverfassung zu isolieren.

Recht der Arbeitnehmer/Gewerkschaft auf stimmberechtigte Vertreter in einem leitenden Organ der großen Kapitalgesellschaft der Privatwirtschaft in 23 EU-Staaten

Kein Recht auf Beteiligung	Recht auf Beteiligung bis zu 1/3 der Organmitglieder	Beteiligung mit mehr 1/3 der Organmitglieder
Frankreich, Italien, Großbritannien, Spanien, Polen, Belgien, Portugal, Griechenland, Irland; Lettland, Litauen, Estland	Verwaltungsrat: Schweden, Luxemburg Aufsichtsrat: Tschechien, Ungarn, Österreich, Slowakei, Dänemark, Slowenien Sonderfall: Niederlande, Finnland	Deutschland

Das Wichtigste zu den Staaten mit einem Recht auf Beteiligung

Deutschland	In großen Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmer zwingende Hälftebeteiligung im Aufsichtsrat; partiell externe (Gewerkschaftsvertreter); volle Mitsprache bei Vorstand
Tschechien	In Aktiengesellschaften Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat – keine Mitsprache bei Bestellung des Vorstandes
Ungarn	In Aktiengesellschaften Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat – keine Mitsprache bei Bestellung des Vorstandes
Schweden	In Kapitalgesellschaften Beteiligung im Verwaltungsrat – Anteil hängt von Kapitaleseite ab; Mitsprache bei Bestellung des Geschäftsführers
Österreich	In Kapitalgesellschaften Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat – eingeschränkte Mitsprache bei Bestellung des Vorstands
Slowakei	In Aktiengesellschaften Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat – keine Mitsprache bei Bestellung des Vorstands
Dänemark	In Kapitalgesellschaften Drittelbeteiligung im <i>Board</i> (Aufsichts- oder Verwaltungsrat); Mitsprache bei Bestellung des Geschäftsführers
Slowenien	In Aktiengesellschaften Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat – Mitsprache bei Bestellung des Vorstands
Luxemburg	In Aktiengesellschaften mit mehr als 1000 Arbeitnehmern Drittelbeteiligung im Verwaltungsrat – Mitsprache bei Bestellung von Geschäftsführern
Sonderfälle	
Niederlande	Aufsichtsrat entscheidet selbst über neue Mitglieder; Betriebsrat hat Recht unabhängige Mitglieder vorzuschlagen, und Recht von den Anteilseignern Vorgeschlagene bei mangelnder Eignung abzulehnen
Finnland	Recht auf Beteiligung besteht, falls Management dies wünscht, wohl nur in Bezug auf nicht-leitendes Organ
Frankreich	Vertreter der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat haben kein Stimmrecht

B. Diskussion**Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR (Moderation):**

- 81** Beeindruckend, auch wenn ich traurig bin, daß ich jetzt nicht weiß, wie die Mitbestimmung in Ecuador funktioniert.

Eine gewisse Grenze der Rechtsvergleichung dürfte wahrscheinlich auch der Zugang zu den asiatischen Rechtsordnungen sein, die natürlich auch bei den Wanderungsbewegungen eine Rolle spielen. Es gibt ja nicht wenige deutsche Unternehmen, die sich im asiatischen Raum betätigen. Aber da ist wahrscheinlich die Vorfrage der Mentalität in den Produktionsprozessen viel wichtiger als die konkrete Mitbestimmungsordnung.

Gelernt habe ich auch, daß man bei der Marktwirkung differenzieren muß zwischen den Wanderungsbewegungen der Unternehmen selbst, die ihre Standorte wählen, und den vielleicht noch wichtigeren Finanzströmen, die sich in ihrem Investitionsverhalten dann an den Mitbestimmungsmodellen und auch an den Standortentscheidungen ausrichten. Da glaube ich, ist das entscheidende Problem, daß wir keine ökonomischen Daten haben. Wir wissen einfach nichts darüber – auch rein quantitativ –, wie welche Geldmengen in welche Standorte laufen und ob man dann nachweisen kann, daß sich Veränderungen an Mitbestimmungsordnungen zu einem veränderten Investitionsverhalten auswirken. Das ist das Problem.

Ich hab auch eine konkrete Frage! Sie haben gesagt, in Skandinavien gäbe es eine Entscheidung über das „Ob“ der Mitbestimmung. Das interessiert mich jetzt noch. Wie entscheidet dort die Belegschaft oder wer auch immer über das „Ob“ der Mitbestimmung und was ist die Alternative? Gar keine?

Professor Dr. Robert Rebhahn, Institut für Arbeits- und Sozialrecht Wien:

- 82** In Dänemark gibt es die Beteiligung im *Board*, wenn die Arbeitnehmer des Unternehmens mit Mehrheit beschließen, daß es diese Beteiligung geben soll. Wenn sie aber diese Abstimmung nicht durchführen oder nicht zu einer Mehrheit für die Beteiligung gelangen, gibt es keine.

Volker Rieble:

- 83** Ist das eine Urabstimmung?

Robert Rebhahn:

- 84** Ja, das ist eine Urabstimmung der Firma.

Volker Rieble:

- 85** Und wer veranstaltet die?

Robert Rebhahn:

Wer die veranstaltet?

86**Volker Rieble:**

Also, es gibt ja die Initiativrechte der Arbeitnehmer..

87**Robert Rebhahn:**

Ja, ja! Da gibt es ein Initiativrecht der Arbeitnehmer. Also, das hängt nicht von der Initiative der Unternehmensleitung ab. Meine Frage war jetzt nur, ob das die Gewerkschaft initiieren muß. Aber ich glaube nicht. **88**

In Schweden ist es so, daß die Gewerkschaft berechtigt ist, Vertreter in den *Board* zu entsenden. Allerdings nur unternehmensangehörige Arbeitnehmer. Aber die Gewerkschaft entsendet, und wenn sie nicht entsendet, dann gibt es halt keine. Und in Finnland gibt es diese Vereinbarungen zwischen Unternehmen und den dominierenden Gewerkschaften im Betrieb oder eben im Unternehmen. Und wenn diese Vereinbarung nicht zustande kommt, und die Gewerkschaften auch nicht wollen, daß die Arbeitnehmer vertreten sind, dann gibt es keine Vertretung.

Auch in Österreich muß der Betriebsrat nicht zwingend entsenden. So die herrschende Auffassung. Wenn er nicht entsendet, ist der Aufsichtsrat ohne Arbeitnehmervertreter zusammengesetzt. Dann hab ich im deutschen Kommentar nachgeschaut und festgestellt, daß es dort eine zwingende Regelung des Mitbestimmungsgesetzes gibt mit der Folge, daß der an sich mitbestimmte Aufsichtsrat ohne Arbeitnehmervertreter nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt ist.

Volker Rieble:

Also zwingend im doppelten Sinne: nicht nur zwingend, daß es nicht abbedungen werden kann, sondern zwingend auch im Normvollzug. Das ist ja etwas ganz Außergewöhnliches. Wir haben ja viele zwingende Normen – zum Beispiel Parkverbote –, die trotzdem nicht beachtet werden, indem sie faktisch außer Vollzug gesetzt werden. Hier dagegen sorgt der Staat über das spezielle Kontrollverfahren, ob der Aufsichtsrat ordnungsgemäß besetzt ist, von Amtswegen für den Normvollzug. Es gibt also eine Staatsaufsicht über den Normvollzug, den wir zum Beispiel im Tarifwesen so nicht haben. Das ist auch etwas Außergewöhnliches und mindert dann auch die normalerweise anzutreffende Dispositivität durch Ignoranz gegenüber der Norm. **89**

Aber jetzt genug hier des *Ginger* und *Fred*-Duos. Sie sind an der Reihe! Wir behalten am besten das bewährte Verfahren von vorhin bei. Herr Hofer!

Klaus Hofer, B. Braun Melsungen AG, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

- 90** Herr Professor Rebhahn, ich weiß, daß das den Rahmen Ihres Referates gesprengt hätte, aber ich glaube, wenn man über die Standortentscheidung spricht, ist der Rechtsvergleich zwar sehr wichtig. Aber was für die Unternehmen mindestens genauso wichtig ist, ist die Frage: Wie sieht die Rechtspraxis aus?

Wenn ich mal historisch zurückkommen darf auf die Situation in Großbritannien vor der *Thatcher*-Ära: Da gab es das *Closed-shop*-System, das mit Sicherheit für die Ansiedlung von Unternehmen in Großbritannien prohibitiv war. Das ist dann aufgebrochen worden in der *Thatcher*-Ära. Viele deutsche Unternehmen haben sehr negative Erfahrungen gemacht. Beispielsweise in den USA: Es ist zwar ein völlig anderes Prinzip, aber ich glaube, viele Unternehmen können darüber berichten, welche Erfahrungen sie machen können, wenn sie von den *Teamsters* oder der *Chemical Union* oder ähnliches organisiert werden und wie stark dann auch ihre unternehmerischer Kernbereich eingeschränkt wird. Ähnliches gilt auch sicherlich für Frankreich.

Das heißt: Die Kritik an der deutschen Mitbestimmungspraxis und im deutschen Mitbestimmungsrecht – insofern als es den Kernbereich der unternehmerischen Freiheit zu sehr einengt – ist absolut berechtigt. Da wird mir die Mehrzahl der Zuhörer zustimmen. Was meines Erachtens aber auch wichtig ist, ist die Rechtspraxis in den anderen Ländern zu beobachten. Gerade was Frankreich und teilweise die USA betrifft, ist die Situation bei weitem trotz anderer rechtlicher Ausgestaltung nicht so sonnig und rosig, wie es teilweise scheint.

Robert Rebhahn:

- 91** Ich habe nicht von einer rosigen Situation weder für die eine noch die andere Seite in den USA oder Frankreich gesprochen. Zu den USA kann man das Faktum hinzufügen, daß nur acht Prozent aller Arbeitnehmer der Privatwirtschaft derzeit in Betrieben oder Unternehmen beschäftigt sind, die von einer Gewerkschaft organisiert sind. 92 Prozent nicht! In diesen acht Prozent ist allerdings der Unternehmer ziemlich eingeschränkt.

Natürlich – ich habe mich ja primär auf die Rechtslage konzentriert – hat die Einbindung der Arbeitnehmer in die Organe des Unternehmens den Effekt, daß sie sozusagen in die Verantwortung und die Pflicht eingebunden werden. Das fehlt in Frankreich. Darauf habe ich aber hingewiesen, daß es also in vielen dieser südlichen Mitgliedstaaten der EU doch mehr Streikmöglichkeiten gibt und auch mehr Streikpraxis. Das ist die andere Seite.

In jenen Staaten, in denen es bloß die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat gibt, haben wir sozusagen einen Mittelweg, wo also weder die starke Beeinflussung der Unternehmensentscheidungen von innen vorhanden ist, noch die starke Opposition oft von außen zu finden ist.

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz Rechtsanwälte:

Ja, wenn ich das alles richtig verstanden habe, dann kann man doch konstatieren, **92**
daß in den Mitgliedstaaten der EU dieses Doppelte, was wir haben – Unternehmens-
mitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung – eigentlich ganz selten ist. Und da
knüpfe ich an das an, was Herr *Rieble* gesagt hat, nämlich daß es wirklich Zeit wäre,
endlich damit aufzuhören, sondern sich dafür zu entscheiden, daß die
Unternehmensmitbestimmung integriert wird in die betriebliche Mitbestimmung. Und
Anlaß dazu gibt auch, daß noch nicht mal führende deutsche Nationalökonomien in
der Lage sind, zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung zu
unterscheiden. Das gibt einem ja zu denken.

Das zweite, was ich mit Interesse zur Kenntnis genommen habe, ist, daß Sie gesagt
haben, daß in den Ländern, in denen es die Unternehmensmitbestimmung gibt, es
praktisch keine echte Mitbestimmung gibt bei der Auswahl der Geschäftsführung,
also der Vorstände, der Geschäftsführer. Wenn ich das richtig verstanden habe?

Robert Rebhahn:

Weniger jedenfalls.

93**Jobst-Hubertus Bauer:**

Und das heißt in der Tat – das möchte ich mal mit meiner Erfahrung aus der Praxis **94**
beitragen –, daß das ja auch irgendwo dubios ist. Es gibt viele oder manche
Vorstände, die profitieren davon, daß sie wegen der Arbeitnehmer erstmal Vorstand
werden, und es gibt noch mehr Vorstände, die profitieren davon, wenn es ans Ende
ihres Vertrages geht, daß es eine paritätische Mitbestimmung in Deutschland gibt.
Mit seltsamen Blüten: Es führt nämlich nicht dazu, daß sie ihren Job behalten
können, sondern die Abfindungen werden gigantisch in die Höhe getrieben. Weil das
Unternehmen und der Aufsichtsrat sagt: ‚Ich kann mich doch nicht mit dem
Betriebsrat und mit dem Aufsichtsräten der Arbeitnehmerbank anlegen, dann muß
ich dieses komplizierte Verfahren machen‘, und so weiter – und dann werden
Millionen von Euro oben drauf gelegt. Das zeigt eben, daß, wie ich glaube, die
Sichtweise, die in anderen Ländern herrscht, vernünftiger ist, als daß strikt getrennt
wird. Die Anteilseigner haben ihre Geschäftsführer und ihre Vorstände zu bestellen
und auch abzurufen. Und da ist eigentlich kein Mitbestimmungsrecht der
Arbeitnehmerbank gefragt. Dankeschön.

Robert Rebhahn:

Der generellen Tendenz würde ich zustimmen. Aber man muß etwas genauer **95**
schauen. Ich habe gesagt, daß es nicht diese starke Kombination in anderen
Ländern gibt. Es gibt in anderen Ländern – man muß nur nach Österreich schauen –
durchaus auch Mitbestimmung im Aufsichtsrat und betriebliche Mitbestimmung. Aber
die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist nur eine Drittelbeteiligung und die betriebliche

Mitbestimmung ist schwächer, weil es nicht so viele Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Betriebsrates gibt. Etwa überhaupt nicht bei der betrieblichen Lohnpolitik. Das heißt, es gibt also nicht diese Kombination „stark-stark“ auf beiden Seiten.

Das andere ist keine Frage, die sich aus rechtsvergleichender Wissenschaft beantworten läßt, ob man das also ändern soll oder nicht oder wie man es ändern soll. Das ist ja eine Frage der Politik. Dazu hat man auch als Wissenschaftler eine persönliche Meinung. Aber die Wissenschaft – jedenfalls die rechtsvergleichende Wissenschaft – kann dazu keine eindeutige Aussage machen – außer dem Hinweis, daß es eben woanders nicht so ist.

Volker Rieble:

- 96 Vielleicht eine ergänzende Bemerkung noch: Besonders interessant fand ich die Übernahme des Topos aus der Rechtschreibreform, also daß man die Mitbestimmung so lange vereinbaren muß, bis sie auch von Ökonomen verstanden wird. Das, glaube ich, hat in dieser Diskussion noch gefehlt. Herr Jahn!

Burkhard Jahn, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

- 97 Können Sie vielleicht noch mal aus Ihrer Kenntnis sagen, wie Sie einschätzen, wie es weitergehen wird? Also die Tendenzen zur Harmonisierung oder die Gegentendenzen in Europa.

Robert Rebhahn:

- 98 Jetzt bekommt Europa vielleicht die neue Verfassung und da kommt es dann darauf an, welche Kompetenzen dort zu finden sind. Es gibt noch nicht den endgültigen Text der jetzt vom Rat beschlossenen Verfassung. Wenn ich davon ausgehe, was der Konvent gesagt hat, dann ändert sich wenig. Das heißt, wir haben diesen bekannten bisherigen Artikel 137, der die Möglichkeit gibt hier zu regeln. Allerdings – wenn ich das jetzt hier richtig sehe – nur einstimmig und das ist natürlich schwierig zu regeln, so daß also europäisch eine unmittelbare Vorgabe für die nationalen Rechtsordnungen nicht zu erwarten ist.

Es gibt allerdings die mittelbaren Motivationen, negative und positive Anreize für eine Vereinheitlichung von unten. Wenn manche Mitgliedstaaten sehen, daß vielleicht ihr Modell dazu führt, daß zumindest Betriebe oder Unternehmen des Finanzbereiches bei Fusionen ins Ausland abwandern. Es ist nicht abzusehen, daß es eine einheitliche Regelung gibt. Man kann nur sagen, es gibt – aber ich möchte Herrn *Thüsing* nicht vorgreifen – zwei Vorhaben: Es gibt den schon vorhandenen ausformulierten Entwurf einer Richtlinie zur Fusion und es gibt Vorarbeiten und eine Stellungnahme der Kommission zur Sitzverlegung.

Volker Rieble:

Herr Hromadka!

99

Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, ehemals Universität Passau:

Herr Rebhahn, Sie haben sehr schön rechtsvergleichend aufgezeigt, daß wir ja einen deutschen Sonderweg haben. Das ist sehr wichtig gewesen. Ich finde es auch sehr wichtig, daß wir darüber diskutieren, welche Wirkung die Mitbestimmung hat: a) für die Belegschaft und b) für die Effizienz des Unternehmens. Das sind ja die beiden Bereiche, um die es geht. 100

Wenn wir einen Sonderweg vor uns haben, dann stellt sich aber noch eine andere Frage. Das wäre natürlich in ihrem Referat zu weit gegangen, aber ich glaube über die müssen wir auch einmal reden. Nämlich, wie ist es zu diesem Sonderweg gekommen? Das heißt die historische Dimension. Die ersten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben wir ja 1921/22 gehabt. Damals war es um die Frage gegangen, ob es eine Räte Demokratie gibt oder eine parlamentarische Demokratie. Das Betriebsrätegesetz, der Betriebsrat war ja eigentlich als Unterbau der Räte Demokratie gedacht. Daher haben wir ja den Namen, früher hieß er Arbeiterausschuß. Hier ist ja sozusagen bis zu einem gewissen Grad die Vergemeinschaftung, die Vergesellschaftung der Unternehmen abgekauft worden durch eine Teilung der Macht, durch eine Beteiligung an der Macht. Nicht das Eigentum wird vergeben, sondern die Macht wird geteilt bis zu einem gewissen Grad. Und nach dem zweiten Weltkrieg hat sich dieselbe Frage wieder gestellt. Dasselbe ist wieder passiert, nur daß die Gewerkschaften jetzt in einer sehr guten Position waren, weil sie nämlich die deutschen Vertreter im *Coal and steel-board* waren, und als das dann wieder entflochten wurde und als das dann wieder zurückgegeben wurde an die Eigentümer, dann waren sie sozusagen schon da, und Sie wissen, was in dem Mitbestimmungsgesetz steht. *Adenauer* hat es ja nicht gewollt, es war unter dem Druck eines Generalstreiks zustande gekommen. Es heißt dort einfach, die Vorgeschichte ist bekannt. Man muß dann also fragen: War das der richtige Weg? Und welche Konsequenzen muß man daraus ziehen, wenn er das nicht war? Diskutieren wir letztlich nicht über Dinge, die eigentlich gar nicht Sinn dieser Mitbestimmung gewesen sind? Natürlich müssen wir die Wirkung, das habe ich ja am Anfang gesagt, auf das Unternehmen, auf die Unternehmenseffizienz und auf die Belegschaften untersuchen. Aber war dann diese Wirkung, diese Effekte, war das eigentlich Sinn der Mitbestimmung und müssen wir da nicht etwas früher ansetzen?

Robert Rebhahn:

Ich glaube, gesagt zu haben, daß das Thema der ökonomischen Effizienz im Jahr 1976 überhaupt kein Thema war, sondern daß sich der Fokus der gesellschafts-politischen Auseinandersetzungen seither verschoben hat. Und man kann sagen, der Zeitgeist ändert sich, manchmal hier- manchmal dorthin. Im Moment geht es also um die Gesellschaft, um die ökonomischen Auswirkungen. Das ist also das zentrale 101

Diskussionsthema, das im Vordergrund steht. Man kann natürlich meinen, man muß die historische Perspektive fortführen. Nur steht das nicht im Mainstream der derzeitigen Diskussion. Davon abgesehen ist die Frage, welche Auswirkungen eine bestimmte Regelung hat, eine sehr sinnvolle Frage. Da kann man dann fragen, ob es nur die ökonomischen Auswirkungen oder die ökonomisch mit Zahlen bewertbaren Auswirkungen sein müssen, die man in den Blick nimmt. Aber jedenfalls ist es auch sinnvoll, diese Auswirkungen in den Blick zu nehmen und das ist, finde ich für mich persönlich, eine sehr interessante Betrachtungsweise der neuen Institutionen-ökonomik, die versucht, das mit Modellannahmen zu machen. Allerdings basieren diese Modellannahmen auf gewissen Grundannahmen und die sind eher theoretische Aussagen.

Die Wirklichkeit verhält sich nicht immer so, wie das die Theoretiker der Nationalökonomie oder jetzt dieser neuen Institutionenökonomie gerne haben möchten. Und dann wäre es sinnvoll, das mit empirischen Aussagen zu verifizieren. Das geht aber gerade bei der Unternehmensmitbestimmung sehr schwer. Das geht schon beim Kündigungsschutz schwer, aber bei der Unternehmensmitbestimmung geht es wahrscheinlich noch schwieriger. Warum? Weil es hier in Deutschland keine großen Unternehmen ohne Unternehmensmitbestimmung gibt. Man hat also keine Vergleichsmöglichkeiten. Und die Unternehmen in anderen Ländern sind unter anderen Rahmenbedingungen. Außerdem kann man sagen: Man glaube keiner Statistik, die man nicht selbst erstellt hat. Wenn Sie etwa nur auf die Diskussion über die Wachstumsraten zwischen USA und Europa schauen: Im letzten „Economist“ dieser Woche war ein Artikel und, wenn ich dem Artikel glaube, ist auch Europa nicht so schlecht. Wenn ich dem Leiter des österreichischen Instituts für höhere Studien, auch Professor für Nationalökonomie in Köln, glaube, dann ist das alles falsch und Europa ist viel schlechter als die Vereinigten Staaten. Sie streiten um dieselben Zahlen und um deren Interpretation. Das sind aber Zahlen, die makroökonomische Größen sind, die man leichter handhaben kann. Währenddessen Zahlen über den Erfolg eines Unternehmens in Abhängigkeit vom Leitungsmodell wirklich schwer zu bekommen sind. Aber ich darf vielleicht noch etwas Historisches ergänzen: Deutschland war nicht das erste Land, das Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat entsendet hat. Österreich hat das im Jahr 1919 gemacht und zwar zwei Vertreter in den damaligen Verwaltungsrat. Also das war ein *one board-system* der Aktiengesellschaft.

Volker Rieble:

- 102** Einmal mehr Österreich vorn... Die nächste Wortmeldung!

Dr. Ulrich Tödtmann, MVV Energie AG:

- 103** Professor Rebhahn, in Ihrem hochinteressanten Vortrag sprachen sie auch an, daß im romanischen Bereich, wenn ich das recht verstanden habe, der Gedanke der *confliittualita*, also im Grunde wohl der Kampfgeist, die Kampfstärke, so wird es dort eingeschätzt, sinke, wenn man sich einbinden lasse in eine Form der

institutionalisierten Mitbestimmung. Also, sobald es aus unserer Sicht, aus unserem Verständnis, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gibt, dann müßte das ja sich sehr nachteilig auf die Kampffähigkeit, den Kampfwillen, den Kampfgeist auswirken.

Die Gegenfrage, die sich meines Erachtens jetzt stellt, nachdem wir ja fast 28 Jahre in Deutschland – und ich nehme an, ähnlich lange in anderen Ländern – aber eben wohl nur in etwa der Hälfte der europäischen Länder, die hier beleuchtet wurden, eine Mitbestimmung haben in institutionalisierter Form, ist: Hat es tatsächlich empirische Befunde gegeben, daß in denjenigen Ländern, in denen es eine solche institutionalisierte Mitbestimmung gibt, die Streiks weniger geworden sind, also es tatsächlich einen höheren sozialen Frieden gibt?

Robert Rebhahn:

Also, daß in Deutschland im Verlauf der letzten 20 oder 30 Jahre weniger gestreikt wurde als in Italien oder Frankreich, ist evident. Da gibt es statistische Belege dafür. Die Frage ist, ob das auf diese Regelung zurückzuführen ist. Das ist eine Frage, die Wirtschaftswissenschaftler vielleicht mit Regressionsanalysen beantworten können, aber wahrscheinlich auch nicht wirklich. Aber zumindest gibt es die Parallelität von fehlender oder nicht vorhandener Beteiligung der Arbeitnehmer in institutionalisierter Form an Entscheidungen des Unternehmens auf dieser oder jener Ebene auf der einen Seite und einer doch stärkeren Bereitschaft zum Arbeitskampf. **104**

Volker Rieble:

Vielleicht eine Ergänzung: In diesen Ländern gibt es den politischen Streik, und es würde kein Mensch auf die Idee kommen zu sagen, ja, weil wir in Deutschland die Mitbestimmung haben, gibt es bei uns keinen politischen Streik. Das ist auch ein zufälliger Zusammenhang. Vielleicht ist auch in der Tat die kulturelle Konfliktbereitschaft in romanischen Ländern anders, und ein bißchen revolutionärer Gestus des Gewerkschaftsarmes kommt noch dazu, den wir in Deutschland schon längst verloren haben, weil bei uns die SPD lange Zeit sozusagen auch „sozialisierend“ eingewirkt hat, was vielleicht anderswo nicht der Fall ist. Aber da wäre ich vorsichtig mit der Argumentation, sobald die Mitbestimmung weg sei, drohe der Streik um die Unternehmerentscheidung. Das ist die Frage der Rechtsordnung: Ob die Rechtsordnung die einzelne Unternehmerentscheidung zum Gegenstand eines Arbeitskampfes macht, oder ob die Rechtsordnung sagt, das ist eine freie Unternehmerentscheidung, die nicht umkämpft werden darf. **105**

Robert Rebhahn:

Das hängt natürlich sehr von kulturellen Faktoren ab. Wenn Sie etwa Österreich nehmen: Da gibt es nur eine Drittelbeteiligung, aber noch viel weniger Streiks als in Deutschland über die Jahrzehnte hinweg. **106**

Wenn Sie auch nach Italien oder Frankreich schauen, sind die Streikmuster dort oft ganz anders als etwa in Deutschland. Also dort gibt es, wie Sie sagen, Streiks um politische Gesetze, aber das sind relativ kurze Streiks und auch Streiks gegen ein Unternehmen sind oft viel kürzer als hierzulande.

Volker Rieble:

- 107** Ich glaube, Herr Bauer wollte noch etwas sagen? Und ich bitte dann gleich um die letzten Wortmeldungen!

Jobst-Hubertus Bauer:

- 108** Ich schrecke immer auf, wenn ich höre, daß es in Deutschland so wenige Streiks gibt, und man könnte ja auf den Gedanken kommen, daß die Gewerkschaften keinen Einfluß bei uns haben, weil so wenig gestreikt wird. Aber ich glaube, es ist gerade andersherum. Die Gewerkschaften sind so stark, daß sich die Arbeitgeber in den letzten Jahren oder Jahrzehnten kaum mehr richtig mannhaft dagegen gewährt haben und es wahnsinnig teure Abschlüsse gegeben hat. Man müßte einmal rechtsvergleichend oder tatsächlich vergleichen, einmal untersuchen, wie das eigentlich in anderen Ländern ist, also dort, wo es eben ein anderes Arbeitskampfrecht gibt. Wie sind denn da die Abschlüsse? Sind die höher, sind die niedriger als bei uns? Meine These geht dahin, daß wir wahnsinnig starke Großgewerkschaften haben wie IG Metall, Chemie, ver.di und die großen Arbeitgeber gar nicht mehr in der Lage sind, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Das zeigen die Abschlüsse der letzten zehn, 20 Jahre.

Robert Rebhahn:

- 109** Doch vielleicht auf die beiden Fragen hinein: Es war nicht Thema meines Vortrages, jetzt umfassend über den Zusammenhang von fehlender oder vorhandener Unternehmensmitbestimmung und Streikhäufigkeit zu sprechen. Ich kann daher also auch nicht mehr als den allgemeinen Eindruck, der auch oft zu lesen ist, wiedergeben, daß eben die durchschnittliche Streikhäufigkeit in Frankreich und Italien höher ist als hierzulande. Was die Ursachen sind und ob vielleicht eine Gewerkschaft gar nicht mehr streiken muß, weil sie ohnehin schon alles ohne Streik durchsetzt, ist eine andere Frage, zu der ich im Moment überhaupt keine Aussage weder treffen möchte noch treffen kann. Aber es gibt diesbezüglich genügend Themen für vertiefte rechtsvergleichende Untersuchungen.

Volker Rieble:

- 110** Das ist ein schönes Schlußwort, jetzt kommt auch kein zweites Schlußwort.

§ 3 Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung

Rn.

A. Referat Gregor Thüsing	1
I. Rückenwind und Gegenwind bei der unternehmerischen Mitbestimmung	1
II. Europäische Begrenzungen deutscher Mitbestimmung	3
1. Anwendbarkeit des MitbestG auf Scheinauslandsgesellschaften <i>de lege lata</i>	4
2. Konsequenzen für die Flucht aus der Mitbestimmung	6
3. Anwendbarkeit des MitbestG auf Scheinauslandsgesellschaften <i>de lege ferenda</i>	7
a. Unternehmensmitbestimmung als international zwingendes Recht	8
b. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	11
[1] Schutzbereich und Eingriff	12
[2] Rechtfertigung nach der Gebhard-Formel	13
[a] Rechtfertigende Allgemeininteressen	14
[b] Geeignetheit und Erforderlichkeit	19
III. Europäische Perspektiven deutscher Mitbestimmung	23
1. Wege zu einer Verhandlungslösung: Die Mitbestimmung bei der SE und im Entwurf einer Fusionsrichtlinie	24
2. Wege zu einer Drittelbeteiligung: Der Rechtsvergleich zu anderen europäischen Staaten	27
3. Grenzüberschreitendes Wahlrecht	28
IV. Zusammenfassung in Thesen	29
B. Diskussion	33

A. Referat Gregor Thüsing***I. Rückenwind und Gegenwind bei der unternehmerischen Mitbestimmung**

- 1 Die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist durch die europäische Rechtsentwicklung wieder in den Fokus rechtspolitischer und auch rechtswissenschaftlicher Diskussion geraten. Schon immer war sie ein Institut, an dem sich Geister schieden. Die einen loben sie als sinnvolles Instrument der Kooperation zwischen Anteilseignern und Belegschaft,¹ die anderen sehen in ihr ein Tabuthema, deren negative Begleiterscheinungen allzu lange verschwiegen wurden und heute endlich ans Licht kommen.² Im Ausland fehlt vielfach schlicht das Verständnis für diesen deutschen Sonderweg; ein amerikanischer Kollege bezeichnete ihn vor einiger Zeit einmal im privaten Gespräch als eine Mischung aus Voodoo und Sozialismus.³ Der Wind, der einer paritätischen Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat entgegenweht, frischt merklich auf, und ob sie ihm dauerhaft standhalten wird, erscheint vielen heute fraglich. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung – ein Auslaufmodell also?

Zahlreiche und prominente Stimmen bejahen dies und sehen sich bestätigt in der Entscheidungslinie des EuGH zur Gründung einer Gesellschaft ausländischen Rechts, die ihren Verwaltungssitz und ihre Betätigung ausschließlich im Inland hat. Aus *Centros*, *Überseering* und jetzt auch *Inspire Art* folgern sie, daß es mittel- oder langfristig kaum noch Unternehmen geben wird, die dem MitbestG 1976 unterfallen: Man gründet oder überträgt an eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die von der Mitbestimmung nicht erfaßt ist. Krieg der AG – Friede der *Limited*. Das *race to the bottom* kann beginnen.

- 2 Das Gesagte ist jedoch nur eine Seite der Medaille. Dreht man sie um, so sieht man das Europarecht zuweilen freundlich zugewandt der Beteiligung der Arbeitnehmer an der unternehmerischen Entscheidung. Das gilt zum einen für die betriebliche Mitbestimmung, wo die Richtlinie zu den Europäischen Betriebsräten und die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft 2202/14/EG die

* Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M., Bucerius Law School, Hamburg
Meinem lieben Vater, Herrn Dr. Rolf Thüsing, ehemaliger Executive Vice President UNICE und stellv. Vorsitzender des Governing Body der ILO, zum 70. Geburtstag am 9.11.2004. Weil Du ja Mitglied in der Davignon-Gruppe warst (s. Fn. 46), glaube ich, ist dies ein besonders schönes Thema, Dir zu gratulieren.

1 S. etwa den Bericht der Kommission Mitbestimmung „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven“ (1998), Kap. 1 Rn. 4 ff.; Kap. 10 Rn. 15 ff.

2 S. Ulmer, ZHR 166 (2002), 271 ff. Beifall zollt ihm hierfür Ebke, JZ 2003, 931, engagiert zustimmend auch Paefgen, DB 2003, 487; weit freundlicher freilich noch Hanau/Ulmer, MitbestG (1981), Einl. Rn. 3 ff. S. auch Frankfurter Sonntagszeitung vom 26.10.2003, Recht auf Multikulti – Friedlich ineffizient, S. 36, 37.

3 Oder etwas nüchterner heißt es in einem neueren law review article: „To an American, the German boardroom seems poor on all [relevant] characteristics“ (Roe, German Codetermination and German Securities Markets, 5 Colum. J. Eur. L. 199 [1999]).

Informationsrechte der Belegschaft und ihrer Vertreter Schritt für Schritt ausgebaut haben. Das gilt aber auch für die Unternehmensmitbestimmung. Die Mitbestimmungsregeln, die die Richtlinie zur SE enthalten und die ganz ähnlich im Entwurf einer Fusionsrichtlinie zu finden sind, sind sehr weitreichend und belegen die Wertschätzung der Mitbestimmung durch den Europäischen Gesetzgeber deutlich.

Im Folgenden soll versucht werden, die Argumente zu sammeln und zu ordnen, die das Überleben der deutschen Unternehmensmitbestimmung angesichts dieser Entwicklungen juristisch entscheiden werden. Die Darstellung wird dabei schrittweise vorgehen. Am Anfang steht ein Blick auf das gegebene Recht und die Anwendbarkeit des MitbestG 1976 auf ausländische Gesellschaften und daraus resultierende Wege aus der Mitbestimmung für deutsche Unternehmen. Es folgt in einem zweiten Schritt eine Sichtung der Vorschläge, die Unternehmensmitbestimmung in einem der neuen Rechtsentwicklung angepaßten deutschen Recht auch auf ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland auszudehnen. Der Blick wechselt dann die Perspektive und schaut auf die europäische Gesetzgebung, die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung trifft und damit Wegweiser für ein zukünftiges europarechtskonformes und wettbewerbsfähiges deutsches Mitbestimmungsrecht sein könnte. Eine Zusammenfassung und ein Ausblick runden das Gesagte ab.

II. Europäische Begrenzungen deutscher Mitbestimmung

Der Ausgangspunkt in der Diskussion um die europarechtlichen Begrenzungen der deutschen Mitbestimmung ist die durch den Abschied von der Sitztheorie möglich gemachte ausländische Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland. Ging nicht nur das deutsche Gesellschaftsrecht früher davon aus, daß sich eine Gesellschaft zwingend nach dem Recht organisiert, in dem sie ihren Sitz hat, so hat der EuGH nun auch den Export von Gesellschaften und Gesellschaftsrecht möglich gemacht: Die Gesellschaft unterfällt dem Gesellschaftsrecht, nach dem sie gegründet wurde. 3

1. Anwendbarkeit des MitbestG auf Scheinauslandsgesellschaften *de lege lata*

Was passiert nun mitbestimmungsrechtlich, wenn eine Gesellschaft ausländischen Rechts ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat? Nimmt man das Gesetz beim Wort, dann gilt die Unternehmensmitbestimmung *de lege lata* nur für Gesellschaften deutschen Rechts. In § 1 Abs. 1 MitbestG 1976 beschränkt sich der Gesetzgeber ausdrücklich auf „Unternehmen, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft betrieben werden“, und ähnlich findet sich dies in §§ 76, 77 BetrVG 1952. Das läßt wenig Spielraum für Erweiterungen; *enumeratio unius est exclusio alterius*. Daß das Gesetz diesem klaren Wortlaut entsprechend zu interpretieren ist, entspricht dann auch der 4

ganz herrschenden Meinung.⁴ Einige Stimmen bleiben beim Wortlaut jedoch nicht stehen und befürworten eine Anwendbarkeit auch auf ausländische Gesellschaften. Insbesondere in Parallelschluß zur betrieblichen Mitbestimmung wird eine territoriale Anknüpfung befürwortet: Eine Gesellschaft ausländischen Rechts soll dem MitbestG 1976 unterfallen, wenn sie ihren Sitz in Deutschland hat.⁵

- 5 Diese Stimmen haben sich nicht durchsetzen können – und wie es scheint zu Recht. Denn der Wortlaut des Gesetzes wird durch die Materialien bestätigt: Im Ausschlußbericht heißt es, es habe Einmütigkeit bestanden, daß das Gesetz sich auf Unternehmen beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben und daß Gesellschaften ausländischen Rechts nicht erfaßt sind.⁶ Auch wenn man damals allgemein von der Sitztheorie ausging und daher die heutigen Probleme nicht vor Augen hatte, ist dieser gesetzgeberische Wille, der seinen Niederschlag in einem klaren Gesetzeswortlaut gefunden hat, zu respektieren. Andere denken anders, und auch sie haben gute Argumente auf ihrer Seite. Es sei zugestanden, daß eine analoge Anwendung für ausländische Gesellschaften mit Sitz im Inland kollisionsrechtlich konstruierbar wäre. Hierzu müßte man die auslandsrechtlichen Entsprechungen der deutschen mitbestimmten Gesellschaften bestimmen, also die Rechtsformen benennen, die den deutschen Kapitalgesellschaften entsprechen. Findet man die, dann wäre kollisionsrechtliches Vehikel das Rechtsinstitut der Substitution, um der deutschen Gesellschaft ihr ausländisches Pendant mitbestimmungsrechtlich gleichzustellen.⁷ Zumindest dort, wo das ausländische Recht selbst keinerlei Mitbestimmungsregeln enthält, könnte man mit guten Argumenten von einer vergleichbaren Lage für die deutsche und die ausländische Gesellschaft ausgehen und eine Übertragung des MitbestG rechtfertigen. Wollte man diesen Weg gehen, dann müßte man freilich auch Mittel finden, diese Mitbestimmung durchzusetzen und Entsprechungen zum Statusverfahren nach § 98 AktG zur Verfügung stellen. Dies zu begründen würde noch um einiges schwerer fallen.

Hier noch weiter zu denken scheint jedoch müßig, denn eine analoge Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung setzt eine planwidrige Regelungslücke im deutschen Recht voraus. Ob diese allein durch den Wandel hin zur Gründungstheorie eingetreten ist, ist fraglich. Es bleibt dabei, daß die deutsche Mitbestimmung für die Auslandsgesellschaft mit einschneidenderen Folgen versehen ist, als für ihr deutsches Pendant, insbesondere wenn ihre Leitung monistisch organisiert ist, als ein Aufsichtsrat deutscher Prägung fehlt. Schon dies läßt zögern. Auch spricht gegen

4 *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444, 453; *Meilicke/Meilicke*, *BB* 1977, 1063, 1064; *Raiser*, *MitbestG*, 4. Auflage (2002), § 1 Rn. 13 f.; *Kindler*, *MünchKomm-Sonnenberger*, 3. Auflage (1999), *IntGesR* Rn. 451 f.; *ders.*, *NJW* 2003, 1073, 1079. Für Unternehmen mit Sitz im Ausland s. auch *Bellstedt*, *BB* 1977, 1326, 1327; s. auch OLG Stuttgart vom 30.3.1995 – 8 W 355/93 – ZIP 1995, 1004.

5 Ausführlich darlegend für eine analoge Anwendbarkeit des MitbestG *Zimmer*, *Internationales Gesellschaftsrecht* (1996), S. 146 ff.; daneben s. *Birk*, *RIW* 1975, 589, 595; *Grasmann*, *ZGR* 1973, 317, 332 f.; *Knobbe-Keuk*, *ZHR* 154 (1990), 325, 347 f.

6 *BT-Drucks.* 7/4845, S. 4.

7 S. ausführlich *MünchKomm/Sonnenberger*, *EGBGB* Einl. Rn. 550 ff.; *Soergel/Kegel*, 12. Auflage (1996), Vor Art. 3 *EGBGB*, Rn. 164

die Regelungslücke, daß der Wandel zur Gründungstheorie durchaus mehrere sinnvolle Reaktionen erlaubt: Den Schutz des deutschen Rechts auf ausländische Gesellschaften zu erstrecken ist eine substantielle Erweiterung des Anwendungsbereichs, der rechtspolitisch kontrovers und europarechtlich – wie noch zu zeigen ist – durchaus problematisch ist. Diese Entscheidung sollte nicht beim Richter, sondern beim demokratisch legitimierten Gesetzgeber liegen. Zurückhaltung ist daher geboten, auch weil nach den Handwerksregeln des Kollisionsrechts der internationale Geltungswille einer Norm deutlich zum Ausdruck kommen muss.⁸ Diese Hürde ist recht hoch und das MitbestG 1976, das hierfür keine Anzeichen gibt, wird hieran wohl scheitern. Die Anerkennung einer Eingriffsnorm qua Analogie ist abzulehnen. Eben hierin liegt der Unterscheid zum Regelfall der Substitution, wo die erweiternde Auslegung der Sachnorm sie nicht zu einer Eingriffsnorm macht. Die Argumente der Gegenmeinung mögen daher als Vorschlag zur Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber wertvoll sein, nicht aber in das gegebene Recht hineingelegt werden.

2. Konsequenzen für die Flucht aus der Mitbestimmung

Damit ist nach geltendem Recht die Flucht aus der Mitbestimmung etwas einfacher geworden. Möglich war sie bereits vorher: durch Einschaltung einer Personengesellschaft (wenn auch nur in den Grenzen des § 4 MitbestG 1976) oder Einschaltung einer tatsächlich vom Ausland aus verwalteten Auslandsgesellschaft, wiederum insbesondere als Komplementär einer KG. Nun aber kann die Auslandsgesellschaft, die an die Stelle der AG oder GmbH tritt, auch vom Inland aus gelenkt werden. Zu beachten ist freilich, daß die Mitbestimmung im internationalen Konzern gem. § 5 Abs. 3 MitbestG 1976 bei dem „der Konzernleitung am nächsten stehenden Unternehmen“ i.S. der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 MitbestG 1976 anzusiedeln ist. Damit hat diejenige Gesellschaft deutschen Rechts einen mitbestimmten Aufsichtsrat einzurichten, die an der Spitze eines aus Unternehmen der erfaßten Rechtsformen deutschen Rechts gebildeten Teilkonzerns steht. Dies gilt auch, wenn diese Teilkonzernspitze eine bloße Zwischenholding ohne Leitungsfunktion ist, die Mitbestimmung also der Sache nach bei ihr leer läuft. Nur wenn kein Unternehmen des Konzerns den Mitbestimmungsgesetzen unterliegt, ist auch der Konzern mitbestimmungsfrei.⁹ Das gilt auch nach *Inspire Art*.

Auch ist zu beachten, daß ein Formwechsel hin zum ausländischen Recht zur Zeit – bis zum Inkrafttreten und zur Umsetzung einer Fusionsrichtlinie – unmöglich ist, und machbar nur eine Übertragung der *assets* auf die neue Gesellschaft wäre. Die könnte zwar über einen Umweg zum gleichen Ergebnis führen.¹⁰ Weil dies oftmals aber ein recht mühsamer Weg ist, scheint auf absehbare Zeit ein anderer Effekt

8 S. MünchKomm/*Sonnenberger*, EGBGB Einl. Rn. 45; MünchKomm/*Martiny*, EGBGB Art. 34 Rn. 91 ff.

9 S. auch *Zimmer*, NJW 2003, 3590 f.

10 Zumindest wenn die Übertragung nicht steuerprivilegiert nach § 23 UmwG vorgenommen wird. Hier greift § 1 Mitbest-Beibehaltungsg vom 23.8.1994 (BGBl. I, 2228); hierzu *Müller-Bonanni*, GmbH 2003, 1239.

bedeutender: Neue Aktiengesellschaften werden nicht mehr gegründet, sondern man bedient sich der *Limited* um eine Mitbestimmung zu vermeiden. Diese könnte dann langsam durch organisches Wachstum oder Zukauf die Größe erreichen, nach der eine deutsche Kapitalgesellschaft mitbestimmungspflichtig wäre.

Ob diese Effekte so deutlich wahrnehmbar sein werden, scheint jedoch zweifelhaft. Die Last der Mitbestimmung müßte schon arg drücken, wollte man allein ihretwegen das Wagnis einer ausländischen Rechtsform eingehen. Höhere Beratungskosten und insbesondere größere Rechtsunsicherheit scheinen mir die zwingende Folge. Die aber wiegt schwer, gerade auch bei größeren Unternehmen. In den *Due Diligence*-Reports beschäftigt man sich mit weit geringeren Unsicherheiten, die aufgedeckt werden, und es gehört nicht viel Phantasie dazu, sich vorzustellen, welche Schwierigkeiten sich beim Verkauf ergeben können, wenn ein solches *finding* eine zentrale Frage wie die Haftungsbeschränkung betrifft. Liest der potentielle Investor in einem solchen Bericht, daß die als *Limited* verfaßte Zielgesellschaft nach der Sitztheorie gar nicht besteht, wird der Verkäufer dieses Thema kaum durch einen schlichten Hinweis auf die neueste Rechtsprechung des EuGH aus der Welt schaffen können. Daß die Befreiung von der deutschen Mitbestimmung für den Regelfall schwerer wiegt als dieser Nachteil scheint unwahrscheinlich. Ein Abschied von der AG auf breiter Front dürfte nicht zu befürchten sein.

3. Anwendbarkeit des MitbestG auf Scheinauslandsgesellschaften *de lege ferenda*

- 7 Wenn diese Flucht aber dennoch einsetzen sollte, dann mag der deutsche Gesetzgeber neue Regeln an die Stelle der alten setzen. Er kann eine Sonderanknüpfung gebieten und damit auch Gesellschaften mit ausländischem Statut erfassen. Die rechtlichen Bedenken und tatsächlichen Schwierigkeiten scheinen überwindbar.

a. Unternehmensmitbestimmung als international zwingendes Recht

- 8 Einer Anwendung des MitbestG auch auf Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Ausland wird man wohl zwingende Grundsätze des Kollisions- und Völkerrechts entgegenhalten können. Dem deutschen Gesetzgeber fehlt die Befugnis, eine Gesellschaft, die ihren Schwerpunkt und ihre Leitung im Ausland hat, in eben dieser Leitung zu beschränken. Unternehmensleitung, die im Ausland stattfindet, entzieht sich dem deutschen Recht; alles andere würde in die Hoheitsmacht eines fremden Staates eingreifen.¹¹ Im Fokus gesetzgeberischen Handelns dürften jedoch die ausländischen Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland sein. Ebenso wie der deutsche Gesetzgeber kollisionsrechtlich sich dafür entscheiden kann, der Gründungstheorie entsprechend solche Gesellschaften nicht zuzulassen, ebenso kann er sich den Kompromiß erlauben, sie zuzulassen, jedoch mit deutscher Mitbestimmung zu versehen. Es ist ein Inlandssachverhalt, so daß kollisionsrechtlich unbeschränkte Regelungsmacht des

11 Meilicke/Meilicke, MitbestG 1976, § 1 Rn. 3; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, 2. Auflage (1978), § 1 Rn. 14.

deutschen Gesetzgebers besteht. Bedenken, die vor längerer Zeit im Hinblick auf das Territorialitätsprinzip geäußert wurden, sind für diesen Fall zurückzuweisen.¹²

Was rechtlich möglich ist, kann sich in der praktischen Durchführung als problematisch erweisen. Die deutsche Mitbestimmung ist in Ansehung des deutschen Gesellschaftsrechts geschaffen worden; überträgt man es in ein fremdes Recht führt dies notwendig zu Friktionen. Prominente Stimmen halten jedoch die Probleme des Aufpfropfens deutscher Mitbestimmung auf eine ausländische Gesellschaft, die durch die monistische Verfassung der Gesellschaft entstehen können, für nicht allzu gravierend.¹³ Die Mitbestimmung kann hier innerhalb des Leitungsorgans durch eine Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern realisiert werden,¹⁴ oder ähnlich wie bei der deutschen GmbH, bei der im Fall der Überschreitung der mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte ein Aufsichtsrat zu bilden ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 MitbestG 1976; § 77 Abs. 1 BetrVG 1952). Mit dem englischen Recht der *limited company* wäre zumindest die erste Variante vereinbar, weil es hier auch zulässig ist, daß bestimmte Direktoren durch die Arbeitnehmer der betreffenden Gesellschaft bestimmt werden sollen.¹⁵

Problematischer erscheinen die Situationen, in denen der deutsche Gesetzgeber eine Ausgestaltung des *Board* verlangt, die von der fremden Rechtsordnung nicht nur nicht vorgesehen ist, sondern ausdrücklich zurückgewiesen wird. Eine solche Chimäre des Gesellschaftsrechts sieht sich der Gefahr ausgesetzt, von den Gerichten ihres Heimatrechts anders behandelt zu werden als von deutschen Gerichten.¹⁶ Zumindest wenn sie international tätig wird, ist sich leicht vorzustellen, daß dies zuweilen zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen kann. Auch dies ist jedoch kein Argument, daß per se ein Ausgreifen des deutschen Gesetzgebers verhindert. Zum einen ist eine solche Gefahr den Gesellschaftern bewußt, die sich in Deutschland für eine Gesellschaft ausländischen Rechts entscheiden. Sie werden wissen, worauf sie sich einlassen und solche Konflikte im eigenen Interesse vermeiden. Sind die deutsche Mitbestimmung und das ausländische Gesellschaftsrecht tatsächlich inkompatibel, dann werden sie dieses Recht nicht nutzen. Zum anderen wird der deutsche Gesetzgeber gut daran tun, im Falle der Kollision von Mitbestimmungsregeln, die einander gleichwertig oder doch vergleichbar sind, am Geltungsanspruch des eigenen Rechts nicht festzuhalten und das ausländische Mitbestimmungsstatut gewähren lassen.¹⁷ Bereits durch eine modifizierte

12 Unzutreffend daher *Bellstedt*, BB 1977, 1326, 1327.

13 *Roth*, IPrax 2003, 117, 125; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 167 ff.; *ders.*, BB 2000, 1361, 1366 S. auch *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325, 347.

14 S. *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 160; zu vorsichtig daher *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 412.

15 Ausführlich *Atenstaedt*, Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Board britischer Aktiengesellschaften (1987); *Höfling*, Das englische internationale Gesellschaftsrecht (2002), S. 308; *Hammen*, WM 1999, 2494.

16 Auch wenn man im Hinblick auf die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten von einer Verpflichtung der Gerichte zur Berücksichtigung der ausländischen Eingriffsnormen ausgehen kann; dargelegt bei *Roth*, RabelsZ 55 (1991), 623, 663.

17 S. auch *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 169.

Erstreckung des deutschen Rechts, die solche Fälle berücksichtigt, können Konflikte vielfach vermieden werden. Schließlich ist in allen anderen Fällen stets ein genaues Auge darauf zu werfen, ob solche Konflikte wirklich bestehen, und sich die verschiedenen Rechtsordnungen nicht versöhnen lassen. Mir scheint die Diskussion über den *Sarbanes-Oxley-Act* symptomatisch. Hier wurden anfangs auch unüberbrückbare Gegensätze zwischen deutscher Mitbestimmung und US-amerikanischem Börsenrecht wahrgenommen, die sich zwischenzeitlich in Wohlgefallen aufgelöst haben. Was nach all diesem am Ende an Reibungspunkten übrig bleibt, scheint so gravierend nicht zu sein. Wiederum aber gilt: Will der Gesetzgeber ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland von der Unternehmensmitbestimmung erfaßt wissen, sollte er dies klar im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck bringen.

- 10 Freilich bürgt auch dies seine Risiken. Klagen gegen die Gesellschaft ausländischen Rechts können auch vor ausländischen Gerichten erhoben werden, soweit dort ein Gerichtsstand nach Art. 1, 60 EuGVO gegeben ist. Dies kann dazu führen, daß ein ausländisches Gericht über die Berechtigung und Wirksamkeit deutscher Eingriffsnormen zu entscheiden hätte. Es könnte hier abweichend entscheiden als ein deutsches Gericht, insbesondere weil eine einheitliche Regelung fehlt, inwieweit Eingriffsnormen ausländischer Staaten zu berücksichtigen sind. Zum Teil wird eine europarechtliche Verpflichtung zur Anerkennung ausländischer Eingriffsnormen befürwortet,¹⁸ aber sicher ist dies nicht. Der Stein der Weisen ist hier noch nicht gefunden, und auch dieser Uneinigkeit sollte sich der deutsche Gesetzgeber bewußt sein, wenn er in das ausländische Gesellschaftsstatut eingreift.

b. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

- 11 Ist danach mit der wohl herrschenden Meinung von der kollisionsrechtlichen Zulässigkeit und der tatsächlichen Realisierbarkeit einer Sonderanknüpfung bei der Unternehmensmitbestimmung auszugehen, so führt erst diese Weichenstellung zur ungleich schwierigeren Frage, ob und inwieweit einer solchen Erweiterung der deutschen Unternehmensmitbestimmung die europäische Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG Grenzen setzen würde. Die Entscheidungstrias des EuGH spricht diese Frage nicht an, die bejahenden und verneinenden Antworten im Schrifttum halten sich in etwa die Waage.

[1] Schutzbereich und Eingriff

- 12 Die jüngere Entscheidungslinie des EuGH und auch die vorbereitenden Anträge der Generalanwälte haben Klarheit darüber geschaffen, daß in die Niederlassungsfreiheit eingegriffen wird, wenn eine nach ausländischem Recht wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat nicht anerkannt wird oder ihr zusätzliche Pflichten auferlegt werden, die sie nach dem Gesellschaftsrecht ihres Gründungs-

18 S. Roth, *RebelsZ* 55, 623, 663; vorsichtig in diese Richtung auch MünchKomm/Sonnenberger, *EGBGB* Einl. Rn. 52.

staates nicht zu befolgen hat.¹⁹ Das ist nicht *per se* unzulässig, denn die Niederlassungsfreiheit kann begrenzt werden. Nach der vielfach bestätigten Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, gerechtfertigt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.²⁰ Der EuGH greift damit auf eine Formel zurück, die zuerst in der Entscheidung *Gebhard* zur Bestimmung der immanenten Grenzen der Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen angewandt wurde, im *Centros*-Urteil dann auch auf solche juristischer Personen übertragen wurde, bereits vorher aber bei anderen Grundfreiheiten, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu finden war.²¹

[2] Rechtfertigung nach der Gebhard-Formel

Nimmt man mit dieser Formel Maß an einer möglichen Neufassung des § 1 Abs. 1 13 MitbestG 1976, die ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik erfassen würde, dann entscheidet sich die Prüfung wohl an der Anerkennung zwingender Gründe des Allgemeinwohls; bejaht man sie, dürften auch die anderen Hürden zu nehmen sein, wenn der deutsche Gesetzgeber behutsam sein Ziel verfolgt.

[a] Rechtfertigende Allgemeininteressen

Macht man sich nun auf die Suche nach zwingenden Gründen des Allgemein- 14 interesses, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch deutsche Unternehmensmitbestimmung rechtfertigen könnten, wird man sehr schnell fündig in der Rechtsprechung des EuGH. Die Liste solcher Interessen, die in den verschiedenen Urteilen anerkannt und für ausreichend befunden wurden, ist lang,²² explizit ausgeschlossen hat der EuGH allein wirtschaftliche Gründe in ihren verschiedenen Spielarten.²³ Anerkannt hat das Gericht in mehreren Urteilen, daß der

19 EuGH vom 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – DB 2003, 2219 = ZIP 2003, 1885.

20 EuGH vom 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – Slg. 2003, I-10155, Rn. 133.

21 EuGH vom 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – Slg. 1995, I-4165 = EuZW 1996, 92 Rn. 37 – Gebhard; EuGH vom 9.3.1999 – C-212/97 – ZIP 1999, 438 – Centros, Rn. 34. Zuvor EuGH vom 31.3.1993 – Rs. C-19/92 – Slg. 1993, I-1663 – Kraus (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit) = EuZW 1993, 322. In der Entscheidung Cassis de Dijon (Urt. vom 20.2.1979 – Rs. 120/78 – Slg. 1979, 649 = NJW 1979, 1766) hat der EuGH zum ersten Mal festgestellt, daß Beschränkungen der Grundfreiheiten hingenommen werden müssen, soweit sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerecht zu werden. S. auch EuGH vom 28.4.1977 – Rs. 71/76 – Slg. 1977, 765 = NJW 1977, 1582 Rn. 12 u. 15 – Thieffry.

22 Einen ausführlichen Überblick gibt Streinz/Müller-Graff (2003), Art. 49 EGV Rn. 107 ff.; Lenz-Schlag, 3. Auflage (2003), Art. 49/50 EG Rn. 26.

23 EuGH vom 5.6.1997 – Rs. C-398/95 – EuZW 2001, 759; EuGH vom 25.7.1991 – Rs. C-288/89 – Slg. 1991, I-4007.

soziale Schutz der Arbeitnehmer ein solch zwingendes Allgemeininteresse sein kann, das eine Grundfreiheit einschränkt, und hat dies im Urteil *Überseering* noch einmal ausdrücklich wiederholt.²⁴ Die Mitbestimmung dient dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und damit scheint *prima facie* die Begründungslast bei denen zu liegen, die hier anders werten wollen.²⁵ Daß mit dem Recht der Unternehmensmitbestimmung darüber hinaus eine stark gesellschaftspolitische Zielrichtung verfolgt wird, es auch den Mißbrauch unternehmerischer Macht verhindern will, und sich hierdurch eine grundlegende Entscheidung zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums manifestiert, steht dem nicht entgegen.²⁶

- 15** Gegen diese recht bündige Ableitung aus den vorliegenden Judikaten wurden jedoch bereits von verschiedener Seite Argumente entgegengehalten. Deren Tragfähigkeit und Stellenwert ist recht unterschiedlich. Zum einen wird darauf verwiesen, daß alle Bemühungen zu einer europäischen Angleichung des Rechts der unternehmerischen Mitbestimmung des Arbeitnehmers zu gelangen, gescheitert sind. Die Ergänzungsrichtlinie zum Statut für die Europäische Aktiengesellschaft über die Beteiligung der Arbeitnehmer habe es unlängst noch einmal deutlich gemacht, daß es in der EU kein gemeinschaftsweit verfestigtes, einheitliches Verständnis von Inhalt und Umfang der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer gebe. Schon daher müßten am Gemeinschaftsrecht letztlich alle Versuche scheitern, in Deutschland die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen mit Hilfe kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfung gegenüber Gesellschaften ausländischen Rechts zur Geltung zu bringen.²⁷ Ergänzend stützt man sich darauf, daß in einer vom EuGH vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen sei, daß auch das deutsche Recht die Interessen der Arbeitnehmer nur punktuell schütze, indem es die unternehmerische Mitbestimmung nur an Unternehmen mit Arbeitnehmerzahlen jenseits der Schwellenwerte knüpfe und auch dann nur für bestimmte Rechtsformen vorschreibe: so überragend könnten die zu schützenden nationalen Gründe des Gemeinwohls nicht sein, wenn der Schutz nur selektiv erfolge.²⁸ Der deutsche Gesetzgeber könne zudem nicht festlegen, welche Gründe des Allgemeininteresses die Einschränkung der Grundfreiheiten erlaube. Schon angesichts der erheblichen Bedenken, die heute verbreitet gegen die Effizienz und

24 EuGH vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Slg. 2002, I-9919 Rn. 92; s. zuvor EuGH vom 17.12.1981 – Rs. 279/80 – Slg. 1981, 3305 – Webb; EuGH vom 3.2.1982 – Rs. 62/81 – Slg. 1982, 223 – Seco; EuGH vom 27.3.1990 – Rs. C-113/89 – Slg. 1990, I 1417; EuGH vom 28.3.1996 – Rs. C-272/94 – Slg. 1996 I-1905, Guiot; EuGH vom 23.11.1999 – Rs. C-369/96 und C-376/96 – Slg. 1999, I-8453 – Arblade u. a.; EuGH vom 15.3.2001 – Rs. C-165/98 – Slg. 2001, I-2189, EuGH vom 15.3.2001 – Rs. C-165/98 – Slg. 2001, I-2189 – Mazzoleni und ISA; EuGH vom 25.10.2001 – Rs. C-49/98 – Finalarte; EuGH vom 7.2.2002 – Rs. C-279/00 – Slg. 2002, I-1425 – Kommission/Italien.

25 S. daher auch Roth, ZGR 2000, 311, 333: Es stehe „außer Zweifel“, daß die von der Mitbestimmung verfolgten Ziele als zwingende Gründe des Allgemeininteresses Anerkennung finden müßten“; vorsichtiger Zimmer, BB 2000, 1361, 1366.

26 So zu Recht Roth, IPrax 2003, 117, 125; a.A. Eidenmüller, ZIP 2002, 2232, 2242.

27 Ebke, JZ 2003, 931; ähnlich bereits Hammen, WM 1999, 2487, 2494; diese Zweifel konzediert Zimmer, BB 2000, 1361, 1366.

28 Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1917; Eidenmüller, ZIP 2002, 2232, 2242.

Sinnhaftigkeit der Unternehmensmitbestimmung geäußert wurden, könne nicht mehr angenommen werden, sie gehöre zum unverzichtbaren Kern des nach deutschem Recht zu gewährenden Sozialschutzes.²⁹

Mich überzeugen diese Zweifel nicht, weil sie keine hinreichende Grundlage in der Rechtsprechung des EuGH haben:

Die Tatsache, daß eine europäische Angleichung des Rechts der unternehmerischen Mitbestimmung des Arbeitnehmers nicht stattgefunden hat (und auf absehbare Zeit vielleicht auch nicht stattfinden wird), steht einer Anerkennung des in der Mitbestimmung liegenden Arbeitnehmerschutzes als zwingendes Allgemeininteresse nicht entgegen. Die Einheitlichkeit oder Homogenität der Regelungen im europäischen Rechtsraum ist nicht erforderlich, so daß die Außenseiterstellung, die Deutschland mit seinen Mitbestimmungsregeln innehat, nicht schadet.³⁰ In keinem Fall, in dem der EuGH zur Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundfreiheiten auf den sozialen Schutz des Arbeitnehmers verwiesen hat, hat es die Einheitlichkeit dieses Schutzes gefordert. Die Gemeinschaft erkennt vielmehr ein Allgemeininteresse an, und wie weit die einzelnen Mitgliedstaaten in seiner Realisierung oder seinem Schutz sind, soll nicht die Frage beantworten, ob die Gemeinschaft durch ihre Grundfreiheiten diesen Schutz mindern kann gegen den Willen des Mitgliedstaats: Wie langsam Europa vorankommt sagt nichts darüber aus, wie weit es zurückgehen will.

Auch in Bezugnahme auf andere Allgemeininteressen läßt sich ähnlicher Respekt des EuGH vor dem nationalen Recht feststellen: Ein zwingendes Allgemeininteresse kann die Kulturpolitik im Rundfunkbereich sein,³¹ auch wenn diese in den Niederlanden ganz andere Züge trägt als in anderen Ländern, die Kohärenz des Steuersystems³² wird geschützt und auch die Sozialordnung,³³ auch wenn diese von Land zu Land unterschiedlich ausgestaltet sind.

Ebenso kann der bloß punktuelle Schutz durch die deutsche Unternehmensmitbestimmung für sich genommen einer Anerkennung als zwingendem Allgemeininteresse nicht entgegenstehen. Wiederum kann auf die bisherigen Entscheidungen verwiesen werden, in denen der Schutz des Arbeitnehmers als Rechtfertigungsgrund herangezogen wurde. Ein einheitlicher Schutzstandard für alle Arbeitnehmer wird nicht verlangt. So erkannte der EuGH jüngst in der Sache *Portugaia Construções* an, daß die Bindung ausländischer Arbeitgeber an die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der Bauindustrie durch § 1 AEntG durch den Schutz des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein kann, obwohl diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur

29 *Paefgen*, DB 2003, 487, 492.

30 Wohl nicht begründet, daher die Bedenken bei *Zimmer*, BB 2003, 1361, 1365.

31 EuGH vom 25.7.1991 – Rs. C-288/89 – Slg. 1991, I-4007; EuGH vom 25.7.1991 – Rs. C-353/89 – Slg. 1991, I-4069; EuGH vom 3.2.1992 – Rs. C-148/91 – Slg. 1993, I-487.

32 EuGH vom 28.1.1992 – Rs. C-204/90 – Slg. 1992, I-249; EuGH vom 28.1.1992 – Rs. C-300/90 – Slg. 1992, I-305; EuGH vom 14.11.1995 – Rs. C-484/93 – Slg. 1995, I-3955.

33 EuGH vom 24.3.1994 – Rs. C-275/92 – EuZW 1994, 311; EuGH vom 21.10.1999 – Rs. C-67/98 – Slg. 1999, I-7289.

im Baugewerbe gilt – also nur einen Bruchteil möglicher Arbeitnehmerentsendungs-fälle betrifft.³⁴

- 18** Schließlich vermögen auch nicht die Zweifel an der Effizienz der Unternehmensmitbestimmung einem zwingenden Allgemeininteresse entgegenstehen. Gingen sie soweit, die Eignung zum Arbeitnehmerschutz zu verneinen, dann wäre dies eine Frage nicht der Anerkennung des Interesses selbst, sondern der Eignung des MitbestG 1976 zur Zielverfolgung. Wollen sie nur den Stellenwert beschreiben, den die Unternehmensmitbestimmung für den Arbeitnehmerschutz hat, dann verfehlen sie ihr Ziel. Den hat der europäische Gesetzgeber selber klar herausgestellt – und nur seine Perspektive entscheidet. Gemäß Art. 137 Abs. 1 lit. f EG ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen einschließlich der Mitbestimmung. Diese Mitbestimmung erfaßt sowohl betriebliche als auch Unternehmensmitbestimmung.³⁵ Diese Gesetzgebungskompetenz steht im Dienste der Ziele des Art. 136 EG: „Die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen“. Ein auch durch die Gemeinschaft selbst anerkanntes Allgemeininteresse am Ausbau der Mitbestimmung – und damit auch an ihrem Schutz vor einem mitbestimmungsrechtlichen *race to the bottom* – kann also nicht geleugnet werden. Hielte die Gemeinschaft die Mitbestimmung für den sozialen Schutz des Arbeitnehmers gänzlich ungeeignet, hätte sie ihn nicht in Art. 137 EG aufgenommen. Wiederum gilt: Daß von dieser Gesetzgebungskompetenz bislang noch nicht Gebrauch gemacht wurde – und fälschlicherweise auch nicht bei der Richtlinie über die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, die auf Art. 44 Abs. 2 lit. g EG gestützt wurde – steht dieser Einordnung nicht entgegen, denn dies sagt nur etwas darüber aus, wie wenig man vorangekommen ist, nicht aber darüber, wie weit man zurückgehen will.

[b] Geeignetheit und Erforderlichkeit

- 19** Problematischer erscheinen daher die weiteren Prüfungsschritte: die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einbeziehung ausländischer Gesellschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung im Hinblick auf den sozialen Schutz der Arbeitnehmer. Die Geeignetheit, Arbeitnehmerschutz zu sichern, kann der Mitbestimmung nicht abgesprochen werden. Mag sie auch nicht immer funktionieren, so kann sie doch von Fall zu Fall den Arbeitnehmerinteressen bei grundlegenden Unternehmensentscheidungen Nachdruck verleihen. Daß sie stets versagt, glauben wohl auch ihre schärfsten Kritiker nicht.

34 EuGH vom 24.1.2002 – Rs. C-164/99 – Slg. 2002, I-787.

35 Streinz/*Eichenhofer* (2003), Art. 137 EG Rn. 18; Schwarze/*Rebhahn* (2000), Art. 137 EG Rn. 18, beide m.w.N.

Bleibt also nur die Erforderlichkeit als letztes Sieb. Hier liegen wohl die gefährlichsten Stolpersteine für den deutschen Gesetzgeber. Die Erforderlichkeit mag insbesondere dort fehlen, wo der ausländische Gesetzgeber selbst Regeln der Unternehmensmitbestimmung von substantiellem Ausmaß vorsieht, etwa wie in Frankreich und Österreich. Daß hier von europarechtlicher Warte keinerlei Erforderlichkeit für weitergehende deutsche Mitbestimmung besteht, bestätigt die Konzeption, der der Entwurf der Fusionsrichtlinie folgt: Die Regeln nach Art. 14 dieses Entwurfes zum Schutz der bestehenden Mitbestimmung greifen nur, wenn in dem Zielland der Fusion keinerlei Mitbestimmungssystem existiert; daß eine Fusion einer deutschen AG und einer österreichischen AG mit Sitz in Wien nur zur Drittmitbestimmung führt, wird also hingenommen.³⁶ Der deutsche Gesetzgeber täte nicht nur europarechtlich gut daran, zumindest hier Zurückhaltung zu üben und die Geltung des eigenen Rechts nicht erzwingen zu wollen. Voraussetzung wäre freilich, daß die Mitbestimmungsregeln des ausländischen Rechts auch für seine Gesellschaften mit Sitz in Deutschland Anwendung finden würden. Davon ist wohl auszugehen, dies bricht aber mit dem Territorialitätsprinzip, das in Deutschland die Unanwendbarkeit des MitbestG 1976 für Gesellschaften im Ausland begründet.³⁷ Auch ließe sich argumentieren, an der Erforderlichkeit deutscher Mitbestimmung fehle es, weil eine Verhandlungslösung entsprechend dem Modell bei der Europäischen Aktiengesellschaft und dem Entwurf der Fusionsrichtlinie (dazu sogleich, Abschn. III. 1., Rn. 24) das mildere Mittel zum Erfolg wäre: Nur wenn die Arbeitnehmer und Kapitaleigner keinen eigenen Weg der Mitbestimmung gefunden haben, sollen die staatlichen Regeln hier greifen. Auch hier geben die europäischen Regelungen einen Hinweis darauf, welche Instrumente zur Sicherung sie für erforderlich halten, und welche nicht.

Beiden Einwänden ist jedoch entgegenzuhalten, daß dies nicht notwendig ein gleich **20** effektives Instrument ist, daß die alternativen Schutzregeln zwar wirksam sein mögen, aber eben nicht genauso wirksam sind, den Arbeitnehmerschutz zu realisieren, wie es die deutsche Mitbestimmung ist. Paritätische Mitbestimmung gibt der Arbeitnehmerseite mehr Einfluß als Drittelparität, und sichere Mitbestimmung ist effektiver als Mitbestimmung, die erst erhandelt werden müßte. Wie weit Europa selbst die Mitbestimmung schützen will, läßt sich nicht gleichsetzen mit dem Maß, in dem es den Schutz durch nationales Recht zu akzeptieren bereit ist. Bei den Richtlinien im Arbeitsrecht ist anerkannt, daß der nationale Gesetzgeber zum Schutze der Arbeitnehmer darüber hinausgehen darf; das könnte übertragen auch hier gelten. Ob der EuGH genauso denkt, ist einstweilen offen. In der Vergangenheit hat er zahlreiche nationale Regeln, die zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führten, an der Erforderlichkeit scheitern lassen,³⁸ und gerade auch in Centros

36 Vorschlag für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten – KOM (2003) 703 vom 18. November 2003.

37 S. z.B. *ErfK/Oetker*, 4. Auflage (2004), MitbestG § 1 Rn. 3; *Raiser*, MitbestG, 4. Auflage (2002), § 1 Rn. 13. S. auch OLG Stuttgart vom 30.3.1995 – ZIP 1995, 1004.

38 Ein Überblick zur Dienstleistungsfreiheit findet sich bei Streinz/*Müller-Graff*, EGV Art. 49 Rn. 111, zur Niederlassungsfreiheit bei Streinz/*Müller-Graff*, EGV Art. 43 Rn. 80.

verwies das Gericht auf die fehlende Erforderlichkeit.³⁹ Hier steckt also erhebliches Konfliktpotential zu etwaiger nationaler Gesetzgebung.

- 21** Andere Einwände wiegen weniger schwer. Zuweilen wird an ihr gezweifelt im Hinblick auf die betriebliche Mitbestimmung, die wie bereits dargelegt aufgrund des Territorialitätsprinzips auch bei deutschen Betrieben der Gesellschaften ausländischen Rechts greift; hierdurch werde der Konsens zwischen den Sozialpartnern schon hinreichend gefördert.⁴⁰ Eine solche Argumentation verkennt den grundlegend verschiedenen Schutzzweck, der beide Formen der Mitbestimmung voneinander unterscheidet und schon an der Entscheidung des Gesetzgebers, beide Institute in unterschiedlichen Gesetzen zu regeln, deutlich wird.⁴¹ Die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung ist eine Form arbeitsrechtlicher Mitbestimmung. Sie knüpft an die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen an. Wie im Arbeitsverhältnis stehen sich Arbeitgeber und Betriebsrat als Repräsentant der Arbeitnehmer getrennt gegenüber. Der Betriebsrat (Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat) wird an bestimmten Entscheidungen des Arbeitgebers (also der Betriebs- bzw. Unternehmensleitung) beteiligt (dualistisches Modell). Bei der unternehmens-bezogenen Mitbestimmung geht es nicht um eine arbeitsrechtliche Form der Mitbestimmung, sondern um die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Auswahl und Kontrolle der Unternehmensleitung (Einheitsmodell). Die Regelungsfragen sind verschieden: Der Betriebsrat kann nicht die Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile oder die Verlagerung ins Ausland verhindern, ebenso wie der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht einer Kündigung widersprechen kann.
- 22** Soweit darüber hinaus eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne gefordert wird, hat dies Stützen in prominenten Stimmen des Schrifttums und zumindest bei der Dienstleistungsfreiheit auch einige Entscheidungen des EuGH,⁴² jedoch nicht im Wortlaut der *Gebhard*-Formel, die die Angemessenheit der Einschränkung nicht zu einem eigenständigen Prüfungspunkt erhebt: Der soziale Schutz des Arbeitnehmers ist bereits ein zwingendes Allgemeininteresse, ohne daß es einer zusätzlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf. Der EuGH hat diese Verhältnismäßigkeit allerdings zuweilen insbesondere bei der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gefordert, jedoch hier allein im Hinblick auf den Vorteil für den Arbeitnehmer im Vergleich mit der Belastung für den sich auf seine Grundfreiheiten berufenden Arbeitgeber geprüft.⁴³ Auch eine solche Hürde könnte der deutsche Gesetzgeber wohl nehmen. Wie wichtig dem europäischen Recht auch die nationale Mitbestimmung ist, hat jüngst auch die Richtlinie zur Mitbestimmung in der *Societas*

39 S. EuGH vom 9.3.1999 – C-212/97 – ZIP 1999, 438 Rn. 37: Missbrauchsregeln statt genereller Eintragungsversagung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft zum Schutz der Gläubiger.

40 *Meilicke*, GmbHR 2000, 693; *Forsthoff*, DB 2002, 2471, 2477; *Paefgen*, DB 2003, 487, 492; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2232, 2242.

41 S. auch Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 18.

42 Nachweis zu beidem *Streinz/Müller-Graff*, EGV Art. 43 Rn. 82.

43 EuGH vom 15.3.2001 – Rs. C-165/ 98 – Slg. 2001, I-2189 – *Mazzoleni und ISA*; EuGH vom 24.1.2002 – Rs. C-164/99 – Slg. 2002, I-787 – *Portugaia Construções Lda*.

Europaea deutlich gemacht: Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, geeignete Maßnahmen zu treffen, „um zu verhindern, daß eine SE dazu mißbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten“ (Art. 11 Richtlinie 2001/86/EG). Diese Wertung gilt auch in Ansehung der Niederlassungsfreiheit.

III. Europäische Perspektiven deutscher Mitbestimmung

Dieser letzte Gedanke bildet auch die Brücke zur zweiten Frage, die ich heute mit einigen Sätzen bedenken will: Wo liegen nicht die europarechtlichen Grenzen, sondern wo liegen die europäischen Perspektiven der Unternehmensmitbestimmung? Mit anderen Worten: Wo gibt das europäische Recht selber Hinweise darauf, wie eine angemessene Arbeitnehmerbeteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen aussehen kann? Europa hat die Antwort darauf noch nicht gefunden, aber es lassen sich bereits Hinweise finden, wie ein künftiger Weg hier aussehen könnte. Das Problem einer Umgehung der Mitbestimmung ist europarechtlich geschaffen worden und sollte auch europarechtlich gelöst werden. 23

1. Wege zu einer Verhandlungslösung: Die Mitbestimmung bei der SE und im Entwurf einer Fusionsrichtlinie

Vielleicht kann das Verhandlungsmodell, das nun für die *Societas Europaea* etabliert und im Entwurf der Fusionsrichtlinie übernommen wurde, Modell für einen Umgang mit der Mitbestimmung insgesamt sein. In der Tat, es wurde bereits der Vorschlag gemacht *mutatis mutandis* die Vorschriften der SE-Richtlinie über die Mitbestimmung, die für Fälle der Gründung einer SE durch Umwandlung gelten, allgemein anzuwenden, indem der nationale Gesetzgeber entweder in Übereinstimmung mit der SE-Richtlinie eigene Gesetze für Gesellschaften ausländischen Rechts erläßt, oder indem er die für die *Societas Europaea* erlassenen Gesetze für anwendbar erklärt.⁴⁴ Das wäre eine schöne Perspektive unter Umständen auch für den deutschen Gesetzgeber, die viel zur Rechtsvereinheitlichung beitragen würde und den mitbestimmungsrechtlichen Verdrängungswettbewerb einschränken würde. 24

Es scheint aber erwägenswert, dieses Modell auch für die Unternehmensmitbestimmung für rein deutsche Sachverhalte nachzuahmen. Die Vorteile eines Verhandlungsmodells liegen auf der Hand. Es ist offen für maßgeschneiderte Möglichkeiten, für Lösungen nah an der einzelnen Gesellschaft. Wie viele Ökonomen heute eine firmennahe Tarifpolitik fordern, so scheint es sinnvoll zu sein, eine firmennahe Regelung der Unternehmensmitbestimmung zu favorisieren, in die Hand der Beteiligten gelegt, und nur der Beteiligten. Wenn sich dann beide Seiten auf einen Kompromiss einigen, dann scheinen die Interessen beider Seiten angemessen gewahrt. Dies leuchtet intuitiv ein und kann trefflich auf den Gedanken der Subsidiarität gestützt werden; seine Parallelen findet dies im Europarecht und der dortigen Möglichkeit der Gesetzgebung aufgrund von Rahmenvereinbarungen der Sozialpartner. Dazu treten ökonomische Argumente: Es gehört zu den Grund- 25

⁴⁴ Kersting, NZG 2003, 9, 10; s. auch Schanze/Jüttner, AG 2003, 30, 35.

bekanntnissen dieser Wissenschaft, daß dort, wo sich alle Beteiligten nach freiem Willen übereinstimmend auf eine Regelung abweichend vom Gesetz einigen, ihren Interessen besser gedient ist, als durch die gesetzliche Regelung selber – und daß es daher auch je eher zu solchen Regelungen kommt, je geringer die Transaktionskosten und je größer die Verhandlungsanreize durch ungeeignete gesetzgeberische Lösungen sind.⁴⁵ Ein abdingbarer, flexibler Rahmen des Mitbestimmungsrechts ist also besser als ein starres Korsett.

- 26** Mehr Mühe sollte man dann freilich auf die Auffanglösung, die *default rule* bei Nichteinigung, verwenden. Hier liegt das eigentliche Problem und die Aufgabe des Gesetzgebers, Weichen in die richtige Richtung zu stellen. In Richtlinie 2001/86/EG und nun auch im Entwurf eines Gesetzes zur Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft,⁴⁶ der diese Richtlinie umsetzen soll, wird beim Grad der Mitbestimmung nach der Mitbestimmung der an der Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft beteiligten Unternehmen unterschieden. Kann sich die Verhandlungsgruppe nicht mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit auf Abweichendes einigen, dann kommt es gemäß Teil 3 lit. a des Anhangs zur Auffangregelung nach Art. 7 der Richtlinie zu einer Beteiligung von Arbeitnehmervertretern, wie sie am günstigsten war in einer der beteiligten Gesellschaften; das bisherige Optimum in einer der Gesellschaften gilt also nach Umwandlung auch für die neue Gesellschaft. Bereits ein beteiligtes Unternehmen, das der Mitbestimmung unterliegt, führt zur Mitbestimmung der neu gegründeten Europäischen Aktiengesellschaft, sofern die Anzahl seiner Arbeitnehmer einen bestimmten Schwellenwert überschreiten (s. Art. 7 der Richtlinie). Die Nachteile für deutsche Unternehmen sind damit offensichtlich: Die Auffanglösung muß Anreize für beide Seiten zur Verhandlung geben. Sie sollte sich daher nicht an der deutschen Unternehmensmitbestimmung orientieren, sondern ein geringeres Level bieten, das Spielraum nach unten wie nach oben läßt. Dies war auch der Ansatz der *Davignon*-Gruppe, die diesen Kompromiß vorbereitete. Sie sah vor, daß es hier zu einer Drittelbeteiligung kommt, wenn sich Kapitaleigner und Verhandlungsgremium der Belegschaft nicht einigen könnten.⁴⁷ Hierdurch wäre ein Mindestniveau des Arbeitnehmerschutzes sichergestellt, das einheitlich für alle Gesellschaften gelten könnte.

Wie verfehlt die Auffangregel der Richtlinie ist, zeigt sich auch an der Übertragung der paritätischen Mitbestimmung auf das monistische System. Soll eine SE mit monistischer Leitungsstruktur gebildet werden, dann würde die Beteiligung einer dem MitbestG 1976 unterliegenden Gesellschaft dazu führen, daß eine paritätische Mitbestimmung im Leitungsgremium gegeben wäre, wenn keine abweichende Einigung aufgrund freiwilligen Zugeständnisses der Arbeitnehmerseite zustande

45 Eingänglich zum Coase-Theorem *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts* (1995), S. 89 ff.

46 Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/se-ausfuehrungsgesetz-seag,property=pdf.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.10.2004.

47 Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“ (with regard to the European Company Statute and the other appending proposals) abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/social/labour_law/docs/davignonreport_en.pdf; dazu ausführlich insb. *Heinze*, AG 1997, S. 289-297.

kommt.⁴⁸ Die Mitbestimmung würde in – verfassungsrechtlich überaus fragwürdiger Weise – überdehnt. Wo ein Vertreter der Anteilsseite befangen ist, hätte die Arbeitnehmerseite sogar die Mehrheit. Die Bildung einer monistischen SE würde hier also praktisch ausscheiden, was monistisch strukturierten Gesellschaften den Schritt hin zur SE erheblich erschweren wird.

2. Wege zu einer Drittelbeteiligung: Der Rechtsvergleich zu anderen europäischen Staaten

Wer diesen Weg nicht gehen will, der sollte doch zumindest diesen letzten 27 Anhaltspunkt mit in seine Überlegungen für eine Zukunft der Unternehmensmitbestimmung aufnehmen. Die Drittelmithbestimmung scheint ein möglicher und wie mir scheint angemessener Kompromiß im vielstimmigen Konzert der Unternehmensmitbestimmung in Europa. Wie Herr Kollege *Rebhahn* mustergültig dargelegt hat, gibt es Rechtsordnungen, die wie Deutschland darüber hinausgehen, und solche, die wie Großbritannien deutlich dahinter zurückbleiben, aber auch solche, die in der Mitte verbleiben und sich eben am Drittelwert orientieren, sei es für alle Unternehmen oder nur für solche der öffentlichen Hand; dies gilt insbesondere für die Mehrzahl der neuen Beitrittsstaaten.⁴⁹ Für eine solche Mitbestimmung sprechen all die Gründe, die dargelegt wurden, als der deutsche Gesetzgeber sie für Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern durch das Gesetz über die kleine AG 1994⁵⁰ abgeschafft hatte und die jüngst das Drittelbeteiligungsgesetz begründet haben, das an die Stelle des alten BetrVG 1952 getreten ist: Die Arbeitnehmerseite ist informiert, kann ihre Vorstellungen artikulieren und versuchen die Arbeitgeberseite zu überzeugen; verhindern kann sie eine Entscheidung des Aufsichtsrats jedoch nicht, ohne daß es dazu mehrmaliger Abstimmung und Doppelstimmrechts bedarf. Diese Erwägungen scheinen mir national und auf europäischer Ebene konsensfähiger zu sein als das starre Festhalten an der paritätischen Mitbestimmung. Ob der europäische Gesetzgeber hier tatsächlich eine Nivellierung nicht nur auf dem Wege des Mitbestimmungsausbaus, sondern auch des partiellen Rückbaus zulassen und fördern will, erscheint mir zwar kaum vorstellbar. Hier sollte der Impetus jedoch vom nationalen Gesetzgeber kommen, will er nicht, daß die AG langfristig auf dem Markt der Gesellschaftsformen in der Trödel- und Kramecke landet.

3. Grenzüberschreitendes Wahlrecht

Ein letzter Punkt rundet die möglichen Perspektiven grenzüberschreitender 28 Mitbestimmung ab: Wenn die nationalen Grenzen keine Hindernisse mehr für die Anerkennung einer Gesellschaft sind, dann dürfen sie auch nicht Hindernis für die Wahlberechtigung der Arbeitnehmer sein. Ebenso wie es die Regelungen zur Mitbestimmung bei der SE vormachen, muß es ein Ziel sein, bei allen international

48 S. Art. 7 Richtlinie 2001/86/EG i.V.m. Teil der Auffangregelungen und § 34 Abs. 1, § 35 Abs. 2 Entwurf-SEBG.

49 *Kirr*, Typisch: der Drittelaufsichtsrat, Mitbestimmung 2003, 64 ff.

50 BGBl. I, 1961. Hierzu *Blanke*, BB 1994, 1505.

tätigen Unternehmen die ganze Belegschaft zur Legitimation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat heranzuziehen. Die zur Zeit gültige Begrenzung auf inländische Arbeitnehmer wird bislang zumeist mit dem Territorialitätsprinzip begründet: Dem deutschen Gesetzgeber ist es nicht möglich, Regelungen zur Wahlberechtigung im Ausland zu schaffen.⁵¹ Daß dies in dieser Strenge nicht richtig sein kann, zeigen die ausländischen Gesellschaften, die in Deutschland tätig sind und ihren Sitz haben, und u.U. keinen Arbeitnehmer im Heimatland beschäftigen. Soll hier die Mitbestimmung nach fremdem Recht daran scheitern, daß keine Arbeitnehmer wahlberechtigt sind? Das kann nicht sein, und daher ist auch in die andere Richtung flexibler zu denken: Kommt es im Zuge der europäischen Entwicklung zu einer Anpassung des deutschen Mitbestimmungsrechts, dann muß auch die Wahlberechtigung von Arbeitnehmern im Ausland überdacht werden. Dann wäre es auch konsequent, Arbeitnehmer in ausländischen Niederlassungen bei der Ermittlung der Schwellenwerte mitzurechnen: Wer mitwählt, der mitzählt.⁵²

IV. Zusammenfassung in Thesen

- 29 ● Nach der geltenden Fassung der § 1 Abs. 1 MitbestG 1976, §§ 76, 77 BetrVG 1952 werden Gesellschaften ausländischen Rechts nicht vom deutschen Recht der Unternehmensmitbestimmung erfaßt. Auch eine analoge Anwendung auf ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland scheidet angesichts der Rechtsformgebundenheit der Mitbestimmung *de lege lata* aus. Die Anerkennung einer Eingriffsnorm qua Analogie ist abzulehnen.
- 30 ● Damit haben sich nach dem gegebenen Recht die Möglichkeiten zur Flucht aus der Mitbestimmung erweitert. Möglich war sie bereits bisher durch Einschaltung von Personengesellschaften, insbesondere einer KG mit ausländischer Komplementär-Gesellschaft. Nun kann diese Komplementär-Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland haben.
- 31 ● Der deutsche Gesetzgeber könnte jedoch in einem modifizierten MitbestG 1976/BetrVG 1952 versuchen, ausländische Gesellschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung einzubeziehen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Die praktischen Probleme, die eine solche Sonderanknüpfung mit sich bringen würde, werden überwiegend als lösbar bewertet, raten aber zu behutsamen und flexiblen Regelungen, die einer Übertragung eins zu eins vorzuziehen sein dürften. Dort, wo das ausländische Recht selber Mitbestimmung vorsieht, könnte es an der Erforderlichkeit deutscher Mitbestimmung zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen fehlen und daher ein

51 Für alle *Fitting/Wlotzke/WiBmann*, MitbestG, § 3 Rn. 15 ff.; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 23. Differenzierter *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 20.

52 Anders die heute h.M. vom Standpunkt: Wer nicht mitwählt, der nicht mitzählt: LG Düsseldorf vom 5.6.1979, DB 1979, 1451; *Birk*, RiW 1975, 589, 595; *Ebenroth/Sura*, ZHR Bd. 144 [1980], 610, 618; *Fitting/Wlotzke/WiBmann* § 3 Rn. 15; GK-MitbestG/*Matthes* § 3 Rn. 18 ff.; *Hanau/Ulmer* § 5 Rn. 55; *Raiser* § 5 Rn. 26; a.A. *Däubler*, RabelsZ 39 [1975], 451; *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 264; umfassende Nachweise auch *Seibt*, in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, 2. Auflage (2003), S. 735.

unzulässiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit gegeben sein. Auch könnte im Hinblick auf einen Vorrang einer Verhandlungslösung die Erforderlichkeit zu verneinen sein; beides ist jedoch unklar.

- Sowohl für den europäischen Gesetzgeber als auch für den deutschen kann 32
der für die *Societas Europaea* gefundene und im Entwurf einer Fusionsrichtlinie übernommene Kompromiß einer Verhandlungslösung eine Perspektive zukünftiger Rechtsentwicklung bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen allgemein sein. Ebenso wäre im Rechtsvergleich zu den europäischen Nachbarn eine Anpassung des MitbestG 1976 hin zur Drittelbeteiligung erwägenswert; die Wettbewerbschancen deutscher Gesellschaften bei Fusionen würden gemindert, der Rechtsangleich gefördert, die Interessen der Arbeitnehmer weiterhin gewahrt. Hand in Hand mit dieser Internationalisierung sollte die Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer ins Wahlrecht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gehen.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR (Moderation):

- 33 Vielen Dank, das war inspirierend. Einen Hinweis verdanke ich *Hanno Merkt*, auch aus Hamburg, der hat mir neulich bei einer BDA-Veranstaltung erklärt, wie es sich mit dem deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag verhält, nach dem offenbar immer schon die Gründungstheorie gilt, und das mindert natürlich das Argument der Lücke und der Planwidrigkeit. Denn den deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag hat der Gesetzgeber immer schon zur Kenntnis nehmen können, er hat ihn ja selbst ratifiziert. Also, ich glaube das ist mit dem Argument nicht mehr so arg weit her.

Ich habe aber eine andere spannende Frage! Wenn es wirklich so sein soll, Gregor Thüsing, daß der deutsche Gesetzgeber eine holländische Betriebsverfassung mit deutscher Mitbestimmung beglücken kann, dann stelle ich mir erstens die Frage, was ist denn eigentlich mit dem heimischen Mitbestimmungsstatut? Wird das dann außer Kraft gesetzt? Wer qualifiziert die Günstigkeit? Also nicht im Vergleich zwischen der Limited, die gar keine Mitbestimmung kennt, sondern der deutschen Mitbestimmung mit einer anderen Mitbestimmung. Ist das nicht vielleicht ein Eingriff in das Sitzstatut, wenn dann die dortige Arbeitnehmervertretung abqualifiziert wird?

Und viel spannender noch halte ich die Überlegung, wenn die Deutschen einer ausländischen Gesellschaft das deutsche Mitbestimmungsstatut aufzwingen können, dürfen dann nicht die Iren, die sehr gut sind im Abwerben, Siemens z.B. versprechen: „Kommt doch zu uns und wir befreien euch von der deutschen Mitbestimmung?“ Also, wenn es einen nationalen Zugriff auf das Mitbestimmungsstatut des Verwaltungssitzes gibt, warum soll der nur in eine Richtung möglich sein? Und läge nicht darin vielleicht eine ganz aparte Folge?

Professor Dr. Gregor Thüsing, Bucerius Law School, Hamburg:

- 34 Die Frage ist zweigeteilt, ich will mit dem Schluß anfangen. Zum einen, inwieweit kann der niederländische Gesetzgeber werbend die Deutschen zu sich rufen? Ob das ein niederländischer Gesetzgeber tun wollte, gerade Gesellschaften deutschen Rechts zu haben, weiß ich nicht, aber es würde zur Zeit daran scheitern, daß für die Wegzugsfälle bei uns noch die Sitztheorie gilt. *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* haben Hinzugsfälle bezeichnet, für Wegzugsfälle – das war *Daily Mail*, das war die Entscheidung vorher –, ist das noch immer so, daß ein nationaler Gesetzgeber sagen kann: „An der Grenze stirbt die Gesellschaft“ und davon sind die deutsche Rechtsprechung und der Gesetzgeber auch noch nicht abgerückt. Also hier könnte der niederländische Gesetzgeber zwar werben, aber der deutsche Gesetzgeber könnte das verhindern, indem er oder das deutsche Gericht weiterhin für die Wegzugsfälle an der Sitztheorie festhält. Das ist europarechtlich zulässig und wird der bisherigen Rechtsprechung entsprechen.

Für den anderen Fall kommt es hier zu Kollisionen zwischen dem nationalen Gesellschaftsrecht und den dortigen Mitbestimmungsregeln und der deutschen

Eingriffsnorm. Das deutsche Gericht, das darüber zu entscheiden hätte, müßte die europarechtliche Validität der deutschen Eingriffsnorm überprüfen und könnte sie entsprechend den kollisionsrechtlichen Argumenten, die ich dargelegt habe, dann auch bejahen. Wenn das ganze aber vor ein nationales holländisches Gericht kommen würde, müßte sich dann die Frage stellen, wie weit das niederländische Gericht verpflichtet ist, deutsche Eingriffsnormen anzuerkennen. Es gibt einiges Schrifttum, das davon ausgeht, daß zumindest innerhalb der EG eine europarechtliche Verpflichtung dazu besteht, internationale Eingriffsnormen anzuerkennen. Das ist aber bislang meines Erachtens nur Schriftumsmeinung und nicht durch den EuGH tatsächlich entschieden worden. Das heißt, hier besteht die Gefahr, daß die Gesellschaft vor den niederländischen Gerichten anders behandelt wird als vor deutschen Gerichten.

Volker Rieble:

Jetzt Fragen aus dem Publikum, nach bewährtem Spiel. Herr Löwisch!

35

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Ich richte eine Frage sowohl an Herrn Rieble wie an Herrn Thüsing. Beide haben ja sehr starke Kritik am Territorialitätsprinzip geübt und gesagt, es ist unerhört, daß die ausländischen Arbeitnehmer die Aufsichtsräte in den deutschen Unternehmen nicht mitwählen dürfen. Herr *Rieble* hat auch die Frage gestellt, ob das nicht überhaupt europarechtswidrig ist. Es ist vielleicht nicht unbedingt eine Sache der Diskriminierung, aber man könnte unter dem Gesichtspunkt der Freizügigkeit vielleicht fragen, ob nicht die Arbeitnehmer gehindert werden, anderswo hinzugehen, wenn sie die große Partizipation auf diese Weise verlieren. Bei mir mischt sich jetzt nun in diese Überlegung etwas Skepsis ein. Sie haben das beide zwar schön in rechtspolitische Überlegungen eingekleidet. Aber wie wir alle wissen, rechtspolitisch passiert nicht so viel, aber manchmal passiert viel über die Gerichte. Und kann es nicht eigentlich dann mal plötzlich so sein, daß der EuGH sagt, nein, das geht wirklich nicht, sie müssen mitwählen, und haben wir dann plötzlich viele bisherige drittelparitätische Unternehmen, die plötzlich in das Mitbestimmungsgesetz fallen, weil sie durch die Zuzählung der Arbeitnehmer im Ausland über die Schwelle des Mitbestimmungsgesetzes geraten?

Ich füge noch eine kleine Frage an Herrn Rebhahn an, rein informativ! Ist es überall so, wie bei uns, daß bisher überhaupt Arbeitnehmer im Ausland nicht mitwählen dürfen, soweit überhaupt gewählt wird? Ist wohl so.

Volker Rieble:

Also, Herr Rebhahn hat die letzte Frage schon dahingehend beantwortet, falls sie das nicht mitbekommen haben, daß die Territorialität der Mitbestimmung ein

37

grenzüberschreitendes Prinzip ist. Oder habe ich das falsch verstanden? Also die Slowaken dürfen bei den Slowenen nicht mitwählen?

Professor Dr. Robert Rebhahn, Institut für Arbeits- und Sozialrecht Wien:

- 38** Ich glaube, ich habe am Vormittag schon gesagt, auch in den anderen Staaten mit Organbeteiligungen sind die in einem anderen Staat beschäftigten Arbeitnehmer als jene Arbeitnehmer des Landes, wo das Leitungsorgan angesiedelt ist und somit die Gesellschaft ihren Sitz hat, nicht wahlberechtigt und werden auch nicht mitgezählt. Zum Beispiel in Luxemburg werden die Arbeitnehmer im Ausland nicht mitgezählt. Daher auch meine vorherige Bemerkung. Ich weiß nicht, wieviel Aktiengesellschaften Luxemburg – mit mehr als 1.000 Arbeitnehmer – hat. Würde man die Ausländer mitzählen, würde das manchmal schon relevant sein. Aber die werden eben nicht mitgezählt. Auch in Österreich nicht.

Volker Rieble:

- 39** Aber da hat Herr *Rebhahn* auch das eigentliche Rezept schon geliefert. Man geht einfach mit dem Unternehmenssitz nach Luxemburg und hat dort nur fünf Arbeitnehmer und die Folge ist Mitbestimmungsfreiheit. Da kann auch Herr Thüsing nichts daran ändern, oder?

Gregor Thüsing:

- 40** Nein, ich glaube nicht, jedenfalls soweit sich für die Gesellschaften in Deutschland aus § 5 MitbestG 1976 nichts anderes ergibt. Aber nun zu Ihnen, Herr Löwisch: Man kann dem EuGH furchtbar viel unterstellen, und das Gericht hat ja in der Vergangenheit gezeigt, wie kreativ es sein kann in der Auslegung der Grundfreiheiten. Der Weg, den es vom Diskriminierungsverbot hin zu einem umfassenden Beschränkungsverbot gegangen ist, ist ja ein Weg, der durch die Rechtsprechung, nicht den Gesetzgeber bereitet wurde. Man kann sich vielleicht noch einen weiteren Weg vorstellen. Dafür würde sprechen, daß die Grundfreiheiten in bestimmtem Maße direkt den einzelnen Bürger berechtigen und ihm Rechte vermitteln könnten. Das hat ja der Fall *Bosmann* deutlich gemacht, daß da durchaus Konfliktpotential besteht. Ich glaube aber nicht, daß das auf absehbarer Zeit passieren wird, weil momentan nichts in der Rechtsprechung das vorzeichnet. Aber vielleicht – Herr Franzen hat sich gemeldet – sind andere da kenntnis- und erfindungsreicher, oder in der Ausdeutung der bisherigen Rechtsprechung mutiger.

Volker Rieble:

- 41** Also, ich bin auch eher skeptisch. Die Frage ist, ob wirklich ein Arbeitnehmer sozusagen den Ortswechsel ablehnt, weil er sagt, jetzt wandere ich aus der Mitbestimmung heraus. So arg viele Arbeitnehmer wird es nicht geben, die das

verneinen. Deswegen glaube ich, daß die Eignung, die Freizügigkeit des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen, für das Mitbestimmungsstatut nicht sehr groß ist.

Die eigentliche Frage ist ja, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz oder seine Betriebsstätte verlegt und dadurch die Arbeitnehmer aus der Mitbestimmung herauswandern: Dann werden sie diskriminiert, aber hier ist eben nach der EuGH-Rechtsprechung, wie wir sie aus den Arbeitnehmer-Entsendegesetzfällen kennen, doch ganz überwiegend nur die Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers betroffen und nicht die Freizügigkeit der mit ihm wandernden Arbeitnehmer. Und solange man die Arbeitnehmer nicht sozusagen mitberechtigt, solange kann das europäische Recht dann nicht so fruchtbar sein. Wir zwei sind zwar anderer Auffassung, aber der EuGH hört ja leider nicht auf uns. Aber jetzt zu Herrn Franzen!

Professor Dr. Martin Franzen, Universität Konstanz:

Herr Rieble, ich stimme Ihnen in dem Punkt völlig zu, ich denke auch soweit kann 42 man nicht gehen, daß man aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit hier etwas herleitet. Ich möchte noch mal auf die Niederlassungsfreiheit zu sprechen kommen und auf den Aspekt, der bereits angesprochen wurde, nämlich die Frage der Rechtsdurchsetzung.

Zur Niederlassungsfreiheit, wenn ich Sie richtig verstanden habe, Herr Thüsing, sagen Sie, wenn das ausländische Unternehmen seinen tatsächlichen Verwaltungssitz hier in Deutschland eröffnet und ausländische Mitbestimmungsregeln schon mitbringt, dann wäre es niederlassungsrechtlich bedenklich, wenn wir hier unsere deutschen Mitbestimmungsregeln noch aufpropfen würden im Wege der Sonderanknüpfung, der Substitution oder auch *de lege ferenda*, wie sie das vorgesehen haben. Jetzt würde mich dann ein bißchen interessieren, wie weit kann das gehen? Gibt es da Kriterien oder haben Sie sich da Kriterien überlegt oder kann man die Kriterien herausarbeiten; die wir praktisch an einen Mindeststandard der Mitbestimmung stellen müssen, die die ausländische Gesellschaft mitbringt, um hier von deutscher Mitbestimmung verschont zu bleiben. Das wäre die erste Frage.

Die zweite Frage knüpft noch mal an das an, was bereits besprochen wurde von Herrn Rieble und von Ihnen, Herr Thüsing, nämlich die Frage der Rechtsdurchsetzung. Das möchte ich noch ein bißchen zuspitzen. Und gerade die Frage der Rechtsdurchsetzung stellt sich ja bei Ihnen ganz besonders, wenn sie *de lege ferenda* argumentieren und auch die Mitbestimmungsregeln zulassen wollen. Wir haben nach der EuGVO regelmäßig einen Gerichtsstand im Ausland am Gründungssitz der ausländischen Gesellschaft. Und zwar bezüglich der wichtigen Streitgegenstände: Nichtigkeit der Gesellschaft, Nichtigkeit der Beschlüsse des Aufsichtsrats und so weiter. Das heißt, wir bekommen immer einen ausländischen Gerichtsstand. Wie wollen Sie also divergierende Gerichtsentscheidung vermeiden? Nein, wir haben gar keine divergierenden Gerichtsentscheidungen, es wird so sein, daß das ausländische Gericht über die Dinge entscheidet. Ich sehe eigentlich einen deutschen Gerichtsstand nicht, oder sehen Sie ihn vielleicht?

Gregor Thüsing:

- 43** Beide Fragen deuten natürlich auf wunde Punkte. Die erste stelle ich zurück, die letzte Frage möchte ich zuerst beantworten.

In der Tat, es gibt die Gefahr divergierender Entscheidungen bzw. von ausländischen Entscheidungen, die sich um das deutsche Recht nicht scheren, weil wir ja gar nicht wissen, ob es zu einer deutschen Entscheidung kommen würde. Letztlich ist die nur dann gebannt, wenn man von einer europarechtlichen Verpflichtung zur Anerkennung internationaler Eingriffsnormen ausgehen würde. Da gibt es ja einige, die das vertreten, nicht nur im deutschen Schrifttum. Das wäre etwas, worauf man bauen müßte, ansonsten müßte man hier genau nachdenken, wieweit nicht das nationale Gesetz selber einschränkend auszulegen wäre, im Hinblick auf das deutsche Recht, was die Gesellschaften ausländischen Rechts mit Sitz in Deutschland erfassen würde. Das wird aber abhängen von dem Willen und der Kooperationsbereitschaft der ausländischen Gerichte. Darauf wird es immer ankommen, egal welche Rechtssätze wir aufstellen.

Hinsichtlich der ersten Frage: Was wäre das Mindestniveau? Ich habe zum einen gesagt, wenn die ausländische Gesellschaft substantielle Mitbestimmung hat, dann wäre es für den deutschen Gesetzgeber sehr viel schwieriger zu rechtfertigen. Ich habe aber nicht gesagt, daß gerade seine Mitbestimmungsregeln durchzusetzen dann unmöglich wäre oder daß das Scheitern zwingend vorgezeichnet wäre, wenn man sich die bisherige EuGH-Judikatur anschauen würde. An was könnte sich der EuGH orientieren? In der Verschmelzungsrichtlinie oder im Entwurf einer Verschmelzungsrichtlinie heißt es im Artikel 14 schlicht: „Unterliegt mindestens eine der an einer Verschmelzung beteiligten Gesellschaft einem Mitbestimmungssystem und sieht das für die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft maßgeblich innerstaatliche Recht keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung vor, dann gelten folgende Auffangregelungen.“ Hier kommt es also nur darauf an, daß irgendetwas an zwingender – nicht freiwilliger, sondern zwingender – Arbeitnehmermitbestimmung besteht, daß wir hier aber eine sehr tiefgesetzte Schwelle haben. Ob man sich daran tatsächlich orientieren kann, das weiß ich nicht. Ich glaube bei der grundsätzlich sehr mitbestimmungsfreundlichen Tendenz der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, daß das wohl ein wenig zu moderat ist und die Tatsache, wieweit der europäische Gesetzgeber selber in der Realisierung der Mitbestimmung hervorgehen will, nur wenig darüber sagt, wieweit er toleriert, daß nationale Gesetze ihre Mitbestimmung schützen wollen. Das wäre so meine These.

Dr. Markus Rehberg, Institut für Internationales Recht (LMU):

- 44** Ich wollte nur drauf hinweisen, daß die Frage der divergierenden Entscheidungen eines holländischen oder deutschen Gerichtes gar nicht so klar ist. Wenn z.B. ein deutsches Unternehmen seinen Verwaltungssitz in die Niederlande verlegt und ein niederländisches Gericht darüber zu befinden hätte, was für ein Gesellschaftsrecht Anwendung findet und insbesondere auch die Sitz- oder Gründungstheorie. So gilt in

den Niederlanden die Gründungstheorie und das bedeutet, daß eine Gesamtverweisung vorzunehmen ist. Das heißt: Es wird auch nicht auf das deutsche Sachrecht verwiesen, sondern auf das deutsche IPR einschließlich der Sitztheorie, die für die Wegzugsfälle möglicherweise weiterhin gilt, in Einklang mit *Daily Mail*. Das würde bedeuten, daß eben doch ein niederländisches Gericht durchaus die Sitztheorie vollstrecken würde, indem es ein deutsches Unternehmen mit Verwaltungssitz in Holland nicht anerkennen würde.

Gregor Thüsing:

Es würde damit die deutsche internationale Eingriffsnorm außer Acht lassen. Die Frage ist, ob es das dürfte. **45**

Martin Franzen:

Genau, aber es würde eben von sich aus, sozusagen vielleicht auch auf Grund des eigenen nationalen Internationalen Privatrechts die deutsche Sitztheorie berücksichtigen und damit käme es möglicherweise zur einheitlichen Entscheidung sowohl der niederländischen als auch der deutschen Gerichte. Das hängt eben davon ab, ob in dem jeweiligen Zuzug, also in den Staat in den man zuzieht, die Gründungstheorie oder eben andere Kollisionsnormen gelten. **46**

Volker Rieble:

Hier vorne ist noch eine Wortmeldung, bitte!

47

Ludger Ramme, Deutscher Führungskräfteverband (ULA):

Wir haben ja eben gehört, daß unsere bestehende Mitbestimmung ein Ergebnis historischer Kompromisse und komplizierter Ausgleiche ist, und in der Tat haben wir eine sehr komplizierte Mitbestimmung. Aus Europa kommt jetzt die auch von Herrn Professor *Thüsing* propagierte Verhandlungslösung auf uns zu und hier ist festzustellen, daß doch eine sehr starke Simplifizierung stattfindet, denn wir müssen uns vorstellen, wir haben dann zwei Verhandlungspartner und das sind im wesentlichen zwei monolithische Blöcke. Auf der einen Seite die Arbeitgeber und die Unternehmensleitung; auf der anderen Seite kann es dann nur einen Verhandlungspartner der Arbeitnehmer geben und das sind immer die großen Gewerkschaften. Das heißt, wir begeben uns heraus aus unserer eigenen Kultur, in der wir auch vom Gesetzgeber den kleineren Arbeitnehmervertretungen und Minoritäten eigene Vertretungsrechte geben. Das würde dann natürlich aufgegeben werden müssen, denn wir sehen schon am Gesetzentwurf über die europäische Aktiengesellschaft, daß es hier im wesentlichen die großen Gewerkschaften sein werden, die die Verhandlungen auf Arbeitnehmerseite prägen werden, und ich frage Sie, Herr Professor Thüsing, sehen Sie aus wissenschaftlicher Sicht irgendeine Lösungs- **48**

möglichkeit, vielleicht irgendeine technische Lösung, um eben auch den Gesichtspunkt des Pluralismus – und der sollte uns doch einiges Wert sein –, erhalten zu können?

Gregor Thüsing:

- 49** Das ist weniger Juristerei als Rechtspolitik. Da ist die Frage, wie man das Wahlgremium für das besondere Verhandlungsgremium bestückt und ob man hier den Gewerkschaften umfassende Beteiligungsrechte zubilligt. Bei der SE ist es ja momentan so, daß ein direktes Vorschlagsrecht der Gewerkschaften durchaus nicht bei jedem Mitglied des Wahlgremiums besteht.

Wie das Wahlgremium sich dann später entscheiden wird, ist eine Frage darüber, wem es eher eine sinnvolle Interessenvertretung in der Verhandlung mit dem Arbeitgeber zutraut. Entscheidend ist auch, wo man die größere Sachkompetenz vermutet. Es ist ja auch nicht nur die reine Freundlichkeit gegenüber den Gewerkschaften, die die Arbeitnehmer dazu veranlaßt, sie zum Vertreter ihrer Interessen zu bestimmen, sondern eben auch das Fehlen der Sachkompetenz vielleicht bei den anderen, die sich ebenso dazu berufen fühlen.

Mir scheint es hier lohnenswert zu sein, einmal zu prüfen, wieweit die verschiedenen nationalen Rechte, die uns *Robert Rebhahn* heute morgen vorgestellt hat, vielleicht einen Hinweis darauf geben, wie man die Belegschaft etwas mehr einbinden kann, als das deren organisierte Interessenvertreter tun. Aber das müßte eben dann in Ansehung der konkreten gesetzführerischen Vorhaben entschieden werden.

Volker Rieble:

- 50** Wir sind ein bißchen auf Zeitsorgfalt angewiesen, weil Herr Thüsing gleich zum Flieger muß. Deshalb bitte ich um die letzten Wortmeldungen. Keine?

Dann stelle ich die letzte Frage. Ich habe nur ein Problem. Alle Besitzstandsregelungen wirken typischerweise diskriminierend, weil man auf Herkunft abstellt. Ist es nicht so, daß die Unternehmen, die praktisch aus dem Höchstmitbestimmungsstatut herauskommen, letztlich dafür bestraft werden, daß sie aus einer solchen Rechtsordnung herauskommen, und ist das dann mit dem Diskriminierungsverbot sowohl aus dem EGV als auch nach Art. 14 EMRK noch vereinbar?

Gregor Thüsing:

- 51** Wie weit das die Niederlassungsfreiheit berührt, ist natürlich eine Sache, die wiederum an Art. 43 EG entschieden werden müßte. Daß das eine ganz erhebliche Belastung für die deutschen Unternehmen bedeutet und erhebliche Wettbewerbsnachteile bedeuten kann, habe ich versucht auch darzustellen, und daß ich deswegen die Auffanglösung der SE-Richtlinie für vollkommen ungeeignet und

gesetzgeberisch wenig durchdacht halte. Das ist ganz klar. Ob es bereits die Schwelle einer Europarechtswidrigkeit überschritten hat, das würde ich auf die Schnelle mich nicht trauen, so zu beantworten. Hier bedarf es weiteren Nachdenkens.

Volker Rieble:

Also, alles ist ungewiß – vielen Dank! So ist es eben in der Rechtsordnung. Ich **52** verabschiede gleich Herrn Thüsing, der fort muß. Vielen Dank für das schöne Referat.

§ 4 Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung – Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des Standorts Deutschland

Rn.

A. Referat Heinz-Joachim Neubürger	1
I. Deutsche Mitbestimmung als Standortnachteil	5
II. Konkreter Reformbedarf des deutschen Mitbestimmungssystems	8
1. Mangel an Unabhängigkeit; Gefahr von Interessenkonflikten	8
2. Konzentration auf arbeitnehmerrelevante Fragen; Kompromißproblem	10
3. Duplizität von Mitbestimmung	11
4. Qualifikationsproblem	12
5. Größe des Aufsichtsrats	13
6. Schutz der Vertraulichkeit von Informationen	14
7. Mangelnde Diskussionskultur	15
III. Reformansätze	16
1. Holdingfreistellung; Konzentration der Mitbestimmung auf arbeitnehmerrelevante Fragen	17
2. Reduzierung der Mitbestimmung auf eine Drittelparität	18
3. Niederländisches Modell	19
4. Überführung der Mitbestimmung in einen Konsultationsrat	20
IV. Zusammenfassung	21
1. Aushöhlung der Mitbestimmung durch Internationalisierung sowie durch die Rechtsprechung des EuGH	21
2. Ergebnis	25
B. Diskussion	26

A. Referat Heinz-Joachim Neubürger*

Sehr geehrte Damen und Herren,

- 1 in Deutschland wird seit geraumer Zeit sehr rege über die erforderlichen Reformen zur Stärkung des Standortes Deutschland diskutiert. Erörtert werden vor allem die Modernisierung der Sozialsysteme, Fragen der Arbeitsmarktpolitik (Stichwort *Hartz-Kommission*), der Steuergesetzgebung, der Reform des Bildungswesens sowie der Förderung von Innovationen.

Ich denke, wir sind uns alle einig über die Notwendigkeit, ja Dringlichkeit von Reformen. Dies gilt auch für die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Wirtschaftens, die dringend auf die Erfordernisse eines globalisierten Wettbewerbs angepaßt werden müssen. Die ebenfalls öffentlich geführte Diskussion über eine gute *Corporate Governance* ist nur ein Beispiel dafür. Es ist an der Zeit, Deutschland auch hier wieder voran zu bringen.

- 2 Vor diesem Hintergrund haben sich vor jetzt ca. zwei Jahren mehrere Personen, darunter überwiegend Finanzvorstandskollegen deutscher Unternehmen, zusammengefunden, die sich über das Tagesgeschäft hinaus engagieren und einen Beitrag zur Stärkung unseres Standortes leisten wollen. Konkret im Berliner Center für *Corporate Governance*. Aus den verschiedenen *Corporate Governance* Themen haben wir in diesem Center zunächst das Thema Mitbestimmung aufgegriffen. Sie ist ein wesentlicher Aspekt der heutigen *Corporate Governance* Rahmenbedingungen und muß erörtert werden, wenn man insgesamt über eine Verbesserung der heutigen *Corporate Governance* diskutiert. Insbesondere dann, wenn seit Einführung der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat vor 28 Jahren keine Novellierungen in diesem Bereich durchgeführt wurden. Und das, obwohl sich die Umfeldbedingungen doch sehr verändert haben.
- 3 Eine offene Diskussion über die Reformbedürftigkeit dieses Systems ist daher dringend erforderlich und scheint – u.a. angestoßen durch die Tagung des Berliner Netzwerks *Corporate Governance* im Dezember vergangenen Jahres – in Gang gekommen zu sein. Die Enttabuisierung des Themas ist, wie diese Veranstaltung ebenso belegt, nunmehr erreicht. Dies freut insbesondere diejenigen, die im Dezember letzten Jahres dieses Thema aufgegriffen und sich trotz der zunächst sehr ablehnenden Reaktion der Betroffenen aus einer Verantwortung für den Standort Deutschland in dieser Sache engagiert haben.
- 4 Nachfolgend möchte ich Ihnen einen Überblick über die wesentlichen Argumente für eine Reform des deutschen Systems der Mitbestimmung geben, bevor ich auf einzelne Reformansätze näher eingehe. Schließen möchte ich mit einem Exkurs über die zu erwartende Aushöhlung der Mitbestimmung durch die Internationalisierung des Wirtschaftslebens sowie durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH.

* Mitglied des Zentralvorstandes der Siemens AG, München

I. Deutsche Mitbestimmung als Standortnachteil

Die paritätische Mitbestimmung in deutschen Aufsichtsräten ist international einmalig, d.h. in ihrer Form und Ausgestaltung jenseits unserer Landesgrenzen unbekannt. Zwar gibt es einige vergleichbare Strukturen, aber in ihrer einflußnehmenden Ausgestaltung weichen sie doch erheblich von der deutschen Mitbestimmung ab. Diese Mitbestimmung – hier zunächst generisch verstanden – ist einerseits im Betriebsverfassungsgesetz und andererseits im Mitbestimmungsgesetz geregelt. Die nunmehr entstandene Mitbestimmungsdiskussion – und auch mein Beitrag – setzt sich fast ausschließlich mit der durch das Mitbestimmungsgesetz geregelten Mitbestimmung im engeren Sinne auseinander. Es sei vollständigkeitshalber aber erwähnt, daß die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes gleichermaßen zu überprüfen sind, da sie u.a. durch ihre Kostenwirkungen den Standort Deutschland nachhaltiger schwächen als das Mitbestimmungsgesetz. 5

Die Mitbestimmung dient – ausgehend vom Gedanken der Demokratisierung – der Partizipation der Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer werden in unternehmerische Entscheidungsabläufe einbezogen. Darüber hinaus soll durch die Einbindung der Arbeitnehmer deren Einsicht in bestimmte unternehmerische Entscheidungen und deren Akzeptanz gefördert werden. Schließlich kann das Wissen um die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen die Motivation der Arbeitnehmer steigern. Dies sind alles sehr vernünftige und unterstützenswerte Motive.

Leider wird aber – wenn ich das so sagen darf – der „gute“ Teil der Mitbestimmung national wie international in der Regel nicht wahrgenommen. Nur der „schlechte“ Teil füllt immer wieder die Schlagzeilen der Medien. Sei es der Streikaufruf von Herrn *Bsirske* bei der Lufthansa, sei es der – angebliche – Widerstand der Arbeitnehmervertreter gegen die Bestellung eines Vorstandes bei DaimlerChrysler oder die Kommentierung von vertraulichen Beratungen von Aufsichtsräten in den Medien, deren Quelle stets unter den Arbeitnehmervertretern vermutet wird. All dies hinterläßt leider kein positives oder attraktives Bild der deutschen Mitbestimmungspraxis, insbesondere bei ausländischen Beobachtern.

Deutschland lebt aber als Exportweltmeister auch von seinem internationalen Ruf. 6
Nicht nur dem Ruf der Nation als abstraktes Gebilde, sondern konkret auch seiner Institutionen und seiner Unternehmen und vieler anderer Elemente, die einen Standort attraktiv machen: Vertrauen, Anerkennung, Respekt, Verlässlichkeit, Leistungsfähigkeit, um nur einige zu nennen, müssen aber erarbeitet und langfristig erhalten werden. Sie sind darüber hinaus wichtige Randbedingungen, die letztlich den Ausschlag für Investitionen geben. Und Investitionen schaffen oder erhalten Arbeitsplätze.

Wie ist in diesem Zusammenhang die deutsche Mitbestimmung zu sehen? Macht sie den Standort attraktiv? Schafft sie – zumindest indirekt – Arbeitsplätze? Ist sie gar ein positives Wettbewerbselement?

Ich wünschte, die Antworten auf diese Fragen könnten alle positiv sein. Schaut man aber auf die – und diese Sichtweise sei einem Finanzmann gestattet – relative Börsenbewertung deutscher Unternehmen im weltweiten Vergleich, so fällt auf, daß

deutsche Unternehmen zu „billig“ sind. Ich will hier sicherlich nicht unterstellen, daß die Mitbestimmung für diese niedrige Börsenbewertung allein verantwortlich ist; denn schließlich zeigt ja die Agenda 2010 einen umfassenderen Reformbedarf auf, ohne diesen allerdings abschließend zu definieren. Andererseits kann man aber auch nicht behaupten, daß die deutsche Form der Mitbestimmung werterhöhend ist. Denn Fakt ist, die Mitbestimmung kostet viel Geld und zwar direkt und indirekt. Indirekt über die mit dem Betriebsverfassungsgesetz generell, aber speziell mit dessen Novellierung im Jahr 2001 geschaffenen Rahmenbedingungen. Bei Siemens bewegen sich diese Kosten pro Jahr in Richtung eines dreistelligen Millionenbetrages. Zusätzlich fallen noch die Kosten der Mitbestimmung selbst an, d.h. die Kosten, die im engeren Sinn mit dem Mitbestimmungsgesetz zusammenhängen und vor allem die Kosten der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat umfassen. Was etwas kostet und dem kein nachweislicher Wert gegenüber steht, das ist nach der Logik der Finanzmärkte zunächst (börsen-)wertvernichtend.

- 7 Aber nicht nur aus diesen Kostengesichtspunkten ist – so bleibt daher leider festzuhalten – die Mitbestimmung im internationalen Vergleich kein „Renner“. Dies wird auch durch die Tatsache bestätigt, daß bisher grenzüberschreitende Fusionen mit deutscher Beteiligung eher dazu geführt haben, daß der jeweilige Hauptsitz der fusionierten Gesellschaft im Ausland aufgeschlagen wurde. Warum also wurden die *Headquarters* solcher fusionierten Gesellschaften nicht im Inland angesiedelt? Was schreckt ab? Wie können wir diese neu entstehenden Unternehmen in Deutschland halten? Diese Fragen müssen schlüssig beantwortet werden. Denn die fortschreitende Globalisierung wird zunehmend zu solchen grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen von Unternehmen führen, ja führen müssen.

Es muß vermutet werden, daß deutsche Unternehmen aufgrund der Mitbestimmung, *ceteris paribus*, kaum als attraktiver Partner für europäische Zusammenschlüsse oder die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) in Frage kommen, solange eine Übertragung des deutschen Mitbestimmungsniveaus auf das fusionierte Unternehmen bzw. die SE droht. Zwar erlauben die Regelungen zur SE auch eine Absenkung des deutschen Mitbestimmungsniveaus, wenn im Verhandlungswege eine entsprechende Einigung mit der Arbeitnehmerseite erzielt wird. Eine solche Einigung wird jedoch angesichts der aktuellen Auffanglösung kaum zu erreichen sein. Sie sieht nämlich vor, daß bei einem Scheitern der Verhandlungen in der Regel das deutsche Mitbestimmungsniveau fortgeschrieben wird. Die Arbeitnehmerseite steht somit unter keinerlei Einigungsdruck und braucht eigentlich nur „Nein“ zu sagen.

Wenn daraufhin eine ansonsten sinnvolle Fusion scheitert, wäre dies der Beweis, daß nicht im Gesamtinteresse des Unternehmens gehandelt wurde. Ich will hier gar nicht der Frage nachgehen, welche Art von Haftung sich daraus für die Organe einer Gesellschaft ergibt. Könnte aber in einem solchen Fall eine Absenkung des inländischen Niveaus der Mitbestimmung im Verhandlungswege erreicht werden, fragt man sich natürlich, warum dann nicht gleich das Mitbestimmungsgesetz novelliert werden kann. Dann weiß man wenigstens, wo man „dran“ ist und vermeidet den ansonsten entstehenden Verdacht, daß der Absenkung der Mitbestimmung im Verhandlungswege indirekte Kosten in Form von *quid pro quos* auf anderen Gebieten gegenüberstehen.

Wenn wir also eine Abwanderung von bisher noch in Deutschland ansässigen Unternehmen vermeiden oder ihnen notwendige Partnerschaften nicht verwehren wollen, muß die heutige Form der Mitbestimmung dringend angepaßt werden.

Welchen konkreten Reformbedarf gibt es; welche Lösungen sollten angedacht werden?

II. Konkreter Reformbedarf des deutschen Mitbestimmungssystems

1. Mangel an Unabhängigkeit; Gefahr von Interessenkonflikten

Im Geschäftsjahr 2002/2003 erzielte Siemens knapp 80 % des Umsatzes mit Kunden außerhalb Deutschlands; von den in diesem Geschäftsjahr insgesamt 417.000 weltweit beschäftigten Siemens-Mitarbeitern leben und arbeiten ca. 250.000 Mitarbeiter oder rund 60 % außerhalb Deutschlands.

Der Aufsichtsrat der Siemens AG hat somit ein sehr internationales Geschäft zu überwachen. Dies wird auch durch den Deutschen *Corporate Governance*-Kodex unterstrichen, der eindeutig den Konzern als Überwachungsgegenstand definiert.

Das Mitbestimmungsgesetz definiert jedoch den Inlandskonzern – und nur den – als Mitbestimmungsgegenstand. Weiterhin wurde es 1976 geschaffen, d.h. zu einer Zeit, in der die heutige umfassende Verflechtung der Volkswirtschaften noch nicht bestand. Ausländische Fertigungsstandorte, insbesondere der Automobilindustrie, waren eher die Ausnahme.

Viele deutsche Unternehmen haben dieser geschäftlichen Entwicklung durch eine Internationalisierung der Anteilseignervertreter Rechnung getragen. So sitzen heute im Aufsichtsrat der Siemens AG zwei Engländer und ein amerikanischer Anteilseignervertreter, d.h. 30 % der Anteilseignervertreter sind aus dem nicht-deutschen Sprachraum. Die Beratungen im Aufsichtsrat werden simultan in deutscher und englischer Sprache geführt bzw. übersetzt.

Auf der Arbeitnehmervertreterseite sieht die Situation anders aus. Aufgrund der Vorgaben des Mitbestimmungsgesetzes sind ausschließlich inländische Arbeitnehmer wahlberechtigt. Im Klartext heißt das: die heute 60 % und tendenziell weiter steigende Zahl der Siemens-Mitarbeiter außerhalb Deutschlands nimmt weder aktiv noch passiv an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat teil. Ob sie sich trotzdem vertreten fühlen, vermag ich nicht abschließend zu beantworten. Aber man kann unterstellen, daß sich die deutschen Betriebsräte und damit Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Wesentlichen von den Interessen der inländischen Arbeitnehmer leiten lassen, denn – nochmals – nur diese dürfen wählen.

Die aus den Betrieben kommenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erhalten selbstverständlich Gehaltszahlungen von der Gesellschaft. Nach internationalen Maßstäben guter *Corporate Governance* sind sie damit aber nicht als unabhängig anzusehen. Die US-amerikanische Wertpapieraufsichtsbehörde SEC mußte daher eigens eine Ausnahmeregelung schaffen, um u.a. die Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern im Prüfungsausschuß zuzulassen. Aber auch hinsichtlich der Gewerkschaftsvertreter, die kein Gehalt von der Gesellschaft beziehen, sind Zweifel

an deren Unabhängigkeit angebracht und Interessenkonflikte zu befürchten, siehe Lufthansa.

Somit existiert neben einem **Legitimationsproblem** auch ein **Interessenkonflikt** bzw. kann die Forderung nach der **Unabhängigkeit** durch die Arbeitnehmer-Aufsichtsräte nicht erfüllt werden. Diese Probleme werden noch durch deren **mangelnde Internationalität** ergänzt. Die von der Bundesjustizministerin berufene Regierungskommission *Corporate Governance* unter der Leitung von *Dr. Gerhard Cromme* (sogenannte *Cromme-Kommission*) hat dies erkannt und empfiehlt, bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern die internationale Tätigkeit des Unternehmens zu berücksichtigen. Allerdings wurde offen gelassen, wie dies im Rahmen des Mitbestimmungsgesetzes umgesetzt werden kann.

2. Konzentration auf arbeitnehmerrelevante Fragen; Kompromißproblem

- 10** Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat engagieren sich in der Regel vor allem bei arbeitnehmer- oder beschäftigungsrelevanten Fragen des Unternehmens im Inland. Eine solche Konzentration auf spezifische Themenbereiche geht zwangsläufig zu Lasten anderer Themen. Die vom Gesetz und auch vom Gedanken guter *Corporate Governance* angestrebte umfassende Kontrollfunktion des Aufsichtsrats wird damit faktisch verengt.

Ein weiteres Problem der Mitbestimmung besteht darin, daß die Zustimmung der Arbeitnehmerseite zu bestimmten Vorhaben nicht selten durch Zugeständnisse in anderen Bereichen „erkauft“ werden muß. Dadurch kommt es zu einer Verquickung unternehmerisch-strategischer Fragen mit betrieblich-operativen Angelegenheiten. Die Folge ist, daß der Überwachungsgedanke und die Ausrichtung von Entscheidungen an dem Interesse des Gesamtunternehmens zwangsläufig beeinträchtigt werden.

3. Duplizität von Mitbestimmung

- 11** Zahlreiche Regelungen des Deutschen *Corporate Governance*-Kodex finden, wie schon erwähnt, auf den Konzern als Ganzes Anwendung, d. h. die gesetzliche Begrenzung des Mitbestimmungsgesetzes auf das Inland wird überwunden. Die Regelberichterstattung gemäß § 90 Abs. 1 AktG wurde durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz auf Vorgänge in Tochterunternehmen ausgedehnt. Denn der Aufsichtsrat soll den Vorstand bei der Leitung des Konzerns überwachen. Dadurch könnten jedoch Themen erneut aufgegriffen werden, die bereits der betrieblichen Mitbestimmung in den betroffenen Konzernunternehmen unterlagen, wo sie unmittelbar von Bedeutung sind und mit dem dortigen Betriebsrat abgestimmt wurden. Oder es werden Aspekte von Auslandsgesellschaften tangiert und nochmals aufgegriffen, die dort schon in deren Gremien, die ggf. auch Arbeitnehmervertreter einschließen, abgehandelt wurden. Solche Duplizität fördert nicht gerade die Effizienz der Überwachung und schafft möglicherweise Konflikte.

4. Qualifikationsproblem

Eine effiziente Aufsichtsratsarbeit und ein konstruktiver Dialog mit dem Vorstand **12** setzen darüber hinaus eine entsprechende Kompetenz der Aufsichtsratsmitglieder voraus. Ob die hierzu erforderliche Besetzung des Aufsichtsrats vor dem Hintergrund der strikten Regelung des Mitbestimmungsgesetzes gewährleistet werden kann, erscheint jedoch fraglich. Die Wahlentscheidungen der Belegschaft werden häufig eher an Interessen oder betrieblichen Erwägungen als an fachlichen Kriterien ausgerichtet. Hiermit soll keineswegs gesagt sein, daß Arbeitnehmervertreter nicht fachlich überaus qualifiziert sein können oder daß umgekehrt alle Anteilseignervertreter automatisch die erforderliche Qualifikation mitbringen. Die Rahmenbedingungen für eine den Anforderungen entsprechende Besetzung des Aufsichtsrats werden durch die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes aber strukturell verschlechtert.

Auch der Deutsche *Corporate Governance*-Kodex fordert eine Besetzung des Aufsichtsrats mit Mitgliedern, die über die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen, die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich sind. Darüber hinaus sollen sie hinreichend unabhängig sein. Dies kann eine Gesellschaft jedoch nur für die Anteilseignervertreter gewährleisten. Für die Arbeitnehmervertreter kann von Seiten der Gesellschaft eine entsprechende Festlegung nicht getroffen werden. Dies erscheint problematisch, da sich die Qualifikationsanforderungen auf alle Aufsichtsratsmitglieder, Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter, erstrecken müssen, wenn beide Seiten die gleichen Rechte und Pflichten haben sollen.

5. Größe des Aufsichtsrats

Eine effektive Arbeit deutscher mitbestimmter Aufsichtsräte wird auch durch ihre **13** Größe behindert. So entspricht es dem Stand der wissenschaftlichen Literatur, daß Gremien mit maximal zwölf Mitgliedern effizienter arbeiten als stärker besetzte Gremien, ohne daß eine Verkleinerung die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen würde. Die optimale Größe für einen effizient arbeitenden Aufsichtsrat dürfte – je nach Größe des Unternehmens – bei acht bis zwölf Personen liegen. Einzelne Studien kommen gar zu dem Ergebnis, daß sich der Aktienkurs eines Unternehmens besser entwickelt, je kleiner der Verwaltungsrat ist. Ein internationaler Vergleich macht überdies deutlich, daß Aufsichtsräte bzw. vergleichbare Gremien außerhalb Deutschlands deutlich kleiner sind als mitbestimmte Aufsichtsräte in Deutschland.

Möglicherweise will der Deutsche *Corporate Governance*-Kodex das Qualifikations- wie das Größenproblem durch eine getrennte vorbereitende Sitzung von Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern lösen. Mir erscheint dieser Vorschlag aber als abwegig. Denn damit laufen die eigentlichen Aufsichtsratstreffen Gefahr, zu einer aktienrechtlichen Pflichtveranstaltung zu werden, ohne daß dort die tatsächliche Überwachungsfunktion ausgeübt wird. Die alternative Bildung fachlich qualifizierter Ausschüsse und die Verlagerung der Aufgabenwahrnehmung in diese Ausschüsse kann das grundsätzliche Problem insofern nicht lösen. Schließlich kann

die Arbeit von Ausschüssen nicht die Gesamtverantwortung des Aufsichtsrats auflösen.

6. Schutz der Vertraulichkeit von Informationen

- 14** Der Aufsichtsrat ist zur effektiven Wahrnehmung seiner Kontrollaufgaben darauf angewiesen, vorbehaltlos mit streng vertraulichen Informationen durch den Vorstand versorgt zu werden. Der erforderliche Informationsfluß kann jedoch verständlicherweise nur erwartet werden, wenn der Vorstand darauf vertrauen kann, daß die offen gelegten Informationen auch ebenso streng vertraulich behandelt werden. Daß in diesem Punkt in deutschen Aufsichtsräten noch Defizite bestehen, zeigt nicht zuletzt die Tatsache, daß der Gesetzgeber des Transparenz- und Publizitätsgesetzes die Wahrung der Vertraulichkeit als wichtiges Gut eingestuft und die Regelungen zu ihrem Schutz in den §§ 116 und 404 AktG verschärft hat.

Auch der Deutsche *Corporate Governance*-Kodex hebt ausdrücklich die besondere Bedeutung der Wahrung der Vertraulichkeit für eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat hervor. Allein die Verschärfung der Regelungen zum Schutz der Vertraulichkeit beseitigt jedoch nicht das strukturelle Problem: die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verstehen sich als Vertreter ihrer Wählerschaft und fühlen sich dieser gegenüber zur Berichterstattung verpflichtet. Anders kann die Kritik von Gewerkschaftsseite an der Verschärfung der Verschwiegenheitspflicht nicht interpretiert werden. Es hieß, sie würde sich negativ auf die Kommunikationsmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter gegenüber Belegschaft und Betriebsratsgremien auswirken. Mangelnde Vertraulichkeit, die zu einer nur zurückhaltenden Weitergabe von Informationen an den Aufsichtsrat führt, schadet aber letztlich nicht nur der Aufsichtsratsstätigkeit, sondern läßt die Mitbestimmung selbst ins Leere laufen.

7. Mangelnde Diskussionskultur

- 15** Die Aufteilung des Aufsichtsrats in eine Anteilseigner- und eine Arbeitnehmerbank wird durch eine Anregung des Deutschen *Corporate Governance*-Kodex verstärkt. Danach sollten die Anteilseigner- und die Arbeitnehmerseite die Aufsichtsrats-sitzungen getrennt vorbereiten. Hierdurch wird leider einem Lagerdenken Vorschub geleistet, das einer offenen sachorientierten Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat entgegensteht. Eine wirkliche Verbesserung der Diskussionskultur im Aufsichtsrat erscheint nur erreichbar, wenn die Strukturen des sie beeinträchtigenden Systems der Mitbestimmung im deutschen Aufsichtsrat reformiert werden.

III. Reformansätze

- 16** Es ist bedauerlich, daß sich, soweit ich weiß, die Gewerkschaften einer sachbezogenen Diskussion des Themas weitestgehend verweigert haben. Denn ich glaube nicht, daß das in der BDA Dokumentation zum Thema Mitbestimmung abgedruckte Papier der Hans-Böckler-Stiftung und der Bertelsmann Stiftung aus dem Jahr 1998 den aktuellen Sachstand wiedergibt. Vielmehr werden bereits in diesem Papier einzelne durch die Mitbestimmung im Aufsichtsrat bedingte

Schwierigkeiten (wie z.B. Größe, mangelnde Effizienz des Aufsichtsrats oder mangelnde Legitimation einer ausschließlich deutsch besetzten Arbeitnehmerbank) angesprochen. Praktikable Lösungsansätze sind von Gewerkschaftsseite bisher jedoch kaum geliefert worden. Und das, obwohl bereits in diesem Papier – aus heutiger Sicht sehr weitsichtig – anerkannt wird, daß die Zukunft der Mitbestimmung zu einem erheblichen Teil von dem Vertrauen abhängen wird, das ihr von ausländischen Investoren entgegen gebracht wird, die der Mitbestimmung nach wie vor skeptisch gegenüber stehen.

Nachfolgend werde ich daher verschiedene denkbare Ansätze für eine Reform der Mitbestimmung im Aufsichtsrat skizzieren. Welche Kriterien sind aber dabei zu berücksichtigen? Hier ist an die Außenwirkung (Standort Deutschland) wie an die Innenwirkung (Effizienz der Gremienarbeit) zu denken.

1. Holdingfreistellung; Konzentration der Mitbestimmung auf arbeitnehmerrelevante Fragen

Daher sollte man über eine generelle Freistellung von in Deutschland angesiedelten Holdinggesellschaften internationaler Konzerne nach niederländischem Vorbild nachdenken. Dadurch müßte die Mitbestimmung auf der Ebene der untergeordneten nationalen Gesellschaften nicht entfallen. Alternativ könnte eine Begrenzung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf diejenigen Gebiete angedacht werden, die die Arbeitnehmer in den inländischen Betrieben unmittelbar betreffen. Fragen mit internationaler Ausrichtung oder solche von entscheidender strategischer Bedeutung für den Gesamtkonzern könnten durch einen ausschließlich mit Anteilseignervertretern besetzten Ausschuß entschieden werden. Die Möglichkeit des Gesprächs zwischen Management, Arbeitnehmervertretern und Anteilseignervertretern würde damit nicht eingeschränkt. Im übrigen bietet das Betriebsverfassungsgesetz ausreichend Gelegenheit für den Dialog zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmern. **17**

2. Reduzierung der Mitbestimmung auf eine Drittelparität

Eine weitere Alternative bestünde in einem Abrücken von der paritätischen Mitbestimmung hin zu einer Drittelmitbestimmung. Ein solches Modell würde sicherlich am internationalen Kapitalmarkt und von ausländischen Investoren begrüßt werden. Und wollen wir diese Investoren nicht motivieren, in Deutschland zu investieren? Mit diesem Modell müßten innerhalb des Aufsichtsrats keine neuen Strukturen geschaffen werden. Andererseits würden aber die mit der Mitbestimmung verbundenen, oben beschriebenen strukturellen Probleme nicht gelöst. **18**

3. Niederländisches Modell

Ein aus Investorensicht interessantes, weil flexibles und ausdifferenziertes Modell stellt das niederländische System der Unternehmensmitbestimmung dar, das eine Kombination der genannten Reformansätze enthält. Dort geben die Betriebsräte bei großen Kapitalgesellschaften für ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats Empfehlungen ab und können gegen die Bestellung vom Aufsichtsrat kooptierter **19**

Mitglieder Einspruch einlegen. Für Kapitalgesellschaften oder Konzerne, deren Arbeitnehmer überwiegend im Ausland beschäftigt sind, und für *Joint Ventures* mit ausländischer Beteiligung besteht jedoch nur eine beschränkte Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Internationale Holdings, Finanzierungs- oder Verwaltungsgesellschaften unterfallen keiner obligatorischen Mitbestimmung, können sich dieser aber freiwillig unterwerfen.

4. Überführung der Mitbestimmung in einen Konsultationsrat

- 20** Ein anderer, durchaus erwägenswerter Vorschlag wurde schließlich anlässlich der Tagung des Berliner Netzwerks *Corporate Governance* im Dezember vergangenen Jahres gemacht. Durch die Schaffung eines eng mit Vorstand und Aufsichtsrat kooperierenden Konsultationsrats werden die wesentlichen Funktionen der Mitbestimmung erhalten, aber aus dem Aufsichtsrat herausgelöst.

IV. Zusammenfassung

1. Aushöhlung der Mitbestimmung durch Internationalisierung sowie durch die Rechtsprechung des EuGH

- 21** Bisher werden alle gemachten Reformvorschläge besonders von Gewerkschaftsseite kritisiert und zurückgewiesen. Realistische Gegenvorschläge werden kaum gemacht. Dagegen wird versucht, das deutsche Niveau der Mitbestimmung über Verhandlungslösungen wie bei der SE auf europäischer Ebene festzuschreiben. Dadurch werden die Nachteile für die deutschen Unternehmen und den Standort Deutschland aber nur noch vertieft. Im Ergebnis werden solche Bemühungen nicht zu langfristigen Erfolgen führen, weil sowohl die Internationalisierung der Wirtschaft als auch die Rechtsprechung des EuGH zahlreiche Möglichkeiten zur Umgehung der Mitbestimmung eröffnen und so zu deren Erosion beitragen.
- 22** Ein Beispiel für das Leerlaufen der Mitbestimmung in einem internationalen Kontext bietet die Fusion der Hoechst AG mit der Rhône-Poulenc S.A. zur Aventis S.A. Die Mitbestimmung bei der inländischen Hoechst AG blieb hierdurch zwar in rechtlicher Hinsicht formal unberührt, die unternehmerischen Entscheidungen werden aber in den Gremien der nicht der deutschen Mitbestimmung unterliegenden Aventis S.A. diskutiert und getroffen. Der Aufsichtsrat der Untergesellschaft wird kaum Einfluß haben auf Fragen, die den Gesamtkonzern betreffen. Hinzu kommt, daß bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages zwischen einer ausländischen Konzernobergesellschaft und einer inländischen, mitbestimmten Tochtergesellschaft dem Vorstand der Tochter verbindliche Weisungen erteilt werden können. In Ausnahmefällen braucht der Vorstand diese Weisungen zwar nicht zu beachten. Da er die Beweislast für die tatsächlichen Gründe seines Verhaltens trägt, wird er sich in der Praxis jedoch nur äußerst selten auf das Vorliegen eines derartigen Ausnahmefalls berufen. Auch im Falle von Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsrats in der inländischen Tochtergesellschaft bedürfen, läuft die Mitbestimmung ins Leere, wenn die fehlende Zustimmung durch erneute Weisung der ausländischen herrschenden Gesellschaft überwunden wird. In einer Welt internationaler Konzerne kann die Mitbestimmung an der Konzernspitze somit durch

Etablierung einer ausländischen Gesellschaft als herrschendes Unternehmen unterlaufen werden.

Die jüngere Rechtsprechung des EuGH, zuletzt in Sachen *Inspire Art*, ermöglicht nunmehr auch ausländischen Gesellschaften eine Verlegung ihrer Tätigkeit nach Deutschland unter Anerkennung ihrer ausländischen Rechtsform. Deutschen Unternehmensgründern stehen somit auch für ihre Tätigkeit innerhalb Deutschlands ausländische Rechtsformen zur Verfügung. Es ist nur konsequent und entspricht der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur, wenn solche ausländischen Gesellschaftsformen nicht der Mitbestimmung unterliegen. Deutsche Unternehmen können somit durch Gründung einer Holding oder Produktionsgesellschaft als konzernleitendes Unternehmen im EU-Ausland der deutschen Mitbestimmung an der Konzernspitze entfliehen und dennoch den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz wieder in die Bundesrepublik legen bzw. dort belassen. **23**

Schließlich soll noch eine Sonderregelung erwähnt werden. Im Verhältnis USA– Bundesrepublik Deutschland wird der Status von Gesellschaften, die nach dem Recht des jeweils anderen Staates errichtet sind, anerkannt. Amerikanische Gesellschaften können somit in Deutschland ihr Geschäft in der Form einer US-amerikanischen *Corporation* betreiben und unterliegen damit ebenfalls nicht der Mitbestimmung. Als Beispiel seien hier Dow Chemical, United Parcel Service und Ramada genannt, die ihr Deutschlandgeschäft in der Rechtsform einer US-amerikanischen Corporation betreiben. **24**

2. Ergebnis

Die dringend erforderliche Reform der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat würde nicht nur die Effizienz der Aufsichtsrats Tätigkeit in Deutschland verbessern und damit zu einer besseren *Corporate Governance* beitragen. Sie würde darüber hinaus die Attraktivität des Standortes Deutschland insgesamt und die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen stärken. Deutschland würde als Sitzland für die Zentralen internationaler Konzerne wieder eher in Betracht gezogen und könnte verstärkt Investitionen aus dem Ausland anziehen. Hierdurch würden nicht nur Arbeitsplätze nach Deutschland geholt, sondern auch das globale Renommee der deutschen Volkswirtschaft gestärkt. Dies könnte wiederum in einer Wechselwirkung zur Politik auch positive Auswirkungen auf die Rolle Deutschlands im Konzert der großen Wirtschaftsnationen haben. Letztlich stehen wir vor der Entscheidung, entweder neben den eingangs genannten dringenden Reformprojekten auch die Mitbestimmung mit Nachdruck zu reformieren, zumal die Internationalisierung und die Rechtsprechung des EuGH ohnehin zu einer Erosion der Mitbestimmung führen. Oder aber wir laufen Gefahr, im internationalen Wettbewerb weiter zurückzufallen. **25**

Ich denke, wir alle wollen den Standort Deutschland wieder attraktiv machen. Dies erfordert Veränderungen. Packen wir sie an.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR (Moderation):

- 26 Herr Neubürger, vielen Dank! Ich habe auch gleich eine kleine Frage. Über Territorialität haben wir uns heute Morgen schon Gedanken gemacht. Wie wird denn bei Ihnen tatsächlich die Diskussion im Aufsichtsrat hinsichtlich der Ausgangsverhältnisse gehandhabt? Was passiert, wenn über ein Siemenswerk irgendwo auf der Welt gesprochen wird? Sitzen die deutschen Arbeitnehmervertreter da und drehen Däumchen und sagen, das interessiert uns nicht, oder mischen die sich ein? Ich habe da gar keine praktische Vorstellung.

Heinz-Joachim Neubürger, Siemens AG:

- 27 Zunächst einmal ist festzuhalten, daß der Deutsche *Corporate Governance* Kodex den Konzern, d.h. nicht die gesellschaftsrechtliche Einheit zum quasi Kontrollgegenstand des Aufsichtsrats erhebt. Damit folgt der Kodex dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, durch das ebenfalls der Konzernbezug etabliert worden ist. Es kann also durchaus sein, daß mit der Zeit die Arbeitnehmervertreter sich für Entwicklungen in Konzerneinheiten außerhalb Deutschlands verstärkt interessieren.

Volker Rieble:

- 28 Dann machen wir es so, wie heute schon die ganze Zeit, Fragen aus dem Publikum – Herr Hofer!

Klaus Hofer, B. Braun Melsungen AG, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

- 29 Herr Neubürger, ich kann mich den meisten Ihrer Thesen anschließen. Ich sehe das auch so, daß die deutsche Mitbestimmung reformbedürftig ist, auch weil seinerseits beide Implementierungen der Mitbestimmungen, der Globalisierungszwang noch nicht in dem Maße da war, wie er heute da ist. Und ich glaube, das primäre Anliegen, die Legitimation von Mitbestimmung und Mitwirkung liegt darin, daß sie betriebsstättenbezogen ist. Das ist ja im Prinzip – ich habe es jetzt mal etwas einfacher übersetzt – auch eine Ihrer Thesen strategischer Entscheidungen, die Siemens jetzt beispielsweise in China trifft. In wieweit die jetzt der deutschen Mitbestimmung unterliegen sollte, ist in der Tat höchst fraglich und das gilt für andere Unternehmen auch.

Der Vollständigkeit halber gehört allerdings dazu, daß man sagen muß, daß sich – das haben Sie ja auch am Rande erwähnt – der Reformbedarf um die Standortqualität, die Attraktivität des Standortes Deutschland, natürlich nicht nur an den Defiziten in der Mitbestimmung mißt.

Sie erwähnen das deutsche Steuerrecht. Bekanntermaßen sind ja 70 % der Steuerliteratur deutschsprachig, das ist also höchst unattraktiv. Sie erwähnen hier ja auch die enorm langen Genehmigungsverfahren, die ebenfalls beeinträchtigend sind.

Und man muß natürlich fairerweise sagen, daß auch *Coporate* Deutschland früherer Prägung genau das, was die *Cromme*-Kommission auch als Reformbedarf sieht, natürlich auch in der Vergangenheit was die Anteilseignervertreter betrifft, nicht gerade vorbildhaft war.

Ich sehe dann immer solche Fälle, in denen ein Vorstandsvorsitzender übergangslos in den Aufsichtsrat gewechselt hat und nachher das beaufsichtigen mußte, was er selber implementiert hat über mehrere Jahre, das gehört allerdings meines Erachtens auch in eine Gesamtbetrachtung hinein und ich denke, Sie schließen sich auch dieser These an.

Heinz-Joachim Neubürger:

Ich bitte um Verständnis, wenn ich nicht die Zusammensetzung des Aufsichtsrats 30 oder die Aufsichtsratsarbeit bei Siemens kommentieren will. Ich meine, was Sie zu strategischen Fragestellungen deutscher Unternehmen und der Wechselwirkung zur Mitbestimmung gesagt haben, ist nur zu unterstreichen.

Zwar gibt es ein solches Spannungsfeld bei Siemens aufgrund unserer Branchenstruktur nicht. Aber es gibt viele andere Branchen, sei es die Chemie, sei es die Pharmazeutische Industrie, sei es die Versicherungswirtschaft, seien es die Banken, bei denen es zwangsläufig noch grenzüberschreitende Fusionen geben muß. Aber da geht es dann darum, wo nachher die *Headquarters* solcher fusionierter Einheiten sein werden. Und das war ja auch eine meiner Kernaussagen. Ich sehe die Arbeitsplätze, die damit verbunden sind. Jetzt stellen Sie sich vor, wenn mehrere Unternehmen, ich sage mal in Luxemburg oder in England oder in Holland ihr Domizil als fusionierte, kombinierte Einheit aufschlagen. Wozu führt das? Fangen Sie doch allein schon mal an mit den Beratungsunternehmen. Und zwar denke ich nicht an McKinsey, sondern da denke ich auch an die Anwaltskanzleien, Wirtschaftsprüfergesellschaften und so weiter – die würden dann ihren intellektuellen Nährboden in Form von Kunden verlieren! Das heißt, diese ganzen Supportfunktionen für Konzerntätigkeiten gehen auch weg. Und damit geht viel Know-how und Renommee aus Deutschland heraus. Und deswegen ist eine volkswirtschaftliche Wirkung dieser Mitbestimmungsproblematik auch mal anzudenken und zu durchdenken.

Marcel Grobys, Gibson, Dunn & Crutcher LLP:

Aus der Praktikersicht wird hier die Mitbestimmungsdiskussion doch sehr ambivalent 31 geführt. Einerseits malen die Unternehmen ja das Schreckgespenst Mitbestimmung an die Wand. Andererseits ist es aber so, wie Herr *Rieble* am Anfang sagte: Es ist wie in einer guten Ehe. Man hat sich halt auf die Dauer der Jahre damit arrangiert. Und abgesehen von den Verbänden, wird doch von wenigen Unternehmen das Thema „Wege aus der Mitbestimmung“ oder „Flucht aus der Mitbestimmung“ wenig aggressiv an die Öffentlichkeit getragen oder kaum öffentlich diskutiert. Wenn es einmal passierte, hatte es meistens schnelle personelle Konsequenzen. Deswegen oder gerade mit der Möglichkeit der SE oder auch mit der Rechtsprechung des

EuGH, wie Herr *Thüsing* vorhin sagte, bestehen ganz neue Möglichkeiten, letztlich auch für die Unternehmen, Wege aus der Mitbestimmung zu finden. Ich lasse jetzt einmal hier steuerrechtliche Aspekte und wirtschaftliche Machbarkeit in dem Fall außer Betracht. Deswegen etwas zugespitzt die Frage, wie ernst ist es eigentlich den Unternehmen, mit der Diskussion um eine Flucht aus der Mitbestimmung in Deutschland – oder anders gefragt, können die Anwälte die Arbeiten an Mitbestimmungsvermeidungsmodellen einstellen?

Heinz-Joachim Neubürger:

- 32 Also vielleicht muß ich zur Beantwortung Ihrer Frage auf Ihren Eingangsvergleich mit der guten Ehe zurückkommen. Worüber wir gerade im vorherigen Kommentar gesprochen haben, ist doch, daß der Freier die Braut ins Ausland entführen will und wir dem bisher nichts Attraktives entgegensetzen können.

Volker Rieble:

- 33 Vielleicht noch ergänzend, ich hatte von einer alten und nicht von einer guten Ehe gesprochen, das ist vielleicht schon ein Unterschied; wo Gewöhnung und nicht Partnerschaft dominiert. Ich muß auch ein bißchen nachhaken, Herr Neubürger. Die ganze Mitbestimmungsdiskussion könnte mehr Fahrt aufnehmen, wenn ein, zwei oder drei große deutsche Unternehmen mal nicht nur von Erwägungen sprechen würden, sondern es auch einfach mal machten. Also, jetzt überspitzt gesagt, warum können sie nicht endlich eine bedeutsame Neugründung in eine ausländische Rechtsform gießen, um mal zu zeigen, daß es eben ernst ist mit der Bedrohung der Mitbestimmung?

Heinz-Joachim Neubürger:

- 34 Ich darf noch mal das Beispiel Deutsche Bank bringen. Wenn die Deutsche Bank auf einmal in London, Luxemburg oder in Amsterdam ist, dann würde jeder sagen, warum haben wir denn nicht vorher darauf reagiert und versucht, sie hier zu halten. Mein Appell ist, wirklich proaktiv die Dinge zu korrigieren, weil absehbar ist, daß sie nicht so aufrecht zu erhalten sein werden. Damit will ich das Kind nicht erst in den Brunnen fallen lassen, bevor ich etwas unternehme. Natürlich kann man im Inland versuchen, alle Kräfte zu mobilisieren, um den Status quo zu erhalten. Aber ich denke, eigentlich ist da mittlerweile auch Konsens, daß genau das nicht mehr auf der Tagesordnung sein darf.

Manfred Göbels, DaimlerChrysler AG, Deutscher Führungskräfteverband (ULA):

- 35 Ich wollte zunächst eine Bemerkung machen, Herr Neubürger, denn Herr Professor *Rieble* hatte auch heute zu einem Vorgang in unserem Hause eine Bemerkung

gemacht, daß ein Vorstandsmitglied von seiner Aufgabe entbunden worden ist. Ich möchte an dieser Stelle bemerken, daß er durch einstimmigen Beschluß des gesamten Aufsichtsrates von seiner Aufgabe entbunden worden ist. Das ist etwas facettenreicher als es von Ihnen dargestellt worden ist. Wir sollten es nicht unbotmäßig simplifizieren.

Das zweite, was ich sagen möchte, betrifft die Stellung des leitenden Angestellten in einem Unternehmen. In unserem Hause ist das kein Thema, die Zusammenarbeit klappt hervorragend. Ich weiß bei Ihnen, von meinem Kollegen, daß sie auch sehr, sehr gut ist. Aber das ist nicht das Thema. Die gesamte gesellschaftspolitische Diskussion, ob es das Thema *Coporate Governance* war, ob es jetzt das Thema Mitbestimmung ist, wird immer außerhalb der Rolle der leitenden Angestellten geführt. Ich darf hier erinnerlich machen, daß seit 1976 ein Mitglied der leitenden Angestellten Mitglied des Aufsichtsrates ist. Daß wir seit 1988/89 ein Sprecher-ausschußgesetz haben, das heißt ein Gesetz. Und in der Diskussion vermissen alle meine Kollegen immer wieder die Rolle des leitenden Angestellten. Wir haben mit Herrn *Cromme* dieses Thema besprochen in der *Coporate Governance* Diskussion, wir haben es wieder aufgegriffen, als es um die Besetzung des *audit committing* ging wo an den Leitenden vorbei paritätisch besetzt wurde. Gott sei Dank, im nachhinein mit wenigen Ausnahmen und wir können die Diskussion jetzt wieder erleben, bei der nicht differenziert wird. Sie haben in den leitenden Angestellten in den meisten Fällen einen natürlichen Partner, der ein hohes Maß auch an Reformfähigkeit und an Reformsensibilität mitbringt. Wir haben wenig Verständnis dafür, daß wir, zugegebener Maßen als eine Minorität, in der Diskussion bei Ihnen so wenig Platz haben. Dankeschön.

Heinz Neubürger:

Ich laß das jetzt so im Raum stehen, weil es ein Statement war.

36

Volker Rieble:

Ja, Herr Göbels, vielleicht eine Antwort. Was man natürlich sagen muß ist, daß die Schutzbedürftigkeit der leitenden Angestellten nicht so arg groß ist. Man hat sie in der Betriebsverfassung ja auch erst 1988 entdeckt. Und vorher war das Mitbestimmungsdefizit nicht so schmerzhaft, daß viele leitende Angestellte die Rückstufung zum Arbeitnehmer begehrt haben, um betriebsrätlich vertreten zu sein. Ich glaube, die Repräsentanz der Leitenden im Aufsichtsrat dient nicht primär den Leitenden, sondern soll die Macht der Arbeitnehmervertreter begrenzen, indem jemand, der unternehmensnah denkt, da mit drin ist. Das ist sozusagen eine kleine optische Parität mit sozusagen suboptimaler Interessenvertretung. Das ist glaub ich vielleicht ein anderer Aspekt. Aber daß jemand sagen würde, daß gerade die leitenden Angestellten als die Führungskräfte eines Unternehmens ganz dringend auf die Repräsentation im Aufsichtsrat angewiesen sind, da glaub ich wird es nicht so arg viele Stimmen geben. Bitte zu Herrn Hromadka!

37

Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, ehemals Universität Passau:

- 38** Herr Neubürger, darf ich mal eine ganz konkrete Frage stellen? Was hätten Sie denn in den letzten zehn Jahren anders gemacht, wenn sie statt paritätischer Mitbestimmung, Drittelmitbestimmung gehabt hätten? Und wie würde Ihre Unternehmensstrategie heute aussehen, wenn das so wäre? Was wäre anders?

Heinz-Joachim Neubürger:

- 39** Das ist eine sehr hypothetische Frage. Mir geht es darum, was ich in der Zukunft machen muß, und könnte da die Mitbestimmung den Standort Deutschland schwächen. Und ich meine ausgeführt zu haben, ganz eindeutig wäre es aus meiner Einschätzung so, daß der Standort Deutschland im Falle von grenzüberschreitenden Transaktionen nicht die Attraktivität hat, um Konzernzentralen hier zu halten oder hierher zu locken. Das ist die Zukunftsorientierung meiner Aussage.

Wolfgang Hromadka:

- 40** Der zweite Teil der Frage war ja, wie würde Ihre Strategie jetzt aussehen, wenn wir Drittelparität hätten? Was würden Sie dann anders machen?

Heinz-Joachim Neubürger:

- 41** Ich habe das jetzt vielleicht akustisch nicht verstanden – Sie sagen, mit der Drittelparität, was wir dann anders machen würden?

Wolfgang Hromadka:

- 42** Noch mal, ich habe es für die Vergangenheit gefragt und ich habe es aber auch für die Zukunft gefragt. Was würden Sie anders machen in Ihrer Unternehmenspolitik, in Ihrer Unternehmensstrategie, wenn Sie jetzt nicht paritätische Mitbestimmung, sondern Drittelmitbestimmung hätten, was würde anders aussehen?

Heinz-Joachim Neubürger:

- 43** Da hätte ich persönlich ein paar Ideen, aber die werde ich ganz sicherlich nicht hier vortragen. Da bitte ich um Verständnis.

Volker Rieble:

- 44** Wir können ihn nicht locken, sozusagen einen großen Deal einzugehen: Er gibt die Geschäftsgeheimnisse und die Planung von Siemens für die nächsten zehn Jahre preis und dafür bekommt er die Drittelparität. Herr Franzen!

Professor Dr. Martin Franzen, Universität Konstanz:

Ich hab nur eine Informationsfrage. Und zwar haben Sie den Freundschaftsvertrag mit den USA angesprochen, Herr Neubürger, der wurde ja auch schon von Herrn Rieble angesprochen. Danach war es den amerikanischen Unternehmen schon seit 1954, glaube ich, möglich, auf Grund der Gründungstheorie hier als amerikanische Unternehmen nach herrschender Meinung mitbestimmungsfrei tätig zu sein. Jetzt meine Frage, haben Sie Kenntnis darüber, daß das in nennenswerter Form wahrgenommen worden ist von amerikanischen Unternehmen oder gibt es da keine Kenntnisse? **45**

Heinz-Joachim Neubürger:

Es gibt eine Reihe von Firmen, Dow Chemical zum Beispiel. Ich kann Ihnen gerne einmal eine Liste geben lassen, die gemäß dieser Rechtsnorm in Deutschland mit einer amerikanischen *Inc.* letztendlich agieren dürfen und so nicht dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen. **46**

Volker Rieble:

Jedenfalls können dort die Mißstände nicht so ganz groß sein, sonst wäre es ja in der Bildzeitung gewesen. So, Herr Rebhahn! **47**

Professor Dr. Robert Rebhahn, Institut für Arbeits- und Sozialrecht Wien:

Ich möchte eigentlich an Herrn *Hromadka* anknüpfen und vielleicht darf ich dazu etwas sagen, was auch im Sinne anderer ist. **48**

Herr Hromadka, es gibt in den Sozialwissenschaften das sogenannte „Thomas-theorem“. Auf Deutsch: wenn Menschen eine bestimmte Situation als real und wirklich definieren, dann ist diese Situation real in ihren Konsequenzen. Ganz gleichgültig wie man nun diese Situation, die Rechtslage etwa, objektiv beurteilen möchte. Also wenn entscheidende Leute, wer immer das nun ist oder sein mag, meinen, daß die hälftige Beteiligung in deutschen Aufsichtsräten ein Schmarrn ist, dann wirkt sich das aus. Auch wenn objektive sozialwissenschaftliche Studien vielleicht zu dem anderen Ergebnis kommen, die positiven Wirkungen im Bezug auf die soziale Integration seien stärker als die negativen. Die Welt ist nun einmal so.

Zweitens: Schon *Lenin*, um die Ketzereien fortzusetzen, hat gesagt, das entscheidende sind die Leute und die Auswahl der Leute. Und ich kann mir nun aus meiner bescheidenen Erfahrung aus einer mitbestimmten Gruppenuniversität in Österreich vorstellen, wie stark es einen Unterschied macht, wer in den Auswahlgremien sitzt und wer dort sozusagen die Hand heben muß.

Und ich habe am Vormittag schon gesagt, im dritten Wahlgang kann sich die Mehrheit mit Hilfe des Aufsichtsratsvorsitzenden durchsetzen. Aber im ersten Wahlgang brauchen sie eine Zweidrittelmehrheit, nach einem Monat eine

Neuabstimmung. Das muß noch immer dann die, sozusagen absolute Mehrheit sein und erst nach einer dritten Abstimmung kann sich dann die Kapitalseite durchsetzen.

Ich möchte nicht Vorstandsmitglied sein, das in diesem Verfahren bestellt wurde. Dann schreibt sicher die FAZ, wie heute ein Kollege gesagt hat, diese Person ist schon vorbelastet. Das heißt also, die reale Wirkung ist, daß deutsche Vorstandsmitglieder von mitbestimmten Aufsichtsräten wesentlich ausgewählt werden. Und das wirkt sich, würde ich einmal auf Grund meiner Erfahrung in mitbestimmten Universitätsgremien sagen, aus. Das heißt, sie haben diese Auswirkung und diese Personen, machen dann vielleicht andere Entscheidungen in der einen oder anderen Sache, auch wenn das nur sozusagen andeutungsweise in der Phase eins ist. Aber diese Phase eins ist dann die Ausgangssituation für die Phase zwei, wo sich die Pfadentscheidungen schon wieder ganz anders darstellen. Und so wirkt sich das dann im Laufe der Jahre immer weiter aus, so daß ich glaube auf Grund der Modellannahmen – kommen wir wieder auf die Institutionenökonomik zurück –, daß es gute Gründe gibt, anzunehmen, daß sozusagen es etwas ausmacht, wer in den entscheidungsbefugten Gremien noch drinnen sitzt.

Volker Rieble:

49 Sind dazu noch Fragen?

Heinz-Joachim Neubürger:

50 Nein, ich glaube, das spricht für sich selbst.

Volker Rieble:

51 Also wir lernen heute ganz viel aus Österreich. Wir haben jetzt auch das Thomasprinzip als österreichische Methode erkannt. Aber vielleicht dann, Herr Rebhahn, eine kleine Bemerkung noch. Wenn Sie vollkommen Recht hätten, dann wäre es ja auch in der Politik so, daß der Bundespräsidentenkandidat *Köhler* gar nicht hätte antreten dürfen, mit Blick darauf, daß er womöglich erst in einem zweiten oder dritten Wahlgang gewählt worden wäre. Er hat es aber trotzdem getan. Dann könnte man manchmal überlegen, ob es nicht dann Aufgabe der Vorstände ist, in einen mutigen Wahlgang zu gehen, bei dem sie eben vielleicht nicht gleich sofort gewählt werden. Es ist schon klar von den Auswirkungen her, aber das kann man eben auch dann fragen.

Noch Fragen an Herrn Neubürger? Das zweite Referat war auch kürzer, deshalb spricht überhaupt nichts dagegen, wenn wir jetzt in die Pause gehen. Wir würden dann um Viertel nach schon weitermachen. Vielen Dank!

§ 5 Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht

Rn.

A. Referat Hubertus Schmoldt	1
B. Diskussion	27

A. Referat Hubertus Schmoldt*

Sehr geehrte Damen und Herren,

- 1 ich möchte mich für die Einladung zu Ihrem Kongreß bedanken. Es ist Ihr erster Kongreß und mit diesem Neuanfang sind viele Chancen verbunden. Nun sind die Chancen, neues Wissen zu generieren und Nachdenklichkeit in unserem Land zu erzeugen, besonders groß, wenn eine Stiftung für eine ausgewogene Betrachtung der Wirklichkeit steht.

Als ich Ihre Dokumentation des Festaktes vom 4. September 2003 las, bin ich auf Beiträge gestoßen, die mich veranlaßt haben, dahinter ein Fragezeichen zu setzen. Herr *Voscherau* zum Beispiel hat die Rolle der 68er in der Arbeitsrechtspolitik kritisch kommentiert. Zum einen, weil das Streben, die Lage der Arbeitnehmer zu schützen, angeblich „schrakenlos ausgedehnt“ worden sein soll – ich teile diese Wahrnehmung keineswegs. Zum anderen, daß die bloße Tatsache, zu den 68ern zu gehören, schon kritikwürdig sein soll. Schließlich ist Herr *Voscherau* selbst ein 68er. Bisher scheint dies weder dem BAVC noch der BASF geschadet zu haben.

Unparteilichkeit würde ich mir übrigens auch vom geschäftsführenden Direktor des wissenschaftlichen Institutes wünschen, das heute diesen Kongreß ausrichtet. Sein Renommee wird in hohem Maß von der Objektivität abhängen, mit der es seine Arbeit angehen wird.

Meine Damen und Herren,

nach dieser kurzen Vorbemerkung möchte ich zu meinem Thema kommen.

- 2 Die Mitbestimmung in unserem Land ist umstritten. Ich will dazu beitragen, festgefügte Wahrnehmungen ein wenig aufzulösen und dem „Schwarz-Weiß“, das wir im Denken, Reden und Verhalten hierzulande häufig erleben, einige Grautöne hinzufügen. Deshalb halte ich auch die Auffassung meines Vorredners, Herrn *Neubürger*, daß die Gewerkschaften sich einer sachbezogenen Diskussion zur Zukunft der Mitbestimmung entziehen, für wenig hilfreich. Sachbezogene Diskussionen erfordern, ideologische Scheuklappen abzulegen und zu versuchen, die Probleme – seien es Scheinprobleme oder aber auch wirkliche Probleme – zu erkennen und dann Lösungen zu suchen, die dieses Land und seine Sozialordnung voranbringen.

Die konservativen Parteien und Teile der Unternehmer stellen mit ihren Angriffen auf die Mitbestimmung die Beteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern am inneren Gemeinwesen der Unternehmen infrage. Die vorgetragenen Kritikpunkte der Mitbestimmungsgegner sind vielfältig, deshalb will ich mich auf einige Aspekte konzentrieren.

- 3 Die Mitbestimmungsgegner kritisieren, daß sich die Mitbestimmung mit der wirtschaftlichen Rationalität und dem Interesse der Unternehmer, Gewinne zu

* Vorsitzender der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie, Hannover

erwirtschaften, nicht vereinbaren lasse. Ich bin sicher, daß dies nicht der Fall ist. Die gewerkschaftlichen Vertreter im Betriebsrat und im Aufsichtsrat denken und handeln durchaus im Sinne eines Co-Managements unternehmerisch, denn sie haben die Interessen der Mitarbeiter im Blick. Schließlich hängen von dem Wohlergehen des Unternehmens nicht nur die Zahl von sicheren Arbeitsplätzen und ein angemessenes Einkommen ab, sondern auch die Bedingungen, unter denen gearbeitet wird. Es wäre übrigens schön, wenn wir bei den Fragen, wie die Praxis des Co-Managements und der Sozialpartnerschaft verbessert werden können, auf die konstruktive Unterstützung des ZAAR rechnen könnten.

Wir haben in unserer Branche nicht nur große Unternehmen, sondern auch 4 mittelständische Industriebetriebe, und wir wissen, daß auch in diesen mittelständischen Betrieben einige Anstöße für Innovationen von den Betriebsräten und auch von den Aufsichtsräten gekommen sind. Beispiele dafür sind die Erschließung neuer Geschäftsfelder und unternehmensinterne Modernisierungen; am Ende immer, um am Markt wettbewerbsfähig zu bleiben und bestehen zu können. Und natürlich bringen die Gewerkschaften mit ihrem unternehmensübergreifendem Wissen und ihren Erfahrungen von Branchen- und Marktentwicklungen Gedanken in die Diskussion dieser Gremien ein, die mit Sicherheit den Unternehmen zugute kommen.

Es wird auch immer wieder kritisiert, daß die Mitbestimmung Innovationen hemme. 5 Diese Auffassung ist jedoch von empirischen Studien des Kölner Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung widerlegt worden. Die Mitbestimmung fördert Innovationen, denn Innovationen sind besonders erfolgreich, wenn die Arbeitnehmer daran partizipieren. Die Träger der Mitbestimmung übernehmen hierbei eine außerordentlich wichtige Kommunikationsaufgabe ins Unternehmen hinein. Die Vorschläge, die zum Beispiel CDU und CSU in ihrem Papier „Weichen stellen für Deutschland“ zur Beschneidung des Betriebsverfassungsgesetzes gemacht haben, sind deshalb alles andere als konstruktiv.

Wird die Arbeitsfähigkeit der Aufsichtsräte durch eine zu große Zahl an Mitgliedern 6 eingeschränkt, wie einige behaupten? Stellen Aufsichtsräte in einer Größenordnung von 20 Mitgliedern die Arbeitsfähigkeit dieser Gremien in Frage? Diese Kritik übersieht einen großen Vorteil der Mitbestimmung: Sachverhalte mit Expertenwissen aus verschiedenen Blickwinkeln zu beurteilen und damit die Qualität der Arbeit des Gremiums insgesamt zu erhöhen, bedarf einer bestimmten Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern. Über 80 % der Aufsichtsräte haben lediglich 12 – 16 Mitglieder. 40 % der Aufsichtsräte mit 20 Mitgliedern oder mehr haben diese Größe freiwillig gewählt – zumeist auf Vorschlag der Anteilseigner.

Sehr geehrte Damen und Herren,

mich persönlich ärgert es besonders, wenn *per se* die Qualifikation der 7 Arbeitnehmervertreter bestritten wird – dazu zählen selbstverständlich auch die leitenden Angestellten. Die Arbeitnehmervertreter, so heißt es, sollen schlechter ausgebildet sein. Sie sollen einen zu sehr unternehmensbezogenen Blick besitzen

oder angeblich aus den Verbandszentralen ferngelenkt sein. Das ist mit Sicherheit nicht die Realität der Mitbestimmungspraxis. Ich bin Vorsitzender einer Organisation, die viel mit internationalen Konzernen zu tun hat. Und ich kann Ihnen versichern, daß es in Hannover, dem Hauptsitz der IG BCE, keine Schaltstelle gibt, die die hauptamtlichen Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsräten in ihrem Denken und Verhalten vorbestimmt und steuert. Jeder muß in dem Aufsichtsrat, in dem er sitzt, für das, was im Unternehmen notwendig und unabänderlich ist, persönlich die Verantwortung tragen. Dies geht nur bei guter Kenntnis der jeweiligen Unternehmen und in Kenntnis der Diskussionen, die dort geführt werden. Was die betrieblichen Vertreter betrifft, so besteht ihr Vorteil nicht zuletzt darin, daß sie ein profundes Wissen über das Unternehmen, seine Geschichte und seine Probleme mitbringen. Dies ist bei bestimmten Entscheidungsprozessen sehr von Vorteil.

- 8** Einen Unterschied, der tatsächlich zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern gravierend ist, gibt es in der Frage der Möglichkeiten der Vorbereitung. Den Anteilseignern wird unterstellt, daß sie über exzellente Möglichkeiten verfügen, Sitzungen vorzubereiten, weil ihnen entsprechende Stäbe zur Verfügung stehen. Nach meinen Erfahrungen mit Aufsichtsräten wird diese Möglichkeit von den Anteilseignervertretern nicht immer genutzt. Die Arbeitnehmer besitzen diese Möglichkeiten der Vorbereitung nicht in demselben Maße. Aber wir arbeiten als Gewerkschaften mit unabhängigen Bildungsträgern daran, die notwendige Unterstützung und Weiterbildung zu organisieren.
- 9** Ein zweiter Unterschied zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern betrifft ihr Selbstverständnis. Die Eigentümervertreter sehen sich in ihrer Arbeit und Tätigkeit der Wertschöpfung für das Unternehmen besonders verpflichtet. Den Arbeitnehmervertretern wird bisweilen abgesprochen, daß sie sich auch dieser Wertschöpfung des Unternehmens verpflichtet fühlen und engagieren. Tatsächlich tun sie dies, allerdings mit einem Zusatz. Arbeitnehmervertretern geht es neben der Wertschöpfung am Ende auch darum, ein Unternehmen zu schaffen, in dem die Menschen auch eine Zukunft haben. Dies widerspricht keinesfalls der Prämisse, daß ein Unternehmen wettbewerbsfähig sein muß.
- 10** Zusammenfassend möchte ich festhalten: Die pauschale Kritik an der Mitbestimmung ist nicht stichhaltig.
- 11** ● Die Mitbestimmung hat große Vorteile für die Unternehmen.

 - Mitbestimmung hat einen betriebswirtschaftlichen Nutzen für das einzelne Unternehmen, denn die gewerkschaftlichen Vertreter im Betriebsrat und im Aufsichtsrat denken und handeln durchaus im Sinne eines Co-Managements unternehmerisch, und zwar im Bezug auf die Interessen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.
 - Die Mitbestimmung schafft ein hohes Maß an Arbeitsfrieden, denn auch die geringe Streikquote in Deutschland ist auf die Mitbestimmung zurückzuführen.

Meine Damen und Herren,

90 % der Manager bezeichnen nach einer empirischen Studie des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung in Köln die Unternehmensmitbestimmung als bewährtes Mittel. Und die Kommission „Mitbestimmung“, zusammengesetzt aus der Bertelsmann-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung sowie Experten, ist in ihrem Gutachten aus dem Jahr 1998 zu zwei Feststellungen gelangt, die nicht überholt sind, sondern noch immer Gültigkeit besitzen: **12**

„Die Strategie der Unternehmen, die der Mitbestimmung unterliegen, wird von ihren Vorständen und Anteilseignern bestimmt und nicht von den Arbeitnehmervertretern.“ Ich halte dies für eine Selbstverständlichkeit. Die deutschen Vorstandsmitglieder in den Unternehmen verhalten sich schließlich nicht opportunistisch gegenüber der Mitbestimmung, weil sie fürchten müssen, nicht bestellt zu werden.

„In der Mehrzahl der Unternehmen haben Vorstände und Kapitaleigner gelernt, die Institution der Aufsichtsratsmitbestimmung nach den Bedürfnissen des Unternehmens zu gestalten und pragmatisch zur Konsensbeschaffung zu nutzen. Die Arbeitnehmervertreter haben sich dem nicht widersetzt.“ Wenn ich diese ideologische Brille tragen würde, die uns Gewerkschaftern häufig unterstellt wird, müßte ich sagen, daß wir unser Ziel nicht erreichen würden. Tatsächlich hat die Mitbestimmungskommission deutlich gemacht, daß es keine Beeinflussung und Festlegung der zentralen, strategischen Ziele des Unternehmens durch die Arbeitnehmerbank gibt, sondern sie tragen die deutliche Handschrift der Vorstände und der Anteilseigner.

Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder ist kein Wert an sich. Aber ausreichend besetzte Aufsichtsräte erlauben es, Sachverhalte mit Expertenwissen aus verschiedenen Blickwinkeln zu beurteilen und die Qualität der Arbeit des Gremiums insgesamt zu erhöhen. Ich möchte nochmals betonen: Innovationen sind besonders dann erfolgreich, wenn die Beschäftigten an diesem Prozess beteiligt sind. Die Mitbestimmung trägt dazu bei, daß sich Unternehmen effizienter und effektiver entwickeln. **13**

Als Gewerkschafter möchte ich feststellen, daß die Mitbestimmung eine Wertentscheidung für die Würde des Menschen ist. Mitbestimmung ist Ausdruck und Eckpunkt unserer realen und realisierbaren Vorstellung einer Wirtschaft, in der der Mensch nicht abhängiger, sich unterordnender und weisungsgebundener Kostenfaktor, sondern Träger und Gestalter der wirtschaftlichen Ordnung ist. Dies ist ein hohes Ziel und ein hoher Anspruch. **14**

Die Vorteile der Mitbestimmung lassen sich nach meiner Überzeugung noch weiter ausbauen, und zwar mit einer guten Unternehmenskultur, über die in den letzten Jahren in deutschen Unternehmen so viel geredet worden ist. Innovationen, Forschung, die Entwicklung und Produktion von neuen Produkten setzen voraus, daß die Mitarbeiter ernst genommen und beteiligt werden. Unternehmen, die es verstehen, menschliche Talente zu fördern und zu entwickeln, werden schneller und damit vorne sein. **15**

Wertschätzung und Würdigung ihrer Persönlichkeit werden die treibenden Produktionsfaktoren sein, ergänzt durch intelligente und gesicherte Beteiligung am Unternehmenskapital. Eine gute Unternehmenskultur, das ist nach meiner Auffassung eine beteiligungsoffene Unternehmenskultur. Die Prinzipien Leistung, Beteiligung und Mitbestimmung müssen sich im Führungsstil, im Umgang mit Kunden und im sozialen Klima eines Unternehmens niederschlagen. Meine Erfahrung ist die, daß die Arbeitnehmer zunehmend qualifizierter und verantwortungsbewußter sind – deshalb sind die Voraussetzungen für eine beteiligungsoffene Unternehmenskultur besser denn je.

Sehr geehrte Damen und Herren,

- 16** *Corporate Governance* kann ein Beitrag und praktischer Ansatz zur Verbesserung der Praxis der Mitbestimmung sein. Die Regierungskommission, die *Baums*-Kommission, hat dazu viele Vorschläge gemacht. Ein Teil davon ist in bestimmte Gesetzgebungsverfahren eingeflossen, andere sind in den *Corporate Governance*-Kodex aufgenommen worden. Nun ist es mit Sicherheit nicht so, daß ich alle Vorschläge der Kommission gleichermaßen bejahe und unterstütze. Das hat etwas mit der Besetzung der Kommission zu tun. Ich hätte mir gewünscht, daß die Kommission, die aus 13 Mitgliedern bestanden hat, sich nicht aus zwölf Vertretern aus Wirtschaft, Banken, Versicherungen und Wissenschaft und nur einem Vertreter des DGB zusammengesetzt hätte, sondern daß auch mehr Vertreter der Gewerkschaften beteiligt worden wären – auch, um zur Kultur einer grundsätzlichen Diskussion über die Zukunft der Mitbestimmung in Deutschland beizutragen.
- 17** Die *Baums*-Kommission hat, dies ist der andere Aspekt, sich als Leitlinie ausschließlich auf die Wertschöpfung für die Aktionäre festgelegt. Ich bin der Auffassung, daß es noch mehr Gesichtspunkte gibt, als nur die Wertschöpfung. Dennoch enthält der Bericht der Kommission viele einzelne positive Elemente. Dazu gehört der Vorschlag, die strategische Planung des Unternehmens dem Aufsichtsrat darzulegen und im Aufsichtsrat zu beraten. Dies ist wichtig für die Aufsichtsratsarbeit und es macht Sinn, sich mit den Arbeitnehmervertretern darauf zu verständigen, wie strategische Planungen auch im Verständnis der Beschäftigten verankert werden können. Ich will dies nicht so verstanden wissen, daß der Aufsichtsrat den Vorstand binden soll, sondern daß die Beschäftigten für die Veränderungsprozesse auch im Rahmen der Globalisierung mitgenommen werden sollen. Positiv ist ebenfalls, daß nun ein zustimmungspflichtiger Katalog von Geschäften zur Grundlage der Aufsichtsratsarbeit gemacht wird. Denn es ist nicht akzeptabel, daß einige Aufsichtsräte, die nur zweimal im Jahr tagen und damit den Mindestvoraussetzungen entsprechen, sich nicht einmal den Wirtschaftsprüferbericht aushändigen lassen und ihn nicht angemessen interpretieren. So können Aufsichtsräte ihrer Aufgabe und Verantwortung nicht nachkommen.
- 18** Zur Weiterentwicklung der Mitbestimmung zählt mit Sicherheit auch die durch die Kommission ausgelöste Debatte um die Zahl der Aufsichtsratsmandate für einen Mandatsträger. Der DGB hat hier eine Begrenzung auf drei Mandate, höchstens auf fünf Mandate außerhalb eines Konzerns als absolute Obergrenze festgelegt. Es wird

diskutiert – und EU-Kommissar *Bolkestein* hat diese Frage vor kurzem auch auf das EU-Niveau gehoben –, ob ehemalige Vorstandsvorsitzende und Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat wechseln sollen und ob ehemalige Vorstandsvorsitzende nahtlos in die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden übergehen. Ich halte den Vorschlag von Herrn *Bolkestein*, der eine fünfjährige Sperrfrist einführen will und dann die Amtszeit auf zwölf Jahre vorschreibt, für nicht praktikabel. Dies sollte auch kein Sachverhalt sein, den man grundsätzlich regelt, sondern er muß im Einzelfall geprüft werden. Am Ende hängt die Entscheidung wesentlich von der Persönlichkeitsstruktur und dem Selbstverständnis der handelnden Personen ab. Wenn ein ehemaliger Vorstandsvorsitzender seine neue Rolle als Aufsichtsratsvorsitzender annimmt, kann dies in der Praxis gut gehen und dem Unternehmen gut tun. Warum sollte ein Aufsichtsrat grundsätzlich auf eine Person mit so profunden Kenntnissen verzichten?! Ich möchte deshalb keinem Automatismus das Wort reden, weder in die eine noch in die andere Richtung.

Bei aller Kritik, die ich hier und da in die Richtung der Kapitaleseite ausgesprochen **19** habe, möchte ich feststellen, daß auch wir als Gewerkschaften und Arbeitnehmer selbstverständlich nicht frei von Fehlern sind. Vielleicht kann zur Klärung und Problemlösung beitragen, daß künftig mehr Arbeit der Aufsichtsräte in Ausschüsse verlagert wird. Dort ist eine fundierte Bearbeitung der einzelnen Themen besser möglich. Allerdings, und das ist und bleibt unsere Forderung, der Aufsichtsrat muß als Ganzes diese Ergebnisse diskutieren und auch die entsprechenden Beschlüsse fassen. Mit Sicherheit würde eine solche Praxis das Verständnis der Aufsichtsratsarbeit verbessern und mit Sicherheit auch die Effizienz. Allerdings, auch das bleibt eine unabdingbare Forderung, die Ausschußbesetzung muß auch künftig paritätisch bleiben.

Die Weiterentwicklung des Wahlverfahrens – gerade im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes – könnte helfen, Kosten zu sparen. Der Vorschlag der Gewerkschaften, das Wahlverfahren zu vereinfachen, ist bisher von den Arbeitgebervertretern oder wesentlichen Teilen, ich will das nicht pauschalisieren, abgelehnt worden. Ich hoffe, daß wir in der Lage sind, auch über diesen Punkt zu reden und zu einer vernünftigen Lösung zu kommen.

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Mitbestimmung weiterzuentwickeln heißt auch, sie zu europäisieren und zu **20** internationalisieren. Im Allgemeinen, dies will ich zugeben, nähern sich die Gewerkschaften ausgesprochen zögerlich. Ich halte dies aber für falsch. Unzutreffend ist auch die Behauptung, daß die deutsche Mitbestimmungspraxis ein rein deutsches Modell ohne vergleichbare Regularien in anderen Ländern ist. In Europa sind Arbeitnehmervertreter in durchaus verschiedenen Unternehmens- und Leitungsorganen, auch mit Stimmrecht, vertreten.

Ich will an dieser Stelle das Stichwort Aventis bzw. Sanofi aufgreifen. Bei Aventis ist **21** es uns gelungen, zwei stimmberechtigte Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat zu etablieren und wir sind dabei, auch bei Sanofi eine gleiche Praxis zu implementieren.

Dies geht deutlich über das bisherige französische Recht und Selbstverständnis hinaus – dort gibt es die Beteiligung der Arbeitnehmer als nicht stimmberechtigte Vertreter. In österreichischen und niederländischen Unternehmen besitzen wir bestimmte Regularien, in Schweden, Finnland und Luxemburg bestimmte Formen der Mitbestimmung. Diese Tatsachen gehören zu einer sachkundigen und differenzierten Diskussion über die Zukunft der Mitbestimmung, und es wäre unzutreffend so zu tun, als gäbe es sie nur in Deutschland. Europaweite Regelungen anzustreben bedeutet deshalb nicht, daß man die Mitbestimmung in Deutschland abschaffen müßte.

- 22** Ich will über einen zweiten Kritikpunkt sprechen, der auch etwas mit der angeblichen Einzigartigkeit des deutschen Modells der Unternehmensmitbestimmung zu tun hat. Inhalt der Kritik ist, daß aufgrund der Mitbestimmung Investitionsentscheidungen ausländischer Konzerne eher an Deutschland vorbeigelenkt werden als sie nach Deutschland zu bringen. Diese Kritik ist nicht stichhaltig. Ich möchte hier auf eine Untersuchung von McKinsey aus dem Jahre 2000 verweisen, in der die Frage untersucht wurde, ob es einen Börsenabschlag für mitbestimmte Unternehmen geben würde. Diese Untersuchung kam zu dem Ergebnis, daß im Vergleich mit anderen internationalen Unternehmen die Deutschen mit einem Discount von 20 % belegt wurden. McKinsey hat die gleiche Frage im Jahre 2002 erneut gestellt und herausgefunden, daß dieser sogenannte Kapitalmarkt-Effekt, den es im Jahre 2000 gegeben hat, sich in 2002 nicht wiederfindet. Im Gegenteil, die deutschen Unternehmen unterscheiden sich nicht wesentlich von den amerikanischen Unternehmen in der Bewertung der entscheidenden Parameter für Investitionsentscheidungen: Der Qualität des Rechnungslegungsstandards, des Schutzes von Minderheitsaktionären und der Aktivität der Fusions- und Übernahmehmärkte. Darüber hinaus gibt es in jüngster Zeit eine Reihe von Beispielen amerikanischer Unternehmen, die sich für Investitionen in Deutschland entschieden haben. Und zwar in einem Deutschland, in dem nach wie vor die Mitbestimmung gilt!
- 23** Mitbestimmung ist längst zu einem europäischen Thema geworden und die Einführung der europäischen Betriebsräte (EBR) als ein Teil dieser Mitbestimmung hat sich meines Erachtens uneingeschränkt bewährt. Natürlich sind Verbesserungen bei Informations- und Konsultationsrechten und die Senkung der Schwellenwerte für die Einrichtung eines EBR sowie ein Anspruch auf Schulungen wünschenswert. Der EBR, als spezifisch europäische Einrichtung, benötigt aussagekräftige Informationen, um seiner Aufgabe als Informationsmittler und als kommunikatives Element zwischen der zentralen Unternehmensleitung und den nationalen Arbeitnehmervertretungen nachzukommen.
- 24** Ich freue mich, in diesem Zusammenhang Herrn Goos zitieren zu können. Herr Goos hat in seinem Aufsatz aus der Festschrift „50 Jahre Bundesarbeitsgericht“ gesagt, daß der EBR durch seine Informations- und Konsultationsrechte eine Ausübung nationaler Mitbestimmungsrechte ermöglicht, weil er das Subsidiaritätsprinzip als ein wesentliches Element der Weiterentwicklung in dieser Frage für Europa als wirklich existenziell betrachtet. Ich glaube, er hat Recht. Wichtig ist erstens das Subsidiaritätsprinzip und zweitens eine Verhandlungslösung für die Formen in den einzelnen Unternehmen.

Auf Seite des Unternehmens, also nicht nur der des europäischen Betriebsrates, **25** sondern auch der des Aufsichtsrats, muß es möglich sein, grenzübergreifenden Unternehmen zu ermöglichen, die Arbeitnehmerbank international zu besetzen. Diesen Vorschlag habe ich vor eineinhalb Jahren unterbreitet. Unternehmen, die in anderen Ländern Beschäftigte haben, also internationalisiert sind, sollen sich im Verhältnis der Mitarbeiterzahlen auch im Aufsichtsrat auf der Arbeitnehmerbank wiederfinden. Wir haben dies in einem Unternehmen, glaube ich sagen zu können, beispielhaft gelöst, und zwar bei Bayer CropScience. Wir haben, weil es dafür keine gesetzliche Möglichkeit für den betrieblichen Vertreter gibt, den Franzosen ein externes Mandat zur Verfügung gestellt, das sie auch besetzt haben. Dies könnte ein Schritt und ein deutlicher Fingerzeig an den Gesetzgeber sein, hier tätig zu werden.

Meine Damen und Herren,

wir Gewerkschaften – und insbesondere die IG BCE – wollen den Standort Deutsch- **26** land stärken und diesem eine Zukunft geben. Daß der Standort Deutschland nicht schlecht ist, zeigt auch der Teil der international operierenden Unternehmen, die im Bereich der IG BCE ihre guten Wirkungen entfalten können. Die Betriebsräte und die IG BCE begleiten den Prozeß der Internationalisierung und der Standortsicherung positiv. Wir wollen die Zukunftsfähigkeit der Mitbestimmung erhalten und stärken. Mitbestimmung heißt bei uns nach wie vor auch Mitverantworten und in diesem Sinne wollen wir ein Element, das sich bewährt hat, verbessern.

Ich bedanke mich für ihre Aufmerksamkeit.

B. Diskussion**Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (Moderation):**

- 27** Ich glaube, es gibt zwei Übereinstimmungen. Das eine ist die Aufgeschlossenheit für sozialpartnerschaftliche Vereinbarungslösungen, wobei man wahrscheinlich darüber streiten muß, wer der Sozialpartner auf der Arbeitnehmerseite ist. Das andere ist die Internationalisierung der Mitbestimmung.

Speziell zur zweiten habe ich eine Frage: Sehen Sie dabei eher die Zukunft in einem Modell des europäischen Betriebsrats, vielleicht auch irgendwann in einem Weltbetriebsrat nach diesem Modell? Oder glauben Sie, daß man wirklich damit hinkommt, daß man von den deutschen Arbeitnehmern „fremdländische“ Arbeitnehmervertreter mit in den Aufsichtsrat wählen lassen kann – nach deutschem Recht, wenn das Mitbestimmungsgesetz geändert würde.

Hubertus Schmoldt, Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie:

- 28** Den Weg gehen kann zunächst nur damit beginnen, daß man die Arbeitnehmerbank dadurch verändert und den ausländischen Beschäftigten ein aktives und passives Wahlrecht einräumt. Ich wäre sogar bereit, das im Verhältnis der Beschäftigtenzahlen zu tun, und dann wird sich irgendwann die Frage stellen, wie grundsätzlich dieses Organ Aufsichtsrat bei weiterer Globalisierung dann noch seine Aufgaben erfüllen kann. Aber das sehe ich erst in etwas weiterer Ferne.

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Universität Freiburg:

- 29** Ich möchte meine Frage einfach anschließen. Wenn wir an dieses aktive und passive Wahlrecht denken, dann gibt es wieder zwei Modelle. Man kann es machen wie das aktive Wahlrecht der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung. Sie wählen, aber sie zählen nicht. Wenn man sie mitzählt, führt das sehr rasch zu einer Erweiterung der mitbestimmten Unternehmen nach dem Mitbestimmungsgesetz, weil dann die Schwellen überschritten werden. Wie ist da die Vorstellung?

Hubertus Schmoldt:

- 30** Dazu gibt es keine dezidierte Vorstellung. Mir geht es nicht darum, über die Einbeziehung von ausländischen Beschäftigten die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zu vergrößern, weil sie für mich keinen Wert an sich hat. Aber ich würde augenblicklich davon ausgehen, daß die Zahl der deutschen Beschäftigten die Größe des Aufsichtsrates bestimmt. Und man müßte den ausländischen Beschäftigten dann ein entsprechendes aktives und passives Wahlrecht einräumen. Das wird, und ich sage das in aller Offenheit, zu schwierigen Diskussionen bei uns führen, weil dann Mandate verloren gehen. Es ist gegenwärtig schon schwierig, die begrenzte Zahl von

Mandaten vernünftig zu verteilen. Dieses Problem wird sich vergrößern, weil auch die leitenden Angestellten sich fragen müssen, wie sie ihren Sitz aufteilen.

Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, ehemals Universität Passau:

Herr Schmoldt, Sie haben ja einen guten Kontakt zu Ihren Kollegen in anderen 31
Chemiegewerkschaften in Europa. Wie stehen denn die anderen Gewerkschaften zu der Mitbestimmung im Aufsichtsrat?

Hubertus Schmoldt:

Aufgeschlossener als noch vor fünf Jahren!

32

Es gibt im Unterschied zu früher inzwischen bei den meisten europäischen Gewerkschaften eine positive Grundeinstellung zu unserem Grundmuster von Mitbestimmung und Mitverantwortung. Das sagt nicht, daß sie damit das deutsche Modell so übernehmen wollen. Aber früher hatten wir die Diskussion, daß fast alle anderen europäischen Gewerkschaften – auch die Chemiegewerkschaften – überhaupt Mitverantwortung und Sozialpartnerschaft abgelehnt haben. Dies ist Gott sei Dank nicht mehr der Fall.

Die größte Skepsis findet sich bei den französischen CGT-Gewerkschaften, aber hier 33
gibt es durchaus Differenzierungen. Und wir sind im Moment dabei, als erste Branche in der Europäischen Union – der großen Branchen, es gibt kleinere Branchen – einen institutionalisierten europäischen Sozialdialog, den *Jacques Delors* vorgeschlagen hat, auf den Weg zu bringen. Metall und andere haben dies nicht. Wir wären die erste große Branche, die einen solchen Dialog auf den Weg bringt. Dies wäre ein weiterer Schritt, bei anderen Gewerkschaften in anderen Ländern unser Grundverständnis von Sozialpartnerschaft zu etablieren. Es ist auch für uns eine Chance, auf die Kommission einzuwirken, daß sie den Sozialdialog nicht nur auf soziale Themen begrenzt, sondern den Sozialdialog auch als einen wichtigen Beitrag versteht, beispielsweise die Lissabon-Strategie erfolgreich umzusetzen. Dann darf man sich aber nicht nur auf die sozialen Themen beschränken, sondern man muß auch die Fragen von Wettbewerbsfähigkeit und all den anderen Themen mit im Auge haben. Und da sind zwei aufgefordert: Das ist Herr *Frey*, der Präsident der Arbeitgeberseite, und ich vertrete die europäischen Gewerkschaften. Und da wir ja im Grundmuster einvernehmlich sind, hoffe ich, daß wir erfolgreich sein werden.

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

Herr Schmoldt, Sie haben gesagt, die Mitbestimmung sei ein bewährtes Element, 34
das man verbessern muß, und Sie haben die einzelnen Thesen, die auch abgedruckt sind, vorgetragen. Eine These oder einen Punkt der These fünf haben Sie nicht vorgetragen. Das ist der Punkt, daß professionelle Aufsichtsratsarbeit es neben genügend Zeit auch erfordert, angemessen dafür vergütet zu werden. Dieser Punkt ist in Ihrem Vortrag nicht gekommen. Es ist ja bekannt und auch Tradition

zumindest auf der Gewerkschaftsseite, daß die Aufsichtsratsvergütungen abgeführt werden an die Gewerkschaft selbst oder ihr nahestehende Institute, Böckler usw.

Mit welcher Begründung halten Sie es für gerechtfertigt, diese Traditionen fortzusetzen und die Unternehmen zwangsweise zu verpflichten, ihren Gegner – das ist im überwiegenden Teil der Gewerkschaften nach wie vor der Fall, insbesondere bei ver.di und Metall – zwangszufinanzieren und das dann auch noch in, wie sie schreiben, höherem Maße.

Hubertus Schmoldt:

- 35** Ich glaube nicht, daß man hier von einer Gegnerschaft reden kann. Die Hans-Böckler-Stiftung hat zwei wesentliche Aufgaben. Sie hat nicht die Aufgabe, ideologisch zu schulen und den Konflikt zwischen Kapital und Arbeit fortzusetzen und bis in das Jahr 3000 zu stabilisieren, sondern sie hat als erstes die Aufgabe, Kindern im wesentlichen aus Haushalten, die mit eigenen Mitteln das Studium nicht finanzieren können, bei der Finanzierung des Studiums behilflich zu sein. Die dort Geförderten sind aus allen Schichten der Bevölkerung. Da gibt es keine Festlegung auf irgendeine bestimmte soziale Gruppe.
- 36** Die zweite Aufgabe der Hans-Böckler-Stiftung ist, Promotionen und Habilitationen zu unterstützen. Natürlich gibt es da Themen – das ist ja gar nicht zu bestreiten, das machen die anderen Stiftungen auch nicht anders –, die irgendwo im Interesse der Stiftung liegen, die dann natürlich entsprechend gefördert werden. Und insoweit glaube ich, ist das, was die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat tun, nämlich ihre Aufsichtsratsvergütungen bis auf diesen Satz von 5.000 € oder 7.000 € abzuführen, ein guter und positiver Beitrag, um hier etwas für die Qualifizierung, Weiterbildung von jungen Leuten zu tun.

Roland Wolf, BDA:

- 37** Herr Schmoldt, vielleicht vorab: Ihr Vortrag hat sich wohltuend von dem Vortrag – Sie haben es eben angesprochen – auf unserem Symposium („Arbeitskampfrecht im Wandel?“ am 28.11.2003 in Frankfurt/Main) Ihres Kollegen dort von den Gewerkschaften abgehoben.

Ich fasse es jetzt einmal verkürzt zusammen – in der Verkürzung liegt immer eine kleine Fehldarstellung, aber ich glaube, man kann es so sagen: Da hieß es erst vom Vorredner, man könne jetzt vielleicht freier, mit weniger Ideologie über die Mitbestimmung sprechen. Den Eindruck hatte ich eben gerade auch. Und dann kam ein Vertreter des DGB, der dann die Sache so verkürzte, daß er sagte, die Entwicklung der Mitbestimmung sei wie folgt für ihn darzustellen, deswegen dürfe man daran auch keine Abstriche machen: „Erst kam die Sklaverei, dann der Feudalismus, der Kapitalismus, mit dem Kapitalismus kam das Elend, dann kamen die Gewerkschaften, die Demokratie und die Mitbestimmung“.

Das vielleicht noch mal zur Frage: Wie können wir eigentlich an dieses Thema herangehen? Und konkret – Sie haben die Europäisierung eben genannt: Wäre es nicht eine Chance, Verhandlungslösungen zu erleichtern? Verhandlungslösungen, wie sie jetzt in der SE vorgesehen sind. Ich glaube, das läßt sich jederzeit unproblematisch bejahen. Nur wenn man solche Verhandlungslösungen machen will – und auch Herr *Clement* hat das ja beim 50. Jahrestag des BAG schon angedeutet, daß er darin vielleicht die Zukunft sieht –, dann kann man natürlich nicht von der Maximallösung ausgehen. Man kann nicht von einer Maximallösung ausgehen, indem man sagt, im dualistischen System – also Teilung Aufsichtsrat/Vorstand – fangen wir mit 50 Prozent, also mit Parität an und das Maximum wäre dann die Montanmitbestimmung und in dem *gap* können wir noch verhandeln. Dann muß man, meine ich, darunter gehen. Und für das monistische System paßt es gerade gar nicht, die Mitbestimmung im Verwaltungsrat, wie das ganze bei uns dann heißen soll, also wenn wir nur noch ein Leitungsgremium haben. Wenn wir also eine Verhandlungslösung wollen, müssen wir die dann nicht tiefer ansiedeln? Und wenn die Anteilseigner in ihrer Mehrheit es wünschen, können wir selbstverständlich auf die Parität hochgehen. Ich glaube, dagegen würde erstmal bis zur Verfassungsgrenze von Artikel 14 nichts sprechen. Nur kann man, meine ich, Verhandlungen nicht beginnen auf der Ebene von 50 Prozent. **38**

Hubertus Schmoldt:

Ich werde versuchen, Ihre Frage zu beantworten. Erstens bin ich nicht verantwortlich für das, was ein DGB-Vertreter sagt. Ich habe ja zu Beginn hier gesagt, daß ich meine Meinung vortrage, die Meinung meiner Organisation. Es gibt andere Meinungen, das ist nicht zu bestreiten. Auch zwischen den Arbeitgebern nebenbei. **39**

Das zweite ist: Ich plädiere sehr dafür, daß wir die jetzige Chance nutzen – also zunehmender Europäisierung auch von bestimmten Gremien – und fragen, wie das eine oder andere Land seine bisherigen nationalen Regelungen in diesem europäischen Kontext sieht und wie es verändert und angepaßt wird. Wir sollten diese Gelegenheit als Gewerkschaften nutzen, um die Mitbestimmungsfrage grundsätzlich zu diskutieren. Deshalb war mein Plädoyer zu Beginn, daß ich – und ich denke auch die Gewerkschaften – grundsätzlich zu einer solchen Diskussion bereit bin und auch bereit sein muß. Sich zu verstecken, einzuigeln wird niemandem helfen. Dann wird die Entwicklung darüber hinweggehen. Aber man darf eben solche Diskussionen nicht damit beginnen, daß man von vornherein bestimmte Ergebnisse von dem anderen abverlangt. Sie haben mich gefragt, ob ich mir nicht A, B oder C vorstellen könnte. Ich halte das für ein Ergebnis eines solchen Prozesses und nicht für den Beginn.

Volker Rieble:

Weitere Fragen? Vielen Dank!

40

Vielleicht halten Sie es noch zwei Sekunden aus, ich mache jetzt keine großen Ergebnisse. Ich glaube man kann zwei Dinge sagen:

Erstens, der Grundgedanke der Mitbestimmung in der Weise, daß der Arbeitgeber bei seinen auch wirtschaftlichen Entscheidungen eine gewisse Rücksicht auf die Interessen der Belegschaft nehmen muß, ist in Deutschland weithin unbestritten. Es gibt, glaube ich, niemanden, der meint, man müßte die Mitbestimmung insgesamt dergestalt abschaffen, daß „wer zahlt, auch anschafft“, daß der Arbeitgeber also vollkommen mitbestimmungsfrei agieren darf.

Die andere und entscheidende Frage ist in der Tat: Auf welchen Wegen kommen wir zu einer vernünftigen Mitbestimmung? Wo sind die Grenzen der Mitbestimmung, die aus dem Wettbewerb resultieren, die aber auch aus der Unternehmerfreiheit und aus der Gegnerfreiheit resultieren? Diesen Fragen müssen wir weiter nachgehen.

Ich darf mich ganz besonders bei den vier Gastreferenten bedanken! Bei Herrn Rebhahn, bei Herrn Thüsing, bei Herrn Neubürger und bei Herrn Schmoldt, die, glaube ich, für die Veranstaltung doch relativ viel Neues gebracht haben. So intensiv habe ich jedenfalls über die Mitbestimmung in letzter Zeit nicht diskutiert.

Ich darf mich aber auch ganz herzlich beim Publikum bedanken, das durch wirklich sehr gute Fragen uns geholfen hat, auch ein gutes Niveau zu halten. Wir werden aus dem Mitschnitt dann eine Veröffentlichung machen, über die wir Sie rechtzeitig informieren werden.

Bevor wir alle gehen, zum Fußball oder sonst wohin, will ich noch eine kleine Anekdote anfügen. Vorhin wurde gesagt, daß das Heil vielleicht in den niederländischen Lösungen liegt. Dazu ist folgendes zu erzählen: Als *Karl Theodor von der Pfalz* von Mannheim nach München kam – mußte er ja: Erbfolge! – da hat er hier *Schillers* Räuber aufführen lassen, die er in Mannheim ebenfalls aufführen hat lassen. Die bayerische Zensur war gegen ihn so gnadenlos und hat dieses Stück zerrupft, daß nichts mehr davon übrig blieb, so daß *Karl Theodor von der Pfalz* allen Ernstes Geheimverhandlungen aufgenommen hat, um Bayern gegen die Niederlande zu tauschen. Das ist weithin nicht bekannt, dann hätten wir vielleicht heute auch ein anderes Mitbestimmungsmodell. Mit dieser Hoffnung entlasse ich Sie in die Freizeit.

Auf Wiedersehen! Vielen Dank!

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort	CSU	Christlich Soziale Union in Bayern
Abs.	Absatz	DB	Der Betrieb
AcP	Archiv für civilistische Praxis	DDR	Deutsche Demokratische Republik
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktien- gesellschaft	ders.	derselbe
AktG	Aktengesetz	DGB	Deutscher Gewerkschafts- bund
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	d.h.	das heißt
ArbVG	Arbeits- verfassungsgesetz	dies.	dieselben
Art.	Artikel	DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
Aufl.	Auflage	EBRG	Europäisches Betriebsrätegesetz
AuR	Arbeit und Recht	ecgi	European Corporate Governance Institute
BAG	Bundesarbeitsgericht	ECO/WKP	Economics Departement Working Papers
BAVC	Bundesarbeit- geberverband Chemie	ed.	editor
BB	Der Betriebs-Berater	eds.	editors
BetrVG	Betriebsver- fassungsgesetz	EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt	EG	Europäische Gemeinschaft
BIP	Bruttoinlandsprodukt	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
BRG	Betriebsrätegesetz	Einl.	Einleitung
BT	Bundestag	EIRO	european industrial relations observatory
BVerfG	Bundesverfassungs- gesetz	etal.	et alii
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts	EU	Europäische Union
bzw.	beziehungsweise	EuGH	Europäischer Gerichtshof
CCRS	Constitutional Court of the Republic of Slovenia	EuGVO	Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law	EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
COM	Commission	f.	folgende Seite
		FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
		FDP	Freiheitlich Demokratische Partei Deutschlands

ff.	folgende Seiten	lit.	littera
FN.	Fortführungs- nachweis	LMU.	Ludwig-Maximilians- Universität
Fn.	Fußnote	mE.	meines Erachtens
FOWI.	Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht	MitbestG.	Mitbestimmungsgesetz
FS.	Festschrift	MPI.	Max-Planck-Institut
gem.	gemäß	MPIfG.	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
GG.	Grundgesetz	MünchArbR.	Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht
GK-BetrVG.	Gemeinschafts- kommentar zum Betriebsverfassungs- gesetz	MünchKom.	Münchner Kommentar
GmbH.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	mwN.	mit weiteren Nachweisen
GmbHR.	GmbH-Rundschau	NIÖ.	Neue Institutionen- ökonomik
Hg.	Herausgeber	NJW.	Neue Juristische Wochenschrift
HGB.	Handelsgesetzbuch	No.	Numero
h.L.	herrschende Lehre	NZA.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
h.M.	herrschende Meinung	NZG.	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
IG BCE.	Industriegewerk- schaft Bergbau, Chemie, Energie	öGesRZ.	Der Gesellschafter (Österreich)
Inc.	incorporated	OECD.	Organization for Economic Cooperation and Development
IntGesR.	Internationales Gesellschaftsrecht	OLG.	Oberlandesgericht
IPR.	Internationales Privatrecht	OUP.	Oxford University Press
IPrax.	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts	RabelsZ.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Rabel
i.V.m.	in Verbindung mit	RdA.	Recht der Arbeit
IWF.	Internationaler Währungsfonds	RiW.	Recht der internationalen Wirtschaft
JZ.	Juristenzeitung	RL.	Richtlinie(n)
Kap.	Kapitel	Rn.	Randnummer
KG.	Kommandit- gesellschaft	Rs.	Rechtssache
KOM.	Kommission	RWZ.	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
KritV.	Kritische Vierteljahresschrift	Rz.	Randzahl
Lda.	limitada	S.	Seite
Lfg.	Lieferung	S.A.	Société Anonyme
		SE.	Société européenne, Societas Europaea
		SEBG.	SE-Beteiligungsgesetz

SEC	Securities and Exchange Commissions	WM	Wertpapier-Mitteilungen
SER	Social Economische Raad	WRV.....	Weimarer Reichsverfassung
SFS.....	Svensk författningssamling	WU	Wirtschaftsuniversität
Slg.	Sammlung	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
TULR(C)A.....	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act	z.B.....	zum Beispiel
TVG	Tarifvertragsgesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
u.a.	unter anderen / unter anderem	ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
UK.....	United Kingdom	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
UmwG	Umwandlungsgesetz	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Urt.....	Urteil	ZTR.....	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
USA	United States of America		
u.U.	unter Umständen		
vgl.....	vergleiche		

Sachregister

Agenda 2010 § 4 6

Allgemeine Arbeitsbedingungen **§ 1 35**

Arbeiterkammer-Entscheidung des BVerfG **§ 1 24**

Arbeitnehmer

- Kapitalbeteiligung **§ 1 56**

- Wahlberechtigung **§ 3 28**

Arbeitnehmerbank

- funktionale Zuständigkeit im Aufsichtsrat **§ 1 58**

Arbeitnehmerentsendung **§ 3 17**

Arbeitnehmerfreizügigkeit **§ 3 42**

Arbeitnehmerschutz **§ 3 19**

- Mindestniveau **§ 3 26**

Arbeitnehmervertreter

- Qualifikation **§ 4 12, § 5 7**

- Verschwiegenheitspflicht **§ 4 14**

Arbeitskampf **§ 1 76, § 1 84, § 1 85, § 2 106**

Aufsichtsrat **§ 1 19**

- Ausschuß **§ 5 19**

- Diskussionskultur **§ 4 15**

- Entscheidungsbefugnisse **§ 1 45**

- Ethikrat **§ 1 27**

- externer Sachverständiger **§ 1 60**

- Gewerkschaftsrepräsentation **§ 1 59**

- Größe **§ 4 13, § 5 6, § 5 13, § 5 30**

- Neutralität der Arbeitnehmerbank **§ 1 46**

- Professionalisierung **§ 1 68**

- Vorstandsbestellung **§ 1 55**

- Vorstandsvergütung **§ 1 55**

- Wahlverfahren **§ 5 19**

Aufsichtsratsmandate

- Anzahl **§ 5 18**

Aufsichtsratsmitglied

- Interessenkollision **§ 1 47**

Aufsichtsratsvergütung **§ 5 34, § 5 36**

- Zwangsabführung **§ 1 68**

Ausgleichsfunktion **§ 1 11, § 1 30, § 1 36 ff., § 1 87,**

Ausland

- Territorialitätsprinzip **§ 2 30**

Auslandsgesellschaft **§ 1 77**

Ausländische Arbeitnehmer **§ 5 28**

Baltikum

- Mitbestimmung **§ 2 49**

Baums-Kommission **§ 5 17**

Belgien

- Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**

Berliner Netzwerk **§ 4 3 § 4 20**

berufsständische Ordnung **§ 1 24**

Betriebliche Mitbestimmung **§ 1 6, § 1 39, § 1 41, § 2 40, § 2 92**

Betriebsnormen **§ 1 85**

Betriebsrat **§ 1 6, § 1 19, § 1 25, § 1 42, § 1 65, § 3 21**

Betriebsrätegesetz **§ 1 41**

Betriebsstrukturtarifvertrag **§ 1 6 § 1 85 § 1 74**

Betriebsverfassung **§ 1 9, § 1 71, § 2 1**

- Ordnungsfunktion **§ 1 9**

Betriebsverfassungsgesetz 1952 **§ 1 41, § 2 9**

Biedenkopf-Kommission **§ 1 79**

Bosmann-Entscheidung **§ 3 40**

Bruttoinlandsprodukt **§ 2 66**

Centros-Entscheidung

§ 2 29, § 3 1, § 3 12, § 3 34

China **§ 2 5, § 4 29**

Co-Management **§ 5 3**

conflittualita **§ 2 103**

Corporate Governance

§ 1 52, § 2 53, § 2 54, § 2 59, § 4 1, § 4 2, § 4 9, § 5 16

Cromme-Kommission

§ 4 9, § 4 29

Daily Mail-Entscheidung

§ 3 34, § 3 44

Davignon-Bericht **§ 2 45**

- Davignon-Gruppe **§ 3 26**
 Delegiertenwahl **§ 1 63**
 Demokratie **§ 1 1, § 1 7, § 1 13, § 1 16, § 1 17, § 1 86, § 4 5**
 Demokratieprinzip **§ 1 18, § 1 21, § 1 23, § 1 70, § 1 80, § 1 81**
 Demokratisierung **§ 1 43**
 Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag **§ 3 33, § 4 24, § 4 45**
 Deutscher Corporate Governance-Kodex **§ 4 8, § 4 12, § 4 14, § 4 27, § 5 16**
 Direktionsrecht **§ 1 35**
 Diskriminierungsverbot **§ 3 40, § 3 50**
 Drittelbeteiligung
 - für alle Unternehmen **§ 1 57**
 Drittelbeteiligungsgesetz 2004 **§ 1 41, § 1 59, § 2 1, § 2 9, § 3 27**
 Drittmitbestimmung **§ 1 89, § 3 27, § 4 18**
 dualistisches System **§ 5 38**
 Due Diligence **§ 3 6**
 Dänemark **§ 2 7**
 - Besetzung des Verwaltungsrates **§ 2 38**
 - Gründungstheorie **§ 2 27**
 - Interessenkollision **§ 2 43**
 - Interessenvertretung **§ 2 42**
 - Mitbestimmung **§ 2 11**
 - mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
 - Organbeteiligung **§ 2 29**
 - Rechte des Verwaltungsrates **§ 2 33, § 2 36**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 - mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
 - Organbeteiligung **§ 2 29**
 - Rechte der Arbeitnehmervertreter **§ 2 31**
 - Rechte des Aufsichtsrates **§ 2 36**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 Forum Mitbestimmung **§ 1 29**
 Frankreich
 - Bruttoinlandsprodukt **§ 2 66**
 - Haftung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 31**
 - Mitbestimmung **§ 2 17, § 2 49**
 - mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
 - Rechte der Arbeitnehmervertreter **§ 2 31**
 - Rechte des Verwaltungsrates **§ 2 33**
 - Streik **§ 2 50**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 funktionale Selbstverwaltung **§ 1 17, § 1 13**
 Fusion mit ausländischer Gesellschaft **§ 3 19**
 Fusionsrichtlinie **§ 1 6, § 3 2, § 3 6, § 3 19, § 3 24**
Gebhard-Formel des EuGH § 3 22
 Gegenmachtprinzip **§ 1 15**
 Gegnerfreiheit **§ 5 40**
 Gegnerunabhängigkeit **§ 1 54**
 - Rechte des Verwaltungsrates **§ 2 33, § 2 36**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 - Wahl der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
Ecuador
 - Mitbestimmung **§ 2 81**
 Effizienz
 - ökonomische **§ 2 101**
 Ehrenamtsprinzip **§ 1 68**
 Eigentum
 - Sozialpflichtigkeit **§ 3 14**
 Eingriffsnorm **§ 3 43**
 Estland
 - Mitbestimmung **§ 2 8**
 Europarecht
 - divergierende Entscheidungen **§ 3 44**
 Europarecht
 - Gerichtsstand **§ 3 42**
 - Sitzverlegung **§ 3 41**
 Europäische Aktiengesellschaft **§ 1 6, § 1 72, § 1 90, § 2 22, § 3 2, § 3 15, § 3 18, § 3 22, § 3 24, § 3 26, § 4 7**
 Europäische Sozialcharta **§ 2 50**
 Europäischer Betriebsrat **§ 1 6, § 1 71, § 3 2, § 5 23**
Finnland § 5 21
 - Arbeitnehmervertretung **§ 2 23**
 - Bestellung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
 - Interessenvertretung **§ 2 42**
 - Mitbestimmung **§ 2 16**

- Gemeinwohl **§ 1 13, § 1 21, § 1 24, § 1 25, § 1 26, § 1 43, § 3 13**
- Gesamtbetriebsrat **§ 1 43, § 1 67, § 1 69, § 3 21**
- Gesellschaftsstatut **§ 3 10**
- Gewerkschaft **§ 5 37 ff.**
- ausländische **§ 5 31**
- Gewerkschaftsvertreter
- Vorschlagsmonopol **§ 1 61**
- Ginger und Fred **§ 2 89**
- Globalisierungszwang **§ 4 29**
- Griechenland
- Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**
- Großbritannien
- Bruttoinlandsprodukt **§ 2 66**
 - closed-shop-System **§ 2 90**
 - grenzüberschreitende Verschmelzung **§ 2 22**
 - Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**
 - Pensionsfonds **§ 2 8**
 - Streik **§ 2 50**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 - Unternehmensverständnis **§ 2 51**
- Grundrecht auf Mitbestimmung **§ 1 4, § 1 85**
- Gründungstheorie **§ 2 27, § 3 5**
- Hans-Böckler-Stiftung § 5 12, § 5 34, § 5 35**
- Hartz-Kommission **§ 4 1**
- Harzburger Modell **§ 1 5**
- Hauptversammlung **§ 1 53**
- Hochschule **§ 1 17**
- Holdinggesellschaften **§ 4 17**
- Höchstmitbestimmungsstatut **§ 3 50**
- Inlandskonzern § 4 8**
- Inspire Art-Entscheidung **§ 3 1, § 3 6, § 3 34**
- Institutionenökonomik **§ 2 54, § 2 56, § 2 101**
- Internationales Privatrecht **§ 3 46**
- Investitionsverhalten **§ 2 81**
- Irland
- Mitbestimmung **§ 2 8**
 - Unternehmensverständnis **§ 2 51**
- Italien
- Bruttoinlandsprodukt **§ 2 66**
 - conflittualita **§ 2 51**
 - Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**
 - Streik **§ 2 50**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
- Japan § 2 5**
- Mitbestimmung **§ 2 20**
- Kammern**
- öffentlich-rechtliche **§ 1 17**
- Kapital
- Legitimationsdefizit **§ 1 13, § 1 14**
- Kapitalverflechtung **§ 2 60**
- Karl Theodor von der Pfalz **§ 5 40**
- Kartellrecht **§ 1 15**
- Kern des Sozialschutzes **§ 3 15**
- kleine AG **§ 3 27**
- Kollektive Privatautonomie **§ 1 25**
- Kollisionsrecht **§ 3 5, § 3 34**
- Kommission
- Mitbestimmung **§ 5 12**
- konstitutionelle Fabrik **§ 1 9**
- Konsultationsrat **§ 1 66, § 1 69, § 2 47, § 4 20**
- Kontrollratsgesetz Nr. 35 **§ 1 89**
- Konzernbetriebsrat **§ 1 67, § 3 21**
- Leiharbeitnehmer § 5 29**
- Leitende Angestellte **§ 1 62, § 4 37, § 4 35, § 5 7,**
- Lenin **§ 4 48**
- Lettland
- Mitbestimmung **§ 2 8**
- Lissabon-Strategie **§ 5 33**
- Litauen
- Mitbestimmung **§ 2 8**
- Luxemburg **§ 2 4**
- Besetzung des Aufsichtsrates **§ 2 38**
 - Bestellung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
 - Mitbestimmung **§ 2 12, § 5 21**
 - mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
 - Organbeteiligung **§ 2 29**
 - Rechte der Arbeitnehmervertreter **§ 2 31**
 - Rechte des Verwaltungsrates **§ 2 36**
 - Sitztheorie **§ 2 27**
 - Territorialitätsprinzip **§ 3 38**

Malta § 2 4

Mannesmann-Entscheidung § 1 4

Menschenbild § 1 93, § 1 94

Minderheitenschutz § 1 32
mitbestimmte GmbH § 1 53

Mitbestimmung

- Aufsichtsfunktion § 1 48 ff.
 - betriebswirtschaftlicher Nutzen § 5 11
 - deutscher Gesetzgeber § 3 20
 - dualistisches Modell § 1 37, § 3 21
 - Einheitsmodell § 3 21
 - Innovationsdruck § 1 77
 - Innovationshemmnis § 5 22
 - Integrationswirkung § 1 1
 - Intransparenz § 1 40
 - Kosten § 4 6
 - Mindestniveau § 3 43
 - monistisches Modell § 1 37
 - Organbeteiligung § 2 1 ff.
 - Stabilisierungswirkung § 1 1
 - Standortnachteil § 4 5 ff.
 - Unternehmensberatungsfunktion § 1 29
 - Unternehmensstrategie § 4 38
 - Verfassungsrecht § 1 4
 - ökonomische Auswirkungen § 2 64
 - ökonomisches Modell § 2 62
- Mitbestimmungsgesetz 1976 § 2 9

Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein § 1 18, § 1 23

Mitbestimmungsgesetz 1976 § 1 41

Mitbestimmungsurteil des BVerfG § 1 24

Mittelstand § 5 4

monistisches System § 5 38

Montanmitbestimmung § 1 4, § 1 82, § 2 9

Netzwerk Corporate Governance § 1 66

Niederlande

- Arbeitnehmervertretung § 2 23
 - Besetzung des Aufsichtsrates § 2 38
 - Mitbestimmung § 2 18, § 2 49, § 5 21
 - Territorialitätsprinzip § 2 28
 - Unternehmensorganisation § 2 7
 - Gründungstheorie § 2 27
 - Interessenkollision § 2 43
 - Mitbestimmung § 2 17
- Niederlassungsfreiheit § 3 11 ff., § 3 14, § 3 42
- Normvollzug § 2 89

Ökonomische Analyse des Rechts § 2 56

Österreich

- Besetzung des Aufsichtsrates § 2 38
- Bestellung der Arbeitnehmervertreter § 2 30, § 2 88
- grenzüberschreitende Verschmelzung § 2 22

- Haftung der Arbeitnehmervertreter § 2 31
- Information des Aufsichtsrates § 2 35
- Interessenkollision § 2 43
- Interessenvertretung § 2 42
- Mitbestimmung § 2 10, § 2 49, § 5 21
- mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger § 2 25
- Organbeteiligung § 2 29
- Rechte der Arbeitnehmervertreter § 2 31
- Rechte des Aufsichtsrates § 2 34, § 2 36 f.
- Sitztheorie § 2 27
- Unternehmensorganisation § 2 7

Ordnungspolitik § 1 4
ordre public § 1 71

Pensionsfonds § 2 59

Personenidentität § 1 42

Planwirtschaft § 1 54

Polen

- Besetzung des Aufsichtsrates § 2 38
 - Interessenkollision § 2 43
 - Mitbestimmung § 2 14, § 2 49
 - Rechte des Aufsichtsrates § 2 34, § 2 36
 - Unternehmensorganisation § 2 7
 - Wahl der Arbeitnehmervertreter § 2 30
- politischer Streik § 1 84, § 1 85, § 2 105

Portugalia Construcções-Entscheidung § 3 17

Portugal

- Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**
- Streik **§ 2 50**
- property rights **§ 2 58**
- Publikumsgesellschaft **§ 2 59**
- Rechtsvergleichung in Europa**
 - Übersicht **§ 2 80**
 - Reichswirtschaftsrat **§ 1 19, § 1 25**
 - Richtlinie 02/14/EG **§ 2 1, § 3 2**
 - Richtlinie zur Europäischen Gesellschaft **§ 2 23, § 2 45**
 - Rätedemokratie **§ 2 100**
 - Rücksichtnahmegebot **§ 1 9**
 - Rücksichtnahmepflicht **§ 1 31**
- Sarbanes-Oxley-Act § 3 9**
- Scheinauslandsgesellschaft **§ 1 2**
- Schlichtung **§ 1 89**
- Schumpeter **§ 1 3**
- Schweden
 - Besetzung des Verwaltungsrates **§ 2 38**
 - Bestellung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30, § 2 88**
 - Information des Aufsichtsrates **§ 2 35**
 - Mitbestimmung **§ 2 15, § 2 49, § 5 21**
 - mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
 - Organbeteiligung **§ 2 29**
 - Rechte der Arbeitnehmer **§ 2 31**
- Rechte des Verwaltungsrates **§ 2 33, § 2 36**
- Sitztheorie **§ 2 27**
- Unternehmensorganisation **§ 2 7**
- Selbstverwaltungsträger **§ 1 4**
- shareholder value **§ 2 55**
- Sitztheorie **§ 2 12, § 2 27; § 3 3 ff.**
- Skandinavien
 - industrial democracy **§ 2 51**
- Slowakei
 - Besetzung des Aufsichtsrates **§ 2 38**
 - Mitbestimmung **§ 2 13, § 2 49**
 - Rechte des Aufsichtsrates **§ 2 34, § 2 36**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
 - Wahl der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
- Slowenien
 - Besetzung des Aufsichtsrates **§ 2 38**
 - Bestellung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
 - Betriebsverfassung **§ 2 9**
 - Mitbestimmung **§ 2 9, § 2 49**
 - Rechte der Arbeitnehmervertreter **§ 2 31**
 - Rechte des Aufsichtsrates **§ 2 34, § 2 36**
 - Unternehmensorganisation **§ 2 7**
- Sonderanknüpfung **§ 3 7, § 3 15**
- Sonderweg **§ 2 100**
- Sonderweg Deutschlands **§ 2 52**
- Sozialautonomie **§ 1 13, § 1 22, § 1 25**
- sozialer Friede **§ 1 28, § 1 83**
- Sozialpartnerschaft **§ 5 3**
- Sozialversicherungsträger **§ 1 17**
- Spanien
 - grenzüberschreitende Verschmelzung **§ 2 22**
 - Mitbestimmung **§ 2 8, § 2 49**
 - Streik **§ 2 50**
- Stabilitätswirkung **§ 2 57**
- stakeholder **§ 2 56**
- stakeholder value **§ 2 55**
- Standort Deutschland **§ 4 1**
- Standortnachteil
 - Mitbestimmung als **§ 2 55**
- Steuerrecht **§ 4 29**
- Streik
 - politischer **§ 1 28**
- Supportfunktionen **§ 4 30**
- Tarifvertrag § 1 8, § 1 26, § 1 85**
 - Ordnungsfunktion **§ 1 8**
- Teilhabegedanke **§ 1 9, § 1 10, § 1 13, § 1 20, § 1 29, § 1 31 ff., § 1 70, § 1 80, § 4 5**
- Teilkonzern **§ 3 6**
- Territorialitätsprinzip **§ 1 4, § 1 7, § 1 70, § 1 71, § 3 8, § 3 19, § 3 28, § 3 36**
- Thomastheorem **§ 2 68, § 4 48**
- Transaktionskosten **§ 2 52, § 3 25**
- Transparenz- und Publizitätsgesetz **§ 4 11, § 4 27**

Tschechien

- Besetzung des Aufsichtsrates **§ 2 38**
- Mitbestimmung **§ 2 13, § 2 49**
- mitbestimmungserfaßte Unternehmensträger **§ 2 25**
- Rechte des Aufsichtsrates **§ 2 34, § 2 36**
- Unternehmensorganisation **§ 2 7**
- Wahl der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**

Überseering-Entscheidung § 3 1, § 3 34

Ungarn

- Besetzung des Aufsichtsrates **§ 2 38**
- Bestellung der Arbeitnehmervertreter **§ 2 30**
- Mitbestimmung **§ 2 13, § 2 49**
- Rechte des Aufsichtsrates **§ 2 34, § 2 36**
- Unternehmensorganisation **§ 2 7**

Unternehmensfreizügigkeit **§ 1 70**

Unternehmenskultur

§ 5 15

Unternehmensleitung

- dualistisches System **§ 2 7**
- monistisches System **§ 2 7**

Unternehmensverständnis

- anglo-amerikanisches **§ 2 51**
- kontinentaleuropäisches **§ 2 51**

Unternehmerfreiheit

§ 5 40Urabstimmung **§ 1 64****Verbraucher § 1 94**

Vereinbarungslösung

- § 1 6, § 1 72, § 1 88, § 1 90, § 3 24, § 3 48, § 5 27**

Vereinigte Staaten von

Amerika **§ 2 5**

- Bruttoinlandsprodukt **§ 2 66**
- Mitbestimmung **§ 2 19**
- Unternehmensverständnis **§ 2 51**

verfaßte Gesellschaft

§ 1 24

Verschmelzung

- grenzüberschreitende **§ 2 22**

Verschmelzungsrichtlinie **§ 2 22, § 3 43**Vertragsfreiheit **§ 1 34**

Vorstandsabfindung

§ 1 55, § 2 94Vorstandshaftung **§ 1 49****Wahlgremium der Europäischen Aktiengesellschaft § 3 49**Weimarer Reichsverfassung **§ 1 19, § 1 41**Wettbewerb **§ 5 40**

Wirtschaftsausschuß

- § 1 43, § 1 65, § 1 67, § 1 69**

Würde des Menschen **§ 5 14****Zwangsverband § 1 20, § 1 22**Zypern **§ 2 4**