

**Unternehmensmitbestimmung und Corporate  
Governance**



---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von Volker Rieble

Band 7

---

Till Brocker

**Unternehmensmitbestimmung und Corporate  
Governance**

ZAAR Verlag München 2006

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

© 2006 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Infanteriestraße 8 | 80797 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@kaar.uni-muenchen.de](mailto:info@kaar.uni-muenchen.de)

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847  
ISBN 3-9809380-8-5  
ISBN 978-3-9809380-8-2

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2006 als Dissertation angenommen.

Ich habe bei dieser Arbeit in vielfältiger Form Unterstützung erfahren, die maßgeblich zu ihrem Gelingen beigetragen hat.

Bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Volker Rieble, bedanke ich mich für die engagierte Betreuung der Arbeit, die stete Bereitschaft zum kritischen Dialog und die Aufnahme in die Schriftenreihe des ZAAR.

Dem Mitarbeiterteam des ZAAR danke ich für die Hilfs- und Gesprächsbereitschaft sowie die freundschaftliche Doktorandenbetreuung, die mir die Arbeit wesentlich erleichtert hat.

Herrn Professor Dr. Lorenz Fastrich gebührt mein Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonders danke ich meinen Eltern, Gerhild und Paul Brocker. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung in jeder erdenklichen Form persönlich und finanziell großzügig unterstützt und gefördert. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Oktober 2006

Till Brocker



| Inhaltsverzeichnis   | Seite |
|--|-------|
| Vorwort .....  | 5     |
| Inhaltsverzeichnis .....   | 7     |
| <br>   |       |
| § 1 Einleitung .....   | 15    |
| <br>   |       |
| § 2 Struktur und Funktion des Corporate Governance-Systems .                                 | 19    |
| <br>   |       |
| <b>A. Definition</b> .....   | 19    |
| <br>   |       |
| <b>B. Funktion</b> .....   | 20    |
| I. Die Bezugsgruppen der Unternehmensführung .....   | 21    |
| 1. Shareholder value vs. Stakeholder value .....   | 21    |
| a. Definitionen .....  | 21    |
| b. Leitungsmaxime durch Wertentscheidung des Gesetzgebers ? .....                            | 23    |
| [1] Interessenpluralismus als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums ? ....                | 23    |
| [2] Einfachgesetzliche Wertentscheidung ? .....  | 25    |
| 2. Notwendiger Vorrang der Anteilseignerinteressen .....                                     | 27    |
| a. Gesellschaftsinteresse vs. Unternehmensinteresse .....                                    | 28    |
| b. Untauglichkeit des Konkordanzprinzips .....   | 30    |
| c. Rechtsökonomische Argumente .....   | 31    |
| [1] Ausgangspunkt: Unternehmen als Vertragsnetzwerke .....                                   | 31    |
| [2] Höheres Risiko der Anteilseigner .....   | 32    |
| d. Keine abstrakte Gemeinwohlbindung des Vorstands .....                                     | 33    |
| 3. Zulässigkeit von Zielvorgaben durch Satzungsbestimmung .....                              | 36    |
| a. Meinungsstand .....   | 36    |
| b. Stellungnahme .....   | 37    |
| II. Grundproblem: Trennung von Eigentum und Leitungsmacht bei<br>Kapitalgesellschaften ..... | 38    |
| 1. Principal-Agent-Konflikt .....  | 38    |
| 2. Governance-Strukturen als Gegenmaßnahmen .....  | 40    |
| <br>   |       |
| <b>C. Qualifikation der Corporate Governance-Mechanismen</b> .....                           | 41    |
| I. Marktbestimmte Corporate Governance-Mechanismen .....                                     | 41    |
| 1. Vergütungskomponenten mit Anreizwirkung .....   | 41    |
| 2. „Exit-Option“ der Anteilseigner .....   | 42    |
| 3. Unternehmensübernahmen .....  | 43    |
| 4. „Exit-Option“ des Unternehmens .....  | 44    |
| 5. Regulierung durch staatlich garantierte Aufsichtsinstanzen .....                          | 45    |
| II. Rechtlich-institutionelle Corporate Governance-Mechanismen .....                         | 46    |

|   |           |
|---|-----------|
| 1. Hauptversammlung als Kontrollinstanz? .....  | 46        |
| a. Kernbefugnisse der Hauptversammlung .....  | 46        |
| b. Funktionsdefizite .....  | 47        |
| 2. Die Funktionen des Aufsichtsrats in der Unternehmensverfassung .....   | 49        |
| a. Historische Entwicklung .....  | 49        |
| b. Die Funktionen im Einzelnen .....  | 50        |
| [1] Bestellung und Abberufung des Vorstands .....   | 50        |
| [2] Überwachung des Vorstands .....   | 51        |
| [3] Beratung des Vorstands .....  | 53        |
| c. Dualistisches vs. monistisches System ? .....  | 53        |
| 3. Kein umfassender Kontrollanspruch der Arbeitnehmer als Dritte .....  | 54        |
| a. Die Mitgliedschaft im Verband als Grundlage von Kontrollrechten .....  | 56        |
| b. Keine „Quasi-Mitgliedschaft“ durch betriebliche- und Unter-<br>nehmensmitbestimmung .....                      | 56        |
| [1] Keine mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung betriebsverfassungs-<br>rechtlicher Teilhabepositionen .....        | 57        |
| [2] Keine mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung der Unternehmensmit-<br>bestimmung .....                            | 59        |
| c. Keine Sondermitgliedschaft aufgrund des Arbeitsverhältnisses .....   | 60        |
| <br>  |           |
| <b>D. Entwicklung der rechtlichen Bedingungen der<br/>Aufsichtsrätstätigkeit durch Europarecht und DCGK .....</b> | <b>63</b> |
| I. Bedeutung des Europarechts .....   | 64        |
| 1. Vorschriften zur Einführung der Societas Europaea .....  | 64        |
| a. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen .....   | 65        |
| [1] Gründungsvoraussetzungen der Societas Europaea und Gestaltungs-<br>varianten .....                            | 65        |
| [2] Geringer Reformimpuls für die Verfassung der Aktiengesellschaft .....   | 66        |
| b. Unternehmensmitbestimmung in der Societas Europaea .....   | 67        |
| [1] Historische Entwicklung .....   | 67        |
| [2] Die Verhandlungslösung nach SE-RL und SEBG .....  | 68        |
| 2. Aktionsplan der Kommission vom 21.5.2003 und bisherige Um-<br>setzungsakte .....                               | 69        |
| a. Empfehlung 2004/913/EG der Kommission .....  | 69        |
| b. Empfehlung 2005/162/EG der Kommission .....  | 70        |
| II. Bedeutung des DCGK .....  | 71        |
| 1. Wandel der Wettbewerbsbedingungen für deutsche Emittenten .....  | 71        |
| 2. Entstehung des DCGK .....  | 72        |
| 3. Struktur und Funktion des Regulierungsmechanismus .....  | 73        |
| a. Zweck des DCGK .....   | 73        |
| [1] Kommunikationsfunktion .....  | 73        |
| [2] Ordnungsfunktion .....  | 74        |
| b. Inhaltliche Struktur des DCGK .....  | 75        |
| [1] Regelungskategorien .....   | 75        |
| [2] Aufbau des DCGK und inhaltliche Beschränkung der Kommissionsauftrags..  | 77        |
| c. Bedeutung der Erklärung gem. § 161 AktG .....  | 78        |

|   |           |
|---|-----------|
| [1] Wirkung der gesetzlichen Verankerung .....  | 78        |
| [2] Inhalt und Zeitpunkt der Erklärung .....  | 80        |
| 4. Rechtsnatur .....  | 81        |
| a. Formelles Gesetz .....   | 81        |
| b. Rechtsverordnung .....   | 82        |
| c. Rechtsnorm sui generis .....   | 82        |
| d. Handelsbrauch und Handelsgewohnheitsrecht .....  | 83        |
| e. „Soft law“ .....   | 84        |
| 5. Bindungswirkung .....  | 85        |
| a. Materiellrechtliche Vermutung .....  | 85        |
| b. Prozessuale Beweisregel .....  | 86        |
| c. Keine Nichtigkeit des DCGK wegen Verfassungsverstoßes .....                              | 87        |
| d. Ergebnis: Beweisrechtliche Indizwirkung und „Rechtserkenntnisquelle“ ....                | 88        |
| <b>E. Zwischenergebnis .....</b>  | <b>90</b> |
| <br>  |           |
| § 3 Struktur und Funktion der Unternehmensmitbestimmung<br>nach dem MitbestG .....          | 93        |
| <b>A. Unternehmensmitbestimmung in Deutschland .....</b>                                    | <b>93</b> |
| I. Untersuchungsgegenstand: Das MitbestG und die Rechtsform der<br>Aktiengesellschaft ..... | 95        |
| II. Historische Entwicklung .....   | 95        |
| <b>B. Funktion der Unternehmensmitbestimmung .....</b>                                      | <b>97</b> |
| I. Verwirklichung des Menschenwürdeprinzips? .....  | 98        |
| 1. Reichweite des Ansatzes .....  | 98        |
| 2. Stellungnahme .....  | 99        |
| II. Demokratisierung der Wirtschaft ? .....   | 101       |
| 1. Reichweite des Ansatzes .....  | 101       |
| 2. Stellungnahme .....  | 103       |
| a. Inkompatibilität mit staatsrechtlichem Demokratieverständnis .....                       | 103       |
| [1] Staatsvolk als ausschließlicher Träger demokratischer Legitimation .....                | 103       |
| [2] Zur „Binnenstrukturklausel“ des Art. 21 Abs.1 S. 3 GG .....                             | 105       |
| [3] Vergleich mit Grundsätzen funktionaler Selbstverwaltung .....                           | 105       |
| [4] Abkehr von staatswirtschaftlichen Vorstellungen des Art. 165 WRV .....                  | 107       |
| [5] Privatautonomie vs. „Sozialautonomie“ .....   | 108       |
| [6] Zwischenergebnis .....  | 109       |
| b. Untauglichkeit des Sozialstaatsprinzips .....  | 110       |
| c. Keine „Legitimation wirtschaftlicher Macht“ durch Unternehmens-<br>mitbestimmung .....   | 110       |
| [1] Zum verfassungsrechtlichen Argument .....   | 111       |
| [2] Systematik der Rechtsordnung zur Regulierung wirtschaftlicher Macht ....                | 112       |
| [a] Staatliche Sicherung betrieblicher Altersvorsorge .....                                 | 112       |
| [b] Wettbewerbsordnung als Marktmachtkorrektiv .....  | 113       |

|   |     |
|---|-----|
| [c] Koalitionsfreiheit als Recht zur Gegenmachtbildung .....                          | 114 |
| III. Inkompatibilität von Mitbestimmung und Gemeinwohlbindung .....                   | 116 |
| 1. Das Kompetenzproblem .....   | 117 |
| a. Zur Gemeinwohlbindung kommunaler Selbstverwaltungsträger .....                     | 117 |
| b. Zur Gemeinwohlbindung des Rundfunkrats .....                                       | 118 |
| c. Zur Gemeinwohlbindung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende<br>Medien .....   | 119 |
| 2. Das Definitionsproblem .....   | 120 |
| IV. Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung ? .....                 | 123 |
| 1. Ergebnisse empirischer Untersuchungen .....  | 123 |
| 2. Als der Unternehmensmitbestimmung beigemessene Funktion .....                      | 124 |
| a. Argumente der Mitbestimmungsbefürworter .....                                      | 124 |
| b. Stellungnahme .....  | 126 |
| [1] Ökonomischer Selbstwiderspruch zwingender Unternehmensmit-<br>bestimmung .....    | 126 |
| [2] Begründungslast der Mitbestimmungsbefürworter .....                               | 128 |
| [3] Systemwidrigkeit der behaupteten Überwachungseffizienzsteigerung .....            | 128 |
| [4] Verhinderung „interkollektiver Konflikte“ ? .....                                 | 129 |
| 3. Keine Rechtfertigung für staatlich verordnete Mitbestimmung .....                  | 131 |
| V. Teilhabefunktion .....   | 133 |
| 1. Schutzzweck als materielles Wertungsprinzip .....                                  | 133 |
| a. Verhältnis von Schutzzweck und Teilhabefunktion .....                              | 134 |
| [1] Rechtfertigung des Schutzzwecks .....   | 134 |
| [2] Grenze des Schutzzwecks als Grenze der Teilhabefunktion .....                     | 135 |
| b. Ausgleichsfunktion als spezifische Funktion „kollektiver Teilhabe“ .....           | 136 |
| [1] Rechtfertigung durch Notwendigkeit des Interessenausgleichs .....                 | 136 |
| [2] Grenzen der Ausgleichsfunktion als Grenzen der Teilhabefunktion .....             | 138 |
| [a] Entscheidungsmaxime der Aufsichtsratsmitglieder .....                             | 138 |
| [b] Konsensprinzip als defizitäre Konfliktsteuerungsmaxime .....                      | 140 |
| c. Kernbereich unternehmerischen Handelns als äußerste Grenze der<br>Teilhabe .....   | 142 |
| d. Abkehr vom Ordnungsgedanken .....  | 143 |
| 2. Vertragsrechtsakzessorietät der Mitbestimmung als zweites<br>Wertungsprinzip ..... | 144 |
| 3. Formale Legitimation der Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen .....        | 146 |
| a. Wahl der Arbeitnehmervertreter als Legitimationsgrundlage .....                    | 146 |
| b. Staatlicher Geltungsbefehl als Legitimationsgrundlage .....                        | 148 |
| c. Stellungnahme .....  | 149 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>C. Zwischenergebnis</b> .....  | 152 |
| <br>  |     |
| § 4 Konflikte zwischen dem Corporate Governance-System und<br>der Unternehmensmitbestimmung .....         | 153 |
| <br>  |     |
| <b>A. Übererfüllung der Teilhabefunktion</b> .....  | 153 |
| I. Kumulation von Teilhaberechten durch betriebliche Mitbestimmung und<br>Unternehmensmitbestimmung ..... | 153 |
| 1. Vergleichbarkeit der Mitbestimmungsebenen .....  | 154 |
| 2. Mitbestimmungskumulation in wirtschaftlichen Angelegenheiten .....                                     | 156 |
| a. Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses gem. § 106 Abs. 1, 2<br>BetrVG .....                     | 157 |
| b. Kompetenzen des (Gesamt- bzw. Konzern-)Betriebsrats gem. §§ 111 f.<br>BetrVG .....                     | 159 |
| [1] Unterrichts- und Beratungsrecht gem. § 111 S. 1 BetrVG .....  | 160 |
| [2] Erzwingbarer Sozialplan gem. § 112 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 BetrVG .....                             | 161 |
| 3. Mitbestimmungskumulation in sozialen Angelegenheiten .....   | 162 |
| a. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG .....   | 162 |
| b. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG .....   | 164 |
| c. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG .....   | 164 |
| d. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....  | 165 |
| e. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG .....  | 166 |
| 4. Keine Mitbestimmungskumulation bei der Gestaltung von Arbeits-<br>bedingungen .....                    | 167 |
| 5. Mitbestimmungskumulation in personellen Angelegenheiten .....  | 168 |
| a. Allgemeine personelle Angelegenheiten .....  | 168 |
| b. Personelle Einzelmaßnahmen .....   | 168 |
| II. Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen durch Kumulation von<br>Teilhaberechten .....            | 169 |
| 1. Beeinträchtigung der Bestellungsfunktion .....   | 169 |
| a. Zwingende Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Bestellung des<br>Vorstands .....               | 169 |
| b. Personelle Verflechtung der Träger von Teilhabe- und Bestellungsfunktion .....                         | 171 |
| c. Verfahrensrechtliche Absicherung der personellen Verflechtung .....                                    | 172 |
| 2. Beeinträchtigung der Beratungs- und Überwachungsfunktion .....   | 173 |
| 3. Erhöhung der Entscheidungskosten .....   | 174 |
| 4. Keine Kompensation durch gesetzliche Steuerungsmechanismen .....                                       | 176 |
| a. Hauptversammlungentscheidung gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG .....   | 176 |
| b. Einigungsstellenbeschluß gem. § 76 Abs. 5 BetrVG .....   | 177 |
| c. Konfliktsteuerung durch § 32 MitbestG analog .....   | 179 |
| [1] Meinungsstand .....   | 179 |
| [2] Stellungnahme .....   | 180 |
| III. Funktionswidrige Mitbestimmungskumulation bei Unternehmens-<br>beteiligungen? .....                  | 182 |
| 1. Normzweck und Regelungstechnik des § 32 MitbestG .....   | 182 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Kritik an Normzweck und Regelungstechnik des § 32 MitbestG .....   | 183 |
| 3. Stellungnahme .....  | 184 |
| IV. Zwischenergebnis .....  | 186 |
| <b>B. Funktionsdefizite</b> .....   | 186 |
| I. Strukturbedingtes Kommunikationsdefizit .....  | 186 |
| II. Qualifikationsdefizite der Arbeitnehmervertreter .....  | 188 |
| 1. Normative Vorgaben .....   | 189 |
| 2. Konkretisierungsversuche der Literatur .....   | 190 |
| 3. Stellungnahme .....  | 192 |
| III. Fehlende Unabhängigkeit .....  | 194 |
| 1. Normative Vorgaben .....   | 194 |
| 2. Zur Übertragbarkeit auf Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat .....  | 196 |
| a. Aktienrechtliche Maßstäbe .....  | 196 |
| b. Maßstab auf Grundlage des Sarbanes Oxley Act .....   | 196 |
| c. Maßstab der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG .....  | 197 |
| d. Maßstab der Nr. 5.4.2 DCGK .....   | 198 |
| 3. Stellungnahme .....  | 198 |
| IV. Interessenkonflikte .....   | 200 |
| 1. Interessenkonflikte infolge der Kumulation von Mitbestimmungsrechten .   | 201 |
| a. In-Sich-Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen .....   | 201 |
| b. Gefahr der Nichtbeanstandung von Koppelungsgeschäften .....  | 202 |
| c. Gefahr personalpolitischer Kompromißentscheidungen .....   | 203 |
| 2. Gefahr der Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte .....  | 204 |
| 3. Spezialfall Gewerkschaftsvertreter .....   | 206 |
| a. Interessenkonflikt wegen hauptamtlicher Gewerkschaftsarbeit .....  | 206 |
| b. Insbesondere Streikaufruf und Streikführerschaft durch Ge-<br>werkschaftsvertreter: der „Fall <i>Bsirske</i> “ ..... | 207 |
| V. Funktionswidrige Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats .....   | 208 |
| <b>C. Zwischenergebnis</b> .....  | 210 |
| <br>  |     |
| § 5 Reaktionen auf Corporate Governance-Konflikte .....   | 213 |
| <b>A. Reaktionen der Rechtsordnung</b> .....  | 213 |
| I. Aktienrechtliche Sanktionen .....  | 213 |
| 1. Beschränkung der Beteiligungsrechte von Aufsichtsratsmitgliedern .....   | 214 |
| a. Ruhen des Amtes .....  | 214 |
| [1] Meinungsstand .....   | 214 |
| [2] Stellungnahme .....   | 215 |
| b. Gegenstandsbezogenes Stimmverbot .....   | 216 |
| [1] Meinungsstand .....   | 216 |
| [2] Stellungnahme .....   | 217 |
| c. Gegenstandsbezogenes Teilnahmeverbot .....   | 221 |
| d. Pflicht zur Niederlegung des Amtes .....   | 221 |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| e.        | Gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund .....  | 222        |
| f.        | Keine Einschränkung der Beteiligungsrechte im „Fall <i>Bsirske</i> “ .....   | 223        |
| 2.        | Reaktionen der Hauptversammlung .....  | 224        |
| II.       | Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitnehmervertreter .....   | 225        |
| 1.        | Verletzung der Geheimhaltungspflicht, § 404 AktG .....   | 226        |
| 2.        | Verbot der Offenbarung von Insiderinformationen, § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. a<br>WpHG .....  | 227        |
| 3.        | Erzwingung arbeitnehmernütziger Vorstandsentscheidungen und<br>Nichtbeanstandung sachwidriger Kompromiß- und Koppelungs-<br>entscheidungen ..... | 228        |
| a.        | Nötigung, § 240 StGB .....   | 229        |
| [1]       | Tatbestandsmäßigkeit .....   | 229        |
| [2]       | Rechtswidrigkeit .....   | 230        |
| b.        | Erpressung, § 253 StGB .....   | 232        |
| c.        | Untreue, § 266 StGB .....  | 233        |
| 4.        | Abgabe einer falschen Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG .....  | 237        |
| III.      | Zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft .....   | 237        |
| 1.        | § 93 i.V.m. § 116 S. 1 AktG .....  | 237        |
| a.        | Verletzung der Sorgfaltspflicht .....  | 238        |
| b.        | Verletzung der Verschwiegenheitspflicht .....  | 240        |
| c.        | Sonstige Verletzungen der Treuepflicht, insbesondere: aktive<br>Streikteilnahme durch Arbeitnehmervertreter .....                                | 241        |
| [1]       | Meinungsstand zur Streikteilnahme .....  | 241        |
| [2]       | Anwendung der Grundsätze auf den „Fall <i>Bsirske</i> “ durch die Literatur .....  | 244        |
| [3]       | Stellungnahme .....  | 245        |
| d.        | Haftungsausfüllende Kausalität .....   | 247        |
| e.        | Haftungsprivileg für Arbeitnehmervertreter? .....  | 247        |
| [1]       | Unanwendbarkeit der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadens-<br>ausgleichs .....  | 248        |
| [2]       | Unanwendbarkeit der Grundsätze zur Haftungsprivilegierung des<br>Betriebsrats .....  | 249        |
| [3]       | Keine dem MitbestG immanente Verringerung des Mindestsorgfalts-<br>maßstabs .....  | 249        |
| 2.        | § 117 AktG .....   | 251        |
| 3.        | § 826 BGB .....  | 251        |
| IV.       | Zivilrechtliche Haftung gegenüber Aktionären und sonstigen Stake-<br>holdern .....   | 252        |
| 1.        | Haftung gegenüber Aktionären .....   | 252        |
| 2.        | Haftung gegenüber anderen Stakeholdern .....   | 253        |
| V.        | Zwischenergebnis .....   | 253        |
| <b>B.</b> | <b>Kompensations- und Vermeidungsstrategien der<br/>Unternehmen und ihrer Anteilseigner .....</b>  | <b>254</b> |
| I.        | Systemimmanente Kompensationsstrategien .....  | 254        |
| 1.        | Hindernisse anreizbezogener Vergütungsmodelle für Aufsichtsräte .....  | 254        |
| a.        | Steuerdefizite im dualistischen System .....   | 255        |

|  |     |
|--|-----|
| b. Umsetzungshindernis Unternehmensmitbestimmung .....   | 257 |
| 2. Grenzen einer systemimmanenten Strukturreform .....   | 258 |
| a. Diskutierte Regelungsmodelle .....  | 259 |
| b. Materielle rechtliche Grenzen der Regelungsautonomie .....  | 259 |
| c. Parteien systemimmanenter Vereinbarungslösungen .....   | 261 |
| II. Tauglichkeit von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien .....                                       | 263 |
| 1. Wettbewerbsdruck durch mitbestimmungsfreie Auslandsgesellschaften in<br>Deutschland .....         | 264 |
| 2. Keine Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften de lege<br>lata .....                  | 265 |
| 3. Verlegung des Satzungs- und/oder Verwaltungssitzes ins Ausland .....                              | 267 |
| a. Verlegung des Sitzungssitzes .....  | 267 |
| b. Verlegung des Verwaltungssitzes .....   | 269 |
| 4. Unternehmensmitbestimmung als Umstrukturierungshemmnis .....                                      | 270 |
| a. Mitbestimmungsbeibehaltung gem. § 325 Abs. 1 UmwG .....   | 271 |
| b. Beeinträchtigung grenzüberschreitender Verschmelzungen de lege lata ...                           | 271 |
| c. Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vom 23.8.1994 .....  | 273 |
| d. Struktursichernde Verhandlungslösung bei Gründung einer SE .....                                  | 274 |
| [1] Immanente Grenzen der Verhandlungsfreiheit .....   | 274 |
| [2] Gesetzliche Auffanglösung .....  | 276 |
| [3] Sonderproblem: Paritätische Unternehmensmitbestimmung bei<br>monistischer Leitungsstruktur ..... | 277 |
| e. Mitbestimmungsbeibehaltung nach der Verschmelzungsrichtlinie .....                                | 278 |
| III. Zwischenergebnis .....  | 280 |
| <br>   |     |
| § 6 Ergebnisse und rechtspolitische Folgen .....   | 281 |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | 288 |
| Literaturverzeichnis .....   | 293 |

## § 1 Einleitung

Die Diskussion um die paritätische Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) ist seit dessen Erlass im Jahr 1976 nie völlig abgerissen. Ihr Schwerpunkt hat sich aber im Laufe der Zeit deutlich verschoben. Die in den 1970er Jahren insbesondere um die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der Unternehmensmitbestimmung mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen und ihrer Anteilseigner geführte Debatte hat mit dem „Mitbestimmungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 1.3.1979 einen Schlußpunkt erfahren<sup>1</sup>. Gestritten wird auf verfassungsrechtlicher Ebene allenfalls noch um Einzelfragen<sup>2</sup>.

Heftig diskutiert wird hingegen etwa seit Ende der 1990er Jahre die Frage, welche Zukunft die paritätische Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund der sich wandelnden Anforderungen an eine funktionsgerechte „Corporate Governance“ der betroffenen Unternehmen hat<sup>3</sup>.

Auf diese Debatte haben drei Entwicklungen maßgeblichen Einfluß:

Einerseits ist dies die Einbindung gerade der dem Anwendungsbereich des MitbestG unterliegenden großen börsennotierten Unternehmen in nicht nur deutsche Kapitalmarktstrukturen, sondern auch diejenigen ausländischer Rechtsordnungen, in denen das jeweilige Unternehmen selbst oder über Tochtergesellschaften operiert. Insbesondere der bedeutende US-amerikanische Kapitalmarkt entwickelt ein erhebliches Druckpotential auf das spezifisch deutsche Phänomen paritätisch mitbestimmter Aufsichtsräte international operierender Aktiengesellschaften mit regelmäßig mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern. Dieses Druckpotential besteht einerseits darin, daß der US-amerikanische Gesetzgeber mit Erlass des Sarbanes Oxley Act im Jahr 2002 besondere Anforderungen an die Binnenstruktur auch der an der New Yorker Börse notierten ausländischen Gesellschaften stellt<sup>4</sup>. Andererseits drängen auch US-amerikanische Investoren vermehrt auf den deutschen Kapitalmarkt und bieten deutschen Emittenten neue Wege der Eigenkapitalbeschaffung. Ihre Erwartungen an unternehmerische Führungs- und Entscheidungsstrukturen börsennotierter Kapitalgesellschaften konfliktieren jedoch heftig mit der deutschen

- 
- 1 Zusammenfassend zur Entwicklung *Junker*, *Sechssundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa*, NJW 2004, 728 ff. und näher unter § 2B.I.1.b.[1] und § 4A.I.
  - 2 Nachw. zur neuesten Rechtsprechung des BVerfG zum MitbestG in Fn. 439.
  - 3 Siehe etwa die Tagungsdokumentationen in: AG 4/2004, „Schwerpunktheft zu Corporate Governance und Modernisierung der Mitbestimmung“; 1. ZAAR-Kongress zur „Zukunft der Unternehmensmitbestimmung“, ZAAR-Schriftenreihe Bd. 1 (2004); sowie die zusammenfassenden Beiträge von *Henssler*, *Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung*, RdA 2005, 330 ff.; *Oetker*, *Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion*, RdA 2005, 337 ff.
  - 4 Näher zur Kompatibilität mit der Unternehmensmitbestimmung unter § 4B.III.

Mitbestimmungsrealität. Letztere wird zudem von inländischen wie ausländischen Kommentatoren als deutlicher Wettbewerbsnachteil gegenüber unternehmensmitbestimmungsfreien Gesellschaften angesehen<sup>5</sup>.

Eine zweite Triebfeder der Diskussion um Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance ist die europäische Rechtsentwicklung<sup>6</sup>. Im Rechtsvergleich der EU-Mitgliedsstaaten ist die zwingende paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG ein Unikat<sup>7</sup>, da unter den Mitgliedstaaten, die überhaupt eine institutionalisierte Arbeitnehmervertretung in einem Organ der Unternehmensverfassung kennen, allenfalls ein Drittelbeteiligungsniveau besteht. Der Regelungsansatz des Europarechts für die Unternehmensmitbestimmung in grenzüberschreitenden gesellschaftsrechtlichen Strukturfragen weist ebenfalls in eine andere Richtung. Er öffnet die Unternehmensverfassung jedenfalls im Ansatz einem Strukturwettbewerb durch Verhandlungslösungen, sei es für den Fall der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea bzw. SE), sei es für die infolge einer grenzüberschreitenden Verschmelzung entstehende Gesellschaft<sup>8</sup>, wenngleich der zwingende gesetzliche Verfahrensrahmen der jeweiligen Verhandlungslösung den Charme der Wettbewerbsöffnung weitgehend wieder zurückgenommen hat.

Schließlich hat auch in das deutsche Recht mit dem im Jahr 2002 in Kraft getretenen Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) ein neues, kapitalmarktorientiertes Instrument der Selbstregulierung durch die betroffenen Verkehrskreise Einzug gehalten, das international und national anerkannte Standards guter Corporate Governance wiedergeben soll<sup>9</sup>.

Die aus dieser Entwicklung geborenen Reformideen für die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG sind vielfältig. Sie reichen von ihrer ersatzlosen Abschaffung<sup>10</sup>, über die Verlagerung in einen außerhalb der gegenwärtigen Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft angesiedelten, für alle Angelegenheiten eines mitbestimmten Aufsichtsrats zuständigen Konsultationsrat ohne Mitent-

---

5 Siehe nur *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen, ZIP 2005, 461, 473; *Klosterkemper*, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, FS Wissmann (2005), S. 456, 460 (jeweils m.w.N.).

6 Mit den von ihr ausgehenden Wechselwirkungen und Impulsen wird sich auch die arbeitsrechtliche Abteilung des 65. Deutschen Juristentags im September 2006 in Stuttgart beschäftigen.

7 *Junker*, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Anpassungsbedarf durch internationale und europäische Entwicklungen, ZfA 2005, 1, 17; näher zu Erkenntnissen des Rechtsvergleichs Fn. 1134 m.w.N.

8 Näher zur Verhandlungslösung bei Gründung einer SE unter § 2D.I.1.b. und § 5B.II.4.d, sowie zur Verhandlungslösung für grenzüberschreitende Verschmelzungen unter § 5B.II.4.e

9 Eingehend hierzu unter § 2D.II.

10 So *Ulmer*, Paritätische Arbeitnehmer-Mitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?, ZHR 166 (2002), 271, 277.

scheidungsbefugnisse<sup>11</sup>, bis hin zu Verhandlungslösungen mit unterschiedlichen Aufnahmefähigkeiten für den Fall, daß sich die Verhandlungspartner auf kein Beteiligungsniveau einigen können. Innerhalb der vorgeschlagenen Verhandlungslösungen ist insbesondere das Modell der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA und BDI aus dem Jahr 2004 zu nennen, welches ein Wahlrecht der Verhandlungspartner zwischen einem paritätischen Mitbestimmungsniveau in Anlehnung an das MitbestG, einer Drittelbeteiligung in Anlehnung an das Modell des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) oder der Auslagerung der Unternehmensmitbestimmung in einen Konsultationsrat vorsieht. Für den Fall der Nichteinigung der Parteien ist zudem eine gesetzliche Auffanglösung auf Drittelbeteiligungsniveau vorgesehen<sup>12</sup>.

Der deutsche Gesetzgeber zeigt sich trotz dieser Entwicklung der Corporate Governance-Debatte einer Öffnung des zwingenden Korsetts der Unternehmensmitbestimmung gegenüber bislang wenig aufgeschlossen<sup>13</sup> und tendiert im Gegenteil eher zu einer Ausdehnung des deutschen Mitbestimmungsmodells innerhalb Europas.

Diese Arbeit untersucht die Vereinbarkeit der paritätischen Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG mit den Ansprüchen, die das deutsche Corporate Governance-System unter Einfluß der zuvor genannten Entwicklungen an eine funktionsgerechte Unternehmensführung börsennotierter Aktiengesellschaften stellt. Hierzu wird zunächst die Struktur und Funktion des deutschen Corporate Governance-Systems untersucht. Im Anschluß daran werden die der Unternehmensmitbestimmung vom historischen Gesetzgeber zugesprochenen Funktionen beleuchtet, auf ihren rechtlich tragfähigen Kern zurückgeführt und auf Kumulationen mit dem System betrieblicher Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) hin untersucht. Mittels eines Funktionsvergleichs werden Konflikte zwischen den An-

11 Siehe *Berliner Netzwerk Corporate Governance*, 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung, AG 2004, 200f.

12 *BDA/BDI*, Kommissionsbericht, S. 36ff. Für den Fall der Einführung eines monistischen Verwaltungsratsmodells in die Unternehmensverfassung wird die Auslagerung der Unternehmensmitbestimmung in den Konsultationsrat als Auffanglösung befürwortet. Verhandlungsparteien sollen stets die Unternehmensleitung einerseits sowie ein qua Urwahl der Unternehmensbelegschaft konstituiertes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmerseite sein. Ähnlich, aber unkonkreter einerseits die Parlamentarische Initiative der *FDP-Bundestagsfraktion* v. 24.6.2005 zur Einführung eines inhaltlich offenen Systemwahlrechts mit einem Drittelbeteiligungsniveau als Auffanglösung, siehe: <http://www.3.fdp-fraktion.de>, andererseits die Position des *Wirtschaftsrates der CDU e.V.*, *Corporate Governance in Europa* (2005), S. 31 f., abrufbar unter: <http://www.wirtschaftsrat.de>; für eine „kleine Verhandlungslösung“, beschränkt auf eine Veränderung der Gremiumsgröße und die Einbeziehung von ausländischen Belegschaften deutscher mitbestimmter Unternehmen Oetker, *Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion*, RdA 2005, 337, 344 f.

13 Siehe *Seibert*, *The Company Law Reform Projects of the German Ministry of Justice*, *RabelsZ* 69 (2005), 712 ff. zu *Corporate Governance - Reformprojekten der Bundesregierung*, welche sämtlich die Unternehmensmitbestimmung ausklammern. Ähnlich begrenzt ist der Auftrag der im März 2005 vom Bundeskanzler eingesetzten sog. „Biedenkopf-Kommission“ zur Unternehmensmitbestimmung, siehe *FAZ* v. 21.3.2005, S. 11. Für die Sicherung des Status quo plädiert auch der *DGB-Bundes-*

forderungen an eine funktionsgerechte Corporate Governance und der Realität mitbestimmter Aufsichtsräte aufgezeigt und auf der Basis der geltenden Rechtslage mögliche Reaktionen der Rechtsordnung einerseits sowie mögliche Reaktionen der Unternehmen und ihrer Anteilseigner andererseits erörtert und auf ihre Tauglichkeit zur Lösung der auftretenden Konflikte hin untersucht. Auf Grundlage der hieraus gewonnenen Ergebnisse werden abschließend die notwendigen rechtspolitischen Schlußfolgerungen gezogen.

## § 2 Struktur und Funktion des Corporate Governance-Systems

### A. Definition

Seit *Williamson* im Jahr 1979 den bei *Wilson* vorgefundenen Begriff der „Governance“ zur Analyse rechtlicher Institutionen mit wirtschaftswissenschaftlichen Mitteln verwendet hat, sind rechtlich-institutionelle Lösungen von Problemen, die typischerweise in unvollständigen langfristigen Vertragsverhältnissen<sup>14</sup> auftreten, in das Blickfeld sowohl der wirtschaftswissenschaftlichen als auch der wirtschaftsrechtlichen Forschung getreten<sup>15</sup>.

Ausgehend von diesem Verständnis liegt es nahe, den Terminus „Corporate Governance“ mit „Unternehmensverfassung“ im Sinne des institutionellen Ordnungsgefüges, das den rechtlich verbindlichen Handlungsrahmen der verschiedenen vertraglich gebundenen Akteure innerhalb des Unternehmens kennzeichnet, zu übersetzen. Die Verwendung des Anglizismus bereits im Titel der Arbeit deutet hingegen an, daß dieses Verständnis der hier zugrunde gelegten Definition nicht genügt. Neben den rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen sind nämlich auch die Marktbedingungen der Unternehmensführung und ihrer Kontrolle sowie die Wechselwirkungen zwischen diesen Triebkräften einzubeziehen. Eine rein institutionelle Betrachtung würde demgegenüber das Verhältnis von Ursache und Wirkung in der Debatte um eine gute Corporate Governance verkennen<sup>16</sup>: Die Debatte um die Rolle der Unternehmensmitbestimmung im deutschen Corporate Governance-System geriete durch ein rein institutionelles Verständnis zu stark in den Vordergrund bereits der begrifflichen Festlegung und würde damit weitere „Zielgruppen“ der Corporate Governance-Debatte, namentlich die Hauptversammlung, den Vorstand oder die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat, in den Hintergrund drängen<sup>17</sup>. Nach Rechtsnatur und Bindungswirkung schwer kategorisierbare Ordnungselemente wie der

---

14 Hierzu näher § 2B.II.1.

15 *Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus (1990), insbes. S. 43 ff., 68 ff.; *Wilson*, The Governance of Britain (1976); eingehend: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. (2003), S. 93 f., 144 ff.

16 Ebenso *Berrar*, Die Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland im internationalen Vergleich, (2001), S. 24; *Schmidt/Weiß*, Shareholder vs. Stakeholder: Ökonomische Fragestellungen, in: Handbuch Corporate Governance (2003), S. 107, 110; *Windbichler/Bachmann*, Corporate Governance und Mitbestimmung als „wirtschaftsrechtlicher ordre public“, FS Bezenberger (2000), S. 797.

17 Vgl. nur Nrn. 3, 4 DCGK; zur Rolle von Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat etwa *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit – Interessenkonflikte von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat (2004), S. 58 ff.

DCGK<sup>18</sup> würden überdies zu Unrecht bereits begrifflich ausgeklammert. Schließlich würde die traditionell weit weniger institutionell geprägte Vorstellung von Corporate Governance im anglo-amerikanischen Rechtsraum und ihr Einfluß auf das deutsche Corporate Governance-System ignoriert<sup>19</sup>.

Positiv formuliert ist unter Corporate Governance somit, abgeleitet von der Kurzdefinition der Britischen Cadbury Commission, die hierin „*the system by which companies are governed and controlled*“ gesehen hat, der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen der Leitung und Überwachung von Unternehmen zu sehen<sup>20</sup>. Im Einzelnen geht es also um die Funktionsweise der Leitungsorgane, ihr Zusammenwirken sowie die Kontrolle ihres Verhaltens durch Marktkräfte, institutionelle und regulatorische Vorkehrungen<sup>21</sup>. Diese Definition hat den Vorteil, daß sie ausweislich des ersten Satzes seiner Präambel auch dem DCGK zugrunde liegt<sup>22</sup>, faktische und marktgesteuerte Kontrollmechanismen einbezieht und sich im internationalen Vergleich trotz der infolge verschiedener politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftsrechtlicher Traditionen<sup>23</sup> mitunter anders gelagerten Corporate Governance-Debatte etabliert hat<sup>24</sup>. Auch die Europäische Kommission hat dieses Verständnis ihrem Aktionsplan zur „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ zugrundegelegt<sup>25</sup>.

## B. Funktion

Der Frage, welche Funktion ein Corporate Governance-System erfüllen soll, ist zum einen die Frage nach der Bedeutung der im Unternehmen vertretenen Interessengruppen für die Zielsetzung der Unternehmensleitung, zum anderen die Frage nach

18 Zu Rechtnatur und Bindungswirkung des DCGK siehe § 2D.II.

19 Hopt, Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Zum Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, ZHR-Beiheft 71 (2002), S. 27, 30; Marsch-Barner/Schäfer/Marsch-Barner, Handbuch börsennotierte AG (2005), § 2 Rn. 2 f.

20 Cadbury Committee Report (1992), S. 3; Kodex und Report abgedruckt bei Hopt et al.; Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research (1998), M1-M21; so auch Marsch-Barner/Schäfer/Marsch-Barner, Handbuch börsennotierte AG (2005), § 2 Rn. 1; v. Werder, Kodex-Komm., Vorbem. Rn. 1.

21 Abeltshauser, Corporate Governance – Standort und Dimensionen, in: Abeltshauser, Thomas E.; Buck, Petra (Hg.), Corporate Governance – Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage (2004), S. 1, 7.

22 Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts (2001), S. 6.; v. Werder, Kodex-Komm., Rn. 1; zu kurz greift der Begriff „Führungsgrundsätze“ von Hüffer, AktG, § 161 Rn. 2, § 76 Rn. 15 a.

23 Grundlegend Roe, Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control, in: Working Paper Series, Harvard Law School (1999), S. 1 ff.; ebenfalls aus US-amerikanischer Sicht: Bessler/Kaen/Sherman in: Hopt et al. (Hg.), Fn. 20, Comparative CG, S. 570, 571 ff.

24 Schneider, Die Revision der OECD Principles of Corporate Governance 2004, AG 2004, 429; Hopt/Prigge in: Hopt et al. (Hg.), Fn. 20, Comparative CG, Preface, V.

25 Siehe Nr. 3.1 des Aktionsplans v. 21.5.2003, KOM (2003) 284 endg.

den Auswirkungen der Trennung von Eigentum und Leitungsmacht insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften vorgelagert.

## I. Die Bezugsgruppen der Unternehmensführung

Ausgangspunkt der Debatte um die Zielrichtung des Handelns der Unternehmensführung ist die Tatsache, daß die Leitungsorgane der börsennotierten Aktiengesellschaft neben den Interessen einer Vielzahl von Aktionären auch den Interessen ihrer zahlreichen Gläubiger und Schuldner sowie des Fiskus ausgesetzt sind<sup>26</sup>.

### 1. Shareholder value vs. Stakeholder value

#### a. Definitionen

Der Begriff des Shareholder value stammt ebenso wie der Widerpart des Stakeholder value aus der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion um die Zielsetzung des Managerhandels in den USA und ist bereits seit den 1980er Jahren fester Bestandteil der aktienrechtlichen Debatte um die Zielsetzung der Unternehmensführung<sup>27</sup>.

Shareholder sind die Anteilseigner der Aktiengesellschaft, also deren Eigentümer im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinn. Wirtschaftlich ist ihre Stellung dadurch bestimmt, daß sie am Ergebnis der Wertschöpfungskette des Unternehmens als Restbetragsbeteiligte teilhaben, also das sog. Residuum nach Befriedigung der Ansprüche aller anderen Interessengruppen erhalten<sup>28</sup>. Rechtlich hat der Aktionär als Mitgesellschafter die unter dem Begriff der Mitgliedschaft im Verband zusammengefaßten subjektiven Rechtspositionen im Verhältnis zur Gesellschaft, den anderen Gesellschaftern und Dritten inne<sup>29</sup>.

Stakeholder sind allgemein alle Interessengruppen, deren Situation von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt. Wirtschaftlich betrachtet erwirtschaften sie, dadurch daß sie personelle oder sächlicher Ressourcen in die Unternehmung einbringen, eine „Rente“<sup>30</sup>. Im Unterschied zu den Shareholdern<sup>31</sup>

26 Siehe demgegenüber *Teichmann*, Corporate Governance in Europa, ZGR 2001, 645, 651 ff. zur Lage bei geschlossenen Gesellschaften, in denen Corporate Governance-Fragen eher eine interne Angelegenheit bleiben.

27 *Fleischer*, Shareholders vs. Stakeholders: Aktien- und übernahmerechtliche Fragen, in: Handbuch Corporate Governance (2003), S. 129, 130; *ders.*, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1130, 1131 (aus rechtsvergleichender Sicht); grundlegend zum Shareholder value-Ansatz aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive: Rappaport, Shareholder Value. Wertsteigerung als Maßstab für die Unternehmensführung, 2. Aufl. (1999); zum Stakeholder value: *Freeman*, Strategic Management: A Stakeholder Approach (1984).

28 *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 134; *Schmidt/Weiß* (Fn. 16), Handbuch CG, S. 107, 110.

29 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 549 f.

30 *Schmidt/Weiß* (Fn. 16), Handbuch CG, S. 107, 110. Der Begriff kommt vom engl. Idiom „to have something at stake“, deutsch: „etwas zu verlieren haben“.

sind sie sog. Festbetragsbeteiligte<sup>32</sup>, haben also eine vertraglich oder gesetzlich im Voraus festgelegte Rendite zu erwarten. Die Gruppe der Stakeholder umfaßt Arbeitnehmer, freie Dienstverpflichtete, wie etwa die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft, Fremdkapitalgeber, Kunden und Zulieferer sowie den Fiskus. Zur Gruppe der Stakeholder zählen definitionsgemäß auch und gerade die Anteilseigner. Zur besseren Abgrenzbarkeit der genannten Interessengruppen wird der Begriff Stakeholder im Folgenden aber als Oberbegriff für alle Interessengruppen mit Ausnahme der Anteilseigner verwendet<sup>33</sup>.

Der in Deutschland von Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretene Shareholder value-Ansatz sieht in der Gewinnmaximierung der Gesellschaft mit der Folge der Marktwertmaximierung des Eigenkapitals und damit der Ertragswertsteigerung des vom einzelnen Anteilseigner investierten Kapitals die Zielsetzung des Vorstandshandelns<sup>34</sup>, welche gegenüber den Interessen anderer Interessengruppen vorrangig zu verfolgen sei<sup>35</sup>. Eine ausschließliche Verpflichtung des Vorstands auf den Shareholder value wird aber selbst in den USA als dem Ursprungsland einer reinen Shareholder value – Orientierung der Unternehmensleitung wohl nicht mehr vertreten<sup>36</sup>.

Von der wohl h.M. in Deutschland wird indessen ein interessenpluralistischer Stakeholder value-Ansatz vertreten. Dieser basiert auf der Vorstellung, daß der Vorstand im Rahmen der Aufgabe der eigenverantwortlichen Leitung der Aktiengesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG gleichrangig die Interessen aller Stakeholder wahrzunehmen habe und diese in jedem Einzelfall einer von ihm zu treffenden unternehmerischen

---

31 Freilich ist ebensowenig ausgeschlossen, daß Anteilseigner gleichzeitig weitere Interessen als Stakeholder gegenüber der Gesellschaft verfolgen wie der umgekehrte Fall. Zur Auswirkung auf Kontrollansprüche der Arbeitnehmer in der Aktiengesellschaft siehe § 2C.II.3

32 *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 134.

33 So auch die allg. Praxis, vgl. nur *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte, AcP 202 (2002), 143, 154.

34 Zur Frage einer möglicherweise mitbestimmungsrechtlich modifizierten Handlungsmaxime des Aufsichtsrats siehe § 3B.V.1.b.[2][a].

35 *Groh*, Shareholder value und Aktienrecht, DB 2000, 2153; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 130, 134 f.; Großkomm. AktG/*Kort* § 76 Rn. 54, 64; *Neubürger*, Die deutsche Mitbestimmung aus Sicht eines international operierenden Unternehmens – Reformbedarf unter Corporate Governance Gesichtspunkten, in: Handbuch Corporate Governance (2003), S. 177, 186; *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), S. 143, 155; mit wirtschaftswissenschaftlichem Ansatz i.E. auch *Busse v. Colbe*, Was ist und was bedeutet Shareholder Value aus betriebswirtschaftlicher Sicht?, ZGR 1997, 271, 272 f.; *Mülbert*, Shareholder value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129 ff., 134, 170; *ders.*, Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, FS Röhrich (2005), S. 421, 431 f., 440 f.

36 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 607; zur Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung und Gesetzgebung zusammenfassend *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 143f.; zur Ursache der stärkeren Eigenkapitalgrundlage US-amerikanischer Gesellschaften *Merkt*, Zum Verhältnis von Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht in der Diskussion um die Corporate Governance, in: *Abeltshauser, Thomas E.; Buck, Petra* (Hg.), Corporate Governance – Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage (2004), S. 127 f.

Ermessensentscheidung zur Herstellung „praktischer Konkordanz“ gegeneinander und untereinander abzuwägen habe<sup>37</sup>. Dergestalt verwirkliche der Vorstand das „Unternehmensinteresse“ als begriffliches Desiderat der interessenpluralistischen Leitungsmaxime<sup>38</sup>.

## **b. Leitungsmaxime durch Wertentscheidung des Gesetzgebers ?**

In Deutschland steht die Diskussion um die Rolle der im Unternehmen vertretenen Interessengruppen als Zielgruppen des Vorstandshandelns in engem Zusammenhang mit der historischen Entwicklung der Definition der Leitungsaufgaben durch den Gesetzgeber. Zwar hat sich der Gesetzgeber in beiderlei Hinsicht bislang ausdrücklich weder für die alleinige Maßgeblichkeit des Shareholder value noch des Stakeholder value - Modells entschieden. Fraglich ist jedoch, ob aus verfassungsrechtlichen Vorgaben oder aus einfachgesetzlichen Wertentscheidungen Rückschlüsse auf die Maßgeblichkeit eines der vertretenen Konzepte gezogen werden können.

### **[1] Interessenpluralismus als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums ?**

Ausgehend von *Walter Rathenau*s idealistischer Vorstellung einer „Verankerung der Aktiengesellschaft im öffentlichen Interesse“<sup>39</sup> ist eine „Gemeinwohlbindung“ des Vorstands und des Aufsichtsrats und damit ein Stakeholder-orientiertes Verständnis des Unternehmensinteresses mit der Sozialbindung des Eigentums der Anteilseigner gem. Art. 14 Abs. 2 GG begründet worden<sup>40</sup>.

Schon in ihrer grundrechtsdogmatischen Prämisse kann dieser Ansicht freilich nicht gefolgt werden. Art. 14 Abs. 2 GG ist nicht als Schutzbereichsbegrenzung des durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Anteilseigentums, sondern als Richtlinie an den Gesetzgeber und mithin als Teil eines einheitlichen Gesetzesvorbehalts<sup>41</sup> im Verbund mit Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu verstehen. Wäre dem Vorstand die Mitberücksichtigung der Stakeholder-Interessen im Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung von Verfassungen wegen vorgegeben, wäre aber bereits der Schutzbereich

37 *Hopt*, Übernahmen, Geheimhaltung und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken, ZGR 2002, 333, 360; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 12; *Mertens*, Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 19; *MüKoAktG/Hefermehl/Spindler*, § 76 Rn. 77; *Schilling*, Shareholder value und Aktiengesetz, BB 1997, 373, 379; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 805 f.

38 *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 15; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 94.

39 *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung (1917), S. 38 f.; dazu näher *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. (2001), S. 90.

40 So *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe – Zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976 (1978), S. 132; *MüKoAktG/Hefermehl/Spindler*, § 76 Rn. 56; *Schilling* (Fn. 37), BB 1997, 373, 380; vorsichtiger *Schön*, Der Aktionär im Verfassungsrecht, FS Ulmer (2003), S. 1359, 1374; kritisch *Groh* (Fn. 35), DB 2000, 2153, 2156.

41 *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 306; a.A. *Kübler/Schmidt/Simitis* (Fn. 40), S. 67: „Der spezifische verfassungsrechtliche Eigentumsschutz beginnt erst jenseits der Grenze der Sozialbindung“.

des Art. 14 GG ein von vornherein engerer<sup>42</sup>. Die in gesellschaftsrechtlich veranlaßten Fragen des Eigentumsschutzes der Anteilseigner von Art. 14 GG intendierte strukturelle Homogenität von außenrechtlicher Freiheitsgewährleistung und binnenrechtlicher Organisation<sup>43</sup> wäre damit gefährdet.

Die Aussage des BVerfG in der „*Feldmühle*-Entscheidung“ vom 7.8.1962, eine in Art. 14 Abs. 2 GG verankerte und durch § 70 AktG 1937 für die einzelne Aktiengesellschaft statuierte Gemeinwohlbindung gelte auch für die Konzernleitung<sup>44</sup>, kann ebenfalls nicht als Wertentscheidung zugunsten einer Stakeholder-orientierten Leitungsmaxime des Vorstands verstanden werden<sup>45</sup>. Zum einen hat der Reformgesetzgeber des Aktiengesetzes von 1965 die noch in § 70 AktG 1937 zu findende explizite Bindung an die Interessen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit nicht mehr in den Wortlaut des § 76 AktG aufgenommen<sup>46</sup>. Zum anderen bezog sich die Aussage des BVerfG auf die Besonderheit der mitgliedschaftlichen Komponente des Anteilseigentums von Kleinaktionären einzelner Konzerngesellschaften im Verhältnis zu auf Ebene der Muttergesellschaft getroffenen Leitungsentscheidungen. Dieses Verhältnis ist aber in einem besonderen Maße durch die weitgehende Lösung des beim Sacheigentum noch engen Konnexes zwischen Bestand und Nutzbarkeit des Eigentums geprägt. Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 1.3.1979 zum MitbestG dem entsprechend deutlich zwischen dem mitgliedschaftlichen und dem vermögensrechtlichen Element des Anteilseigentums unterschieden und die Sozialbindung des Anteilseigentums gerade in mitgliedschaftlich geprägten Fragen der Eigentumsnutzung betont<sup>47</sup>. Bei der Frage nach der Zielrichtung des Vorstandshandelns ist im Unterschied hierzu in erster Linie das vermögensrechtliche Element des Anteilseigentums betroffen, da die mitgliedschaftliche Komponente durch die behauptete Interessenkonkurrenz von Interessen der Mitglieder wie der Nichtmitglieder des Verbands weitgehend mediatisiert wäre. Folglich liegt ein Substanzeingriff wesentlich näher, wenn das Anteilseignerinteresse an Erhaltung und Wertsteigerung des Eigenkapitals schon von Verfassungs wegen bereits im Ausgangspunkt nur im Sinne der gleichrangigen Interessen aller im Unternehmen vertretenen Interessengruppen nutzbar wäre. Jedenfalls würde die „reflexive Struktur des Eigen-

---

42 *Schmidt-Leithoff*, Verantwortung der Unternehmensleitung (1989), S. 232 ff. spricht insofern zu echt von „ethischen Grundlinien“, aus denen keine unmittelbaren Ansprüche an unternehmerisches Handeln abgeleitet werden können.

43 *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 502.

44 BVerfG v. 7.8.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 64, S. 263, 282.

45 So aber *Kübler/Schmidt/Simitis* (Fn. 40), S. 130; *MüKoAktG/Hefermehl/Spindler*, § 76 Rn. 56; dagegen zu Recht *Badura*, Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht – Verfassungsrechtliches Korollarium zur Rolle des Privatrechts in der Rechtsordnung, FS Rittner (1991), S. 1, 11.

46 *Badura* (Fn. 45), FS Rittner (1991), S. 1, 10.

47 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, S. 290, 342 „gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum“.

tums“<sup>48</sup>, das auf Reproduktion von neuem Eigentum angelegt ist und damit mittelbar auch den Nichteigentümern zugute kommt, blockiert. Denn in diesem Fall müßte folgerichtig jede Rationalisierungsentscheidung bzw. gesellschaftsrechtliche Strukturentscheidung wie etwa die Errichtung von Produktionsstandorten im Ausland, ihre Verlagerung dorthin, erst Recht aber die Liquidation der Gesellschaft auf den Prüfstand des interessenpluralistisch verstandenen Unternehmensinteresses. Dieser Prüfstand wäre entweder eine Rechtspflicht ohne Sanktion und als Programmsatz damit ungeeignet, eine verbindliche Leitmaxime der Unternehmensorgane abzugeben oder er würde wiederum der Durchsetzung durch den Gesetzgeber bedürfen. Im ersten Fall würde die Leitmaxime ihrem eigenen Anspruch nicht gerecht, im zweiten Fall müßte an die Stelle einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung letztlich ein staatswirtschaftliches Steuerungsmodell treten<sup>49</sup>. Anders als durch die mittels Kartellbehörden oder Behörden der Finanzdienstleistungsaufsicht wahrgenommene Schutzfunktion des Staates gegenüber der marktwirtschaftlichen Rahmenordnung hätte der Staat nämlich fortan die einzelne unternehmerische Entscheidung etwa auf ihre „Sozialtauglichkeit“ hin zu prüfen.

Im übrigen müßte konsequenterweise auch die Hauptversammlung, insbesondere bei einer Liquidationsentscheidung gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 8, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG dem Unternehmensinteresse verpflichtet sein. Dies widerspräche aber dem Grundsatz, daß die Hauptversammlung auch ohne sachlichen Grund die Liquidation oder die Änderung des Unternehmensgegenstands beschließen kann<sup>50</sup>. Zudem müßten derartig massive Beschränkungen des Eigentums durch Sozialbindungserwägungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist aber jedenfalls auf der Ebene der Erforderlichkeit aufgrund der mannigfaltigen vertraglichen oder gesetzlichen Absicherungen der anderen Interessengruppen z.B. durch das Kündigungsschutzrecht oder das gesellschafts- und insolvenzrechtliche System des Kapitalschutzes ausgeschlossen. Das Grundgesetz gibt mithin keine Handlungsmaximen der Unternehmensleitung im Sinne eines pluralistisch verstandenen Unternehmensinteresses vor.

## **[2] Einfachgesetzliche Wertentscheidung ?**

Ausgangspunkt der Frage nach einer einfachgesetzlichen Wertentscheidung ist die Formulierung des § 70 Abs. 1 AktG 1937, als Vorgängervorschrift zu § 76 AktG 1965. Ziel der Leitungsaufgabe des Vorstands war hiernach das „Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und [der gemeine] Nutzen von Volk und Reich“. Zeitgenössische Kommentatoren sahen hierin die Abkehr von einer rein kapitalistischen

---

48 *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik – Plädoyer für die Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie (2004), S. 24.

49 So zu Recht bereits *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, FS Gessler (1970), S. 139, 147; *Ladeur* (Fn. 48), Kritik der Abwägung, S. 25.

Interessenpolitik zugunsten der nationalsozialistischen Gemeinnutzideologie<sup>51</sup>. Auch nach Inkrafttreten des § 76 AktG hält sich noch hartnäckig die Vorstellung einer fortbestehenden impliziten Gemeinwohlbindung aus dem als fortwirkend angesehenen Rechtsgedanken des § 70 Abs. 1 AktG 1937<sup>52</sup>. Bestätigt sieht sich diese Ansicht durch die Regierungsbegründung zum AktG 1965<sup>53</sup>, wonach eine Aufnahme der in § 70 AktG 1937 genannten Zielgruppen in § 76 AktG nicht erfolgen mußte, da die Orientierung an den Interessen der Anteilseigner, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit für den Reformgesetzgeber selbstverständlich gewesen sei. Zumindest sei im Erlaß des MitbestG eine eindeutige Aussage des Gesetzgebers zugunsten des interessenpluralistischen Unternehmenszielverständnisses im Aktienrecht zu sehen<sup>54</sup>. Die Gegenansicht<sup>55</sup> beruft sich auf die Ausschußberatungen zur Aktienrechtsnovelle und betont die dort vorherrschende Ansicht, daß die Aufnahme der Formulierung des § 70 Abs. 1 AktG 1937 angesichts der einfachgesetzlichen Sozialschutznormen sowie der grundgesetzlichen Vorgaben des Sozialstaatsprinzips keine eigenständige Bedeutung habe. *Ulmer*<sup>56</sup> hebt zudem das mittelbare Regelungsziel des Gesetzgebers des MitbestG hervor, der über die Beteiligung der Arbeitnehmer am Leitungsorgan Aufsichtsrat ein Gegengewicht zur einseitigen Shareholder value-Orientierung des Vorstands schaffen wollte. Dieses Regelungsziel sei obsolet, wenn der Ausgleich bereits von § 76 Abs. 1 AktG geleistet werde<sup>57</sup>. Andere Interessengruppen seien vom Gesetzgeber bereits durch Institute des kollektiven Arbeitsrechts wie das Betriebsverfassungsrecht und das Tarifrecht (Arbeitnehmer), das Umweltrecht (Allgemeinheit) oder Institute des Gläubigerschutzes geschützt worden<sup>58</sup>.

Das neuere Schrifttum sieht zum einen das Fortwirkungsargument durch die Einführung der Möglichkeit einer identitätswahrenden Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft anderer Rechtsform durch §§ 194 Nr. 7, 226 UmwG im Jahr 1994 endgültig entkräftet, da andernfalls der Vorstand über seine eigene Interessenbindung frei disponieren könnte<sup>59</sup>. Zum anderen habe der Gesetzgeber mit

---

50 *Hüffer*, AktG, § 262 Rn. 11.

51 *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 70 Rn. 3.

52 Zuletzt noch *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. (1998) S. 169; *Mertens*, Kölner Komm. AktG § 76 Rn. 16.

53 Zitiert bei: *Kropff*, (Hg.), Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (1965), S. 98 f.

54 *Schilling*, Das Aktienunternehmen, ZHR 144 (1980), 136, 143.

55 *Groh* (Fn. 35), DB 2000, 2153, 2156; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 131; *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, in: FS für Ernst Gessler, 1970, S. 139, 142 f.; *Schmidt-Leithoff* (Fn. 42), Unternehmensleitung, S. 34 f.; *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte, AcP 202 (2002), 143, 158.

56 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 4; Begr.RegE MitbestG 1976, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

57 *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002) 143, 158.

58 *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), 143, 158; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 135.

59 *Mülbert* (Fn. 35), ZGR 1997, 129, 149.

dem KonTraG im Jahr 1998<sup>60</sup> in § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG durch die Erleichterung des Rückerwerbs eigener Aktien und die hierdurch eintretende Verringerung der Gesamtkapitalkosten durch den geringeren Fremdkapitalzins sowie durch die Gewährung des Rechts, Aktienoptionen für Führungskräfte zu gewähren gem. § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG den Shareholder value-Gedanken gesetzlich verankert<sup>61</sup>.

Eine ausdrückliche Leitentscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer alleinigen Maßgeblichkeit des Shareholder value oder jedenfalls seines Vorrangs vor Interessen der Stakeholder ist jedoch selbst nach einer in jüngerer Zeit stärkeren Betonung des Shareholder value-Gedankens durch das KonTraG im Einklang mit der Gesetzesbegründung<sup>62</sup> immer noch nicht erkennbar. Auch die Rechtsprechung des Zweiten Zivilsenats des BGH ist insofern unergiebig, da zwar in jüngeren Entscheidungen die Verpflichtung des Vorstands auf das „Gesellschaftsinteresse“ und/oder „Unternehmensinteresse“ erwähnt wird<sup>63</sup>, die Begriffe aber nicht definiert werden.

## 2. Notwendiger Vorrang der Anteilseignerinteressen

Daß der Gesetzgeber im Aktienrecht keine eindeutige Entscheidung zugunsten des Shareholder value- oder des Stakeholder value-Konzepts getroffen hat, bedeutet weder, daß offenbleiben muß, welchen Interessen der Vorstand verpflichtet sind, noch daß eine Gewichtung dieser Interessen unmöglich ist.

Auch die Ansicht, eine Entscheidung der Kontroverse könne dahinstehen, weil auf lange Sicht eine Interessenkonvergenz zwischen Anteilseignerinteressen und Interessen der Stakeholder, insbesondere Arbeitnehmerinteressen, bestehe, da letztere auch an wettbewerbsfähigen, Arbeitsplätze erhaltenden Unternehmen interessiert seien<sup>64</sup>, ist abzulehnen. Sie läßt außer Acht, daß damit im konkreten Fall lediglich die Interessen eines Teils einer etwa von Umstrukturierungsentscheidungen betroffenen Gesamtbelegschaft, nämlich die von den Folgen der konkreten Entschei-

60 BGBl. I, S. 786.

61 Groh (Fn. 35), DB 2000, 2153, 2157 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung des KonTraG: BT-Drucks. 13/9909, S. 12 f.; 13/9712, S. 13; Mülberr (Fn. 35), FS Röhrich (2005), S. 421, 433 f.

62 Siehe BT-Drucks. 13/9712 S. 13: „Der Eigenerwerb darf nicht der kontinuierlichen Kurspflege und dem Handel in eigenen Aktien dienen. Auf einem funktionierenden Kapitalmarkt liefert der Markt die richtige Unternehmensbewertung.“, zutreffend Ulmer (Fn. 55), AcP 202 (2002), 143, 159; Fleischer (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 135.

63 „Unternehmensinteresse“: BGH, Urt. v. 5.7.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 331 = NJW 1975, 1412; „Gesellschaftsinteresse“: BGH, Urt. v. 23.6.1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133, 139, 140 = NJW 1997, 2815; Henze als ehemaliges Senatsmitglied bezeichnet es demgegenüber als offenes Geheimnis, daß der BGH dem Stakeholder value-Konzept zuneige, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209, 212. Anders Mülberr (Fn. 35), FS Röhrich (2005), S. 421, 437: „ein bißchen Shareholder value“. In diese Richtung geht auch die jüngste Bemerkung des 3. Strafsenats des BGH in der „Mannesmann“-Entscheidung, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, ZIP 2006, S. 72, 75 (rechte Spalte) = NJW 2006, 522.

64 Busse von Colbe (Fn. 35), ZGR 1997, 271, 289; GroßKomm.AktG/Kort, § 76 Rn. 52; Neubürger (Fn. 35), Handbuch CG, S. 177, 194; dagegen zutreffend Kuhner, Unternehmensinteresse vs.

dung gerade verschonten Arbeitnehmer, erfaßt werden. Ein zur Widerlegung dieses Arguments nachzuweisender Zusammenhang zwischen Rationalisierungsentscheidung und (Wieder-)Einstellung der zuvor wegrationalisierten Arbeitskräfte ist empirisch nicht erbracht und m.E. auch praxisfern. Das gegenteilige Postulat einer Gesamtbeschäftigungsverantwortung „der Arbeitnehmerschaft“ ist ebensowenig wie die Gemeinwohlbindung des Vorstands<sup>65</sup> zu begründen.

Daß neben den Interessen der Anteilseigner aber überhaupt andere Interessengruppen vom Vorstand berücksichtigt werden müssen, ist völlig unstrittig und folgt allein aus den vielfältigen vertraglichen und gesetzlichen Bindungen des Vorstands etwa durch Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzvorschriften. Gerade die vertraglich oder gesetzlich nicht geregelten Interessenkonflikte innerhalb der Zielorientierung, z.B. solche mit Interessen an der Bindung bzw. Gewinnung von qualifizierten Arbeitnehmern oder Kunden, sind folglich vom Vorstand zu bewältigen. Da sich der Gesetzgeber einer Kollisionsregel in § 76 AktG enthalten hat, muß dies notwendigerweise eine Ermessensentscheidung des Vorstands leisten<sup>66</sup>. Für die Frage der Zielsetzung des Vorstandshandelns ist, wie im Folgenden entwickelt wird, dennoch ein grundsätzlicher Vorrang der Anteilseignerinteressen vor anderen Interessengruppen notwendig<sup>67</sup>.

#### a. Gesellschaftsinteresse vs. Unternehmensinteresse

Die mehrdeutige Verwendung der Begriffe „Gesellschaftsinteresse“ und „Unternehmensinteresse“ insbesondere durch die Rechtsprechung verschleiert den inhaltlichen Gegensatz des Begriffspaares<sup>68</sup>. Während unter der Handlungsmaxime des Unternehmensinteresses wie gezeigt eine interessenpluralistische Stakeholder value-Orientierung verstanden wird, bezeichnet das Gesellschaftsinteresse eine am Zweck des Verbands ausgerichtete, für alle Gesellschaftsorgane gleichermaßen verbindliche und gegebenenfalls divergierenden Einzelinteressen der Anteilseigner übergeordnete Leitmaxime<sup>69</sup>. Das Gesellschaftsinteresse läßt sich weiter in das Sachziel, den Gegenstand des Unternehmens als Pflichtbestandteil der Satzung gem. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, und das regelmäßige Formalziel der Aktiengesellschaft, die Gewinn-

---

Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften, ZGR 2004, 244, 270; *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), 142, 156; *Mülbert* (Fn. 35), ZGR 1997, 129, 168.

65 Dazu sogleich unter § 2B.I.2.d.

66 Nur insofern ist der Konfliktlösungsstrategie der h.M. zuzustimmen. Ähnlich MüKo-AktG/*Semler/Spindler*, Vor § 76 Rn. 90; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 136.

67 So auch *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 135; *Zöllner*, Unternehmensinnenrecht: Gibt es das?, AG 2003, 1, 8, *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 637; *Kübler*, Shareholder Value: Eine Herausforderung für das Deutsche Recht?, FS Zöllner, Bd. I (1998), S. 321, 334; vorsichtiger v. *Werder*, in: Kodex-Komm. Rn. 354; *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), 143, 159; a.A. die wohl h.M. (Nachw. in Fn. 37).

68 Siehe hierzu die Nachw. in Fn. 63.

69 *Mülbert* (Fn. 35), ZGR 1997, S. 129, 141.

erzielung, unterteilen<sup>70</sup>. Das Formalziel der Orientierung an der Rentabilität der Gesellschaft ist dabei nicht nur betriebswirtschaftliche Maxime, sondern die zentrale Rechtspflicht des Vorstands<sup>71</sup>. Als Rechtspflicht ist diese Leitmaxime unabdingbar. Sie kann zwar kurzfristig aus Investitionsgründen oder aus Image- oder Marketingmotiven durch die Förderung kultureller oder sozialer Ziele verlassen werden, aber nur, um sie damit auf Dauer mittelbar wieder zu festigen<sup>72</sup>. Das Gesellschaftsinteresse als Leitmaxime ist gegenüber der des Unternehmensinteresses klar konturiert und damit im operativen Geschäft des Vorstands handhabbar. Sie wirkt damit eigennützigem bzw. opportunistischem Vorstandshandeln entgegen<sup>73</sup>. Bei einer Verpflichtung auf ein interessenpluralistisch verstandenes Unternehmensinteresse notwendig auftretende Zielkonflikte<sup>74</sup> lassen sich am besten durch die ausschließliche Verpflichtung des Vorstands auf das Gesellschaftsinteresse unter Aufgabe eines interessenpluralistisch verstandenen Unternehmensinteresses erreichen. Andere Interessengruppen werden hierbei durch ein vertraglich oder gesetzlich garantiertes Mindestschutzniveau hinreichend berücksichtigt<sup>75</sup>. Daß häufig über das Mindestniveau hinaus den anderen Interessengruppen zusätzliche Leistungen etwa als Leistungsanreize vertraglich gewährt werden, steht im übrigen nicht im Widerspruch hierzu, sondern entspricht dem Interesse eines rationalen Eigenkapitalgebers, da es dem Unternehmen andernfalls zunehmend schwer fallen dürfte, qualifizierte Arbeitskräfte zu finden<sup>76</sup>. Dieser Gedanke wird im übrigen durch die ständige Rechtsprechung des BAG zur eingeschränkten Justitiabilität der unternehmerischen Entscheidung, aus Rationalisierungsgründen betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen, bestätigt<sup>77</sup>. Ähnlich wie der Fall der Gewinnung qualifizierten Personals ist die Förderung von außerhalb eines eng verstandenen Formalziels der Gesellschaft liegender sozialer Zwecke mit dem langfristigen Ziel der Kundengewinnung zu bewerten<sup>78</sup>. Begrenzt werden derartige Leistungsanreize mithin

- 
- 70 *Kuhner* (Fn. 64), ZGR 2004, 244, 246; *Mülbert* (Fn. 35), FS Röhrich (2005), 421, 438 vertritt nun weitergehend sogar ein „bipolares Formalziel“ der Aktiengesellschaft aus Gewinnmaximierung für den Verband und Marktwertmaximierung der Aktie.
- 71 OLG Hamm, Urt. v. 10.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 514 = ZIP 1995, 1263; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 13; *GroßKomm.AktG/Kort*, § 76 Rn. 52.
- 72 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – I StR 215/01, DB 2002, S. 626, 627 = NJW 2002, 1585.
- 73 *Eidenmüller*, Kapitalgesellschaften im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ 2001, 1041, 1044.
- 74 So auch *Kuhner* (Fn. 64), ZGR 2004, S. 244, 254.
- 75 Ähnlich *Hansmann/Kraakman*, The End of History for Corporate Law, GLJ 89 (2001), 439, 441; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 134.
- 76 Zu einem interessanten Fall eines derartigen Interessenkonflikts zwischen den Renditeinteressen eines schweizerischen Pensionsfonds und den gegenläufigen sozialen Interessen seiner Anleger *Forstmoser*, Exit oder Voice? Das Dilemma institutioneller Investoren, FS Wiegand (2005), S. 785, 805 f.
- 77 Siehe zuletzt etwa BAG, Urt. v. 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, NZA 1996, S. 1145, 1147 = AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969; Urt. v. 19.5.1993 – 1 ABR 48/92, NZA 1993, S. 1075, 1076 = AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969.
- 78 *GroßKomm.AktG/Kort*, § 76 Rn. 58. Die Erfolgslogik des „good corporate citizen“-Modells erkennt neuerdings auch der BGH an, Urt. v. 6.12.2001 – I StR 215/01, DB 2002, 626, 627. Freiwillige

wiederum durch das Gesellschaftsinteresse, eine dauerhafte Rentabilität des Unternehmens zu erreichen bzw. zu erhalten.

Zwar ist bei diversifizierter Aktionärsstruktur ein Widerspruch zwischen Shareholder value- Konzept und Gesellschaftsinteresse konstatiert worden<sup>79</sup>. Da aber das Gesellschaftsinteresse als Summe der Interessen der einzelnen Aktionäre zu verstehen ist<sup>80</sup>, nicht als ein abstraktes, hiervon losgelöstes Verbandsziel, ist die Auflösung von Interessenkonflikten zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären zwar eine wichtige Aufgabe des Vorstands, aber kein Widerspruch zum notwendigen Vorrang der Anteilseignerinteressen vor denen der anderen Stakeholder.

#### **b. Untauglichkeit des Konkordanzprinzips**

Der Ansatz der h.M., dem Vorstand aufzugeben, die von ihm im Unternehmensinteresse gleichrangig zu beachtenden Interessen von Shareholdern und Stakeholdern im Zuge der Ermessensentscheidung in jedem Einzelfall im Wege praktischer Konkordanz gegeneinander und untereinander abzuwägen, ist als Entscheidungslinie untauglich und daher abzulehnen<sup>81</sup>. Das Prinzip der praktischen Konkordanz ist ein Verfahren zur Konkretisierung miteinander konfligierender verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen<sup>82</sup>. Es geht über eine bloße Güterabwägung oder Kosten-Nutzen-Betrachtung hinaus und zielt auf die Harmonisierung der von einer Entscheidung betroffenen Rechtsgüter durch ihre verhältnismäßige Zuordnung zueinander, so daß diese zu optimaler Wirksamkeit gelangen, ohne eine Rechtsposition in ihrer Geltung völlig einzuschränken<sup>83</sup>. Mit diesem Prinzip dürfte etwa eine von der h.M. wohl ebenfalls nicht als Verstoß gegen § 76 AktG angesehene Massentlassung zur Maximierung der Eigenkapitalrendite, sofern diese auf einem wirtschaftlich nachvollziehbaren Rationalisierungsplan beruht<sup>84</sup>, nicht vereinbar sein. Ebensowenig ist das Konkordanzprinzip mit dem Aufgabenprofil des Vorstands als „Entscheidungsorgan“ vereinbar, da es praktisch inoperabel ist und damit zu einer Lähmung von Entscheidungsprozessen im operativen Geschäft führen muß. Erst der notwendige Vorrang der Anteilseignerinteressen gibt dem Vorstand eine zumindest operable letztverbindliche Entscheidungsmaxime vor, die unternehmerisches Handeln

---

Akzeptanz setzt auch die Europäische Kommission mit ihrer Initiative zur Förderung einer „Corporate Social Responsibility“ voraus, siehe *Grünbuch: Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung von Unternehmen*, KOM (2001) 366 endg., insbes. Rn. 8, 21, 24, 28, 42.

79 *Mülbert* (Fn. 35), ZGR 1997, S. 129, 156 ff.; *ders.* (Fn. 35), FS Röhrich (2005), S. 421, 427 f.

80 *GroßKomm.AktG/Kort*, § 76 Rn. 53.

81 So auch *Kuhner* (Fn. 64), ZGR 2004, S. 244, 255 f.

82 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), S. 26 ff.

83 *Hesse* (Fn. 82), Verfassungsrecht, S. 28.

84 *Ascheid/Preis/Schmidt*, § 1 KSchG Rn. 549 f. m.w.N. zur Rechtsprechung in derartigen Fällen betriebsbedingter Kündigungen.

insbesondere in Risiko- und Prognosefällen einerseits erleichtert und andererseits auch justiziabel macht<sup>85</sup>.

### c. Rechtsökonomische Argumente

Auch aus rechtsökonomischer Perspektive ist der Primat der Anteilseignerinteressen gerechtfertigt.

#### [1] Ausgangspunkt: Unternehmen als Vertragsnetzwerke

Die ökonomische Rationale der Kapitalgesellschaft als unternehmerische Organisationsform liegt zum einen in der häufig das Budget des Einzelunternehmers übersteigenden Höhe der Transaktionskosten einer beabsichtigten Transaktion, zum anderen in der Möglichkeit, knappe Kapitalressourcen auf verschiedene Anlageobjekte zu verteilen und hierdurch Risikodiversifikation betreiben zu können sowie das Risiko persönlicher Haftung auszuschließen<sup>86</sup>. Diese Ziele werden durch Verträge zwischen den am Unternehmen beteiligten Interessengruppen definiert und umgesetzt. Kapitalgesellschaften werden aus ökonomischer Perspektive in Durchbrechung der verbandsrechtlichen Vorstellung des verselbständigten Rechtsträgers als „Netz von Verträgen“<sup>87</sup> zwischen den Anteilseignern, zwischen diesen und dem Management sowie den Arbeitnehmern verstanden. Die marktmäßige Austauschbeziehung zum Vertragspartner wie sie etwa der Einzelunternehmer begründet, wird durch eine unternehmensinterne, spezifische Zuordnung von Rechten und Pflichten substituiert. Diese vertragliche Zuordnung ist um so präziser möglich, je zuverlässiger die Vertragspartner ihre jeweiligen Risiken kalkulieren können. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Vertragsbeziehung befristet ist oder ohne weiteres kündbar ist. Bei langfristig angelegten Vertragsbeziehungen nimmt der Anteil des durch explizite Regelungen nicht abzusichernden Risikos zu, so daß auch die Wahrscheinlichkeit zunimmt, diese Verträge in Zukunft veränderten Gegebenheiten anpassen zu müssen. Häufig entstehen hierbei, da dieser Anpassungsbedarf nicht antizipiert und daher nicht explizit geregelt wird, nicht einklagbare, implizite vertragliche Erwartungen<sup>88</sup>. Arbeitsverträge sind ein Musterbeispiel für derartige implizite Erwartungen: hochqualifizierte junge Arbeitnehmer erwarten in der Regel, bei entsprechender Leistung inhaltliche und monetäre Aufstiegschancen im Unternehmen zu erhalten. Arbeitgeber erwarten demgegenüber, daß die Arbeitnehmer

---

85 I.E. auch MüKoAktG/*Hefermehl/Spindler*, § 76 Rn. 68; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 137.

86 Hierzu *Eidenmüller* (Fn. 73), JZ 2001, 1041, 1042; v. *Werder*, Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Handbuch Corporate Governance (2003), S. 3, 6.

87 Grundlegend *Williamson*, Corporate Governance, YLJ 93 (1984), S. 1197 ff.; zusammenfassend *Eidenmüller* (Fn. 64), JZ 2001, 1041, 1043.

88 Zu den folgenden Beispielen näher *Kuhner* (Fn. 64), ZGR 2004, S. 244, 260; v. *Werder* (Fn. 86), Handbuch CG, S. 3, 9 f.

durch eingeräumte Aufstiegschancen spezifische Fähigkeiten erwerben und einen hohen Grad der Identifikation mit dem Unternehmen entwickeln<sup>89</sup>.

## [2] Höheres Risiko der Anteilseigner

Die Anteilseigner trifft innerhalb der sie betreffenden Vertragsbeziehung ein ungleich höheres vertragliches Ausfallrisiko als die Stakeholder. Zwar läßt sich nicht leugnen, daß bei Erwerb hochspezifischer Kenntnisse des Arbeitnehmers (unter der Prämisse fehlender anderweitiger Verwertungsmöglichkeit dieser Kenntnisse am Markt) ein gewisses „Ausbeutungsrisiko“ zulasten des Arbeitnehmers besteht und damit die Option des Arbeitnehmers, das Unternehmen freiwillig zu verlassen, wertlos werden kann<sup>90</sup>. Wesentlich abgeschwächt wird dieses Risiko aber, sofern man nicht bereits die ihm zugrundeliegende Prämisse als praxisfern ablehnen möchte, durch den Anreiz des Arbeitgebers, auch in Zukunft hochqualifiziertes Personal zu finden und an sich zu binden. Letzteres dürfte ihm bei einer negativen Reputation aufgrund einer auf kurzfristige Gewinnmaximierung und die Vernachlässigung impliziter Verträge<sup>91</sup> ausgerichteter Personalpolitik zunehmend schwer fallen<sup>92</sup>. Zudem sind die Stakeholder durch (explizite) vertragliche Regelungen und gesetzliche Schutznormen hinreichend abgesichert. So ist etwa eine einseitige Absenkung der Lohnhöhe nur unter den engen Voraussetzungen einer Änderungskündigung möglich<sup>93</sup>. Kollektive Eingriffsregelungen durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag sind ohnehin nur unter Beachtung des Günstigkeitsprinzips möglich. Überdies sind die Forderungen der Arbeitnehmer als Festbetragsbeteiligte unabhängig davon, ob das Unternehmen Verluste macht, zu befriedigen<sup>94</sup>. Die Anteilseigner als Restbetragsbeteiligte haben hingegen nur im Fall eines erzielten Bilanzgewinns nach Befriedigung der Forderungen der Festbetragsbeteiligten und auch dann nur unter den Voraussetzungen der §§ 58 Abs. 4, 59 Abs. 2 AktG einen Ausschüttungsanspruch. Sie tragen zudem das volle Insolvenzrisiko, während die Festbetragsbeteiligten durch das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 Abs. 1 AktG, die Grundsätze der Rechtsprechung zu

---

89 Weitere Beispiele sind spezifische Infrastrukturinvestitionen eines Unternehmens oder die Ausrichtung der Fertigungsstruktur eines Zulieferers auf einen Großabnehmer. In einer ausgewogenen Vertragsbeziehung halten sich diese impliziten Erwartungen beider Vertragspartner die Waage, ohne daß eine explizite Regelung notwendig ist.

90 A.A. *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 133.

91 Zu diesem Vorwurf *Blair*, *Ownership and Control: rethinking corporate governance for the twenty-first century* (1995) S. 122 ff.

92 I.E. auch *Windbichler/Bachmann* (Fn. 16), FS *Bezenberger* (2000), S. 797, 804; v. *Werder* (Fn. 6), Handbuch CG, S. 3, 12; a.A. wohl *Schmidt/Weiß* (Fn. 16), Handbuch CG, S. 107, 117 f., die einen „impliziten Verfassungsvertrag“ als Lösungsmöglichkeit sehen. Die praktische Tauglichkeit dieses Konzepts ist freilich nicht ersichtlich.

93 Hierzu eingehend *Erfurter Komm.-Ascheid*, § 2 KSchG, Rn. 64 ff.

94 Nach *Kübler*, *Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl. (1998), S. 19; *ders.* (Fn. 67), FS *Zöllner*, S. 321, 327 sind die Arbeitnehmer bei Betriebsrentenanwartschaften sogar wie Residualbeteiligte anzusehen, was die Unternehmensmitbestimmung als Sicherungsinstrument erfordere. Zu dieser abzulehnenden Vorstellung näher unter § 3B.II.2.c[2][a].

eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen<sup>95</sup>, die Haftung der Aktionäre gem. § 62 AktG und die Insolvenzanfechtungsvorschriften der §§ 129 ff. InsO hinreichend geschützt werden. Da der Veräußerungserlös des Sachkapitals in der Praxis regelmäßig nicht zur Befriedigung aller Insolvenzgläubiger ausreicht, ist zudem die geleistete Einlage im Insolvenzfall dauerhaft verloren<sup>96</sup>.

#### d. Keine abstrakte Gemeinwohlbindung des Vorstands

Der Vorstand der Aktiengesellschaft unterliegt keiner Gemeinwohlbindung, die dem Primat der Anteilseignerinteressen entgegenstehen könnte<sup>97</sup>. Daß eine derartige Bindung kein verfassungsrechtliches Gebot der Sozialbindung des Eigentums sein kann, wurde bereits belegt<sup>98</sup>.

Das aus der Entstehungsgeschichte des § 76 AktG abgeleitete Argument einer Fortgeltung des Gemeinwohlanspruchs des § 70 AktG 1937<sup>99</sup> ist bereits aus rechtsmethodischer Sicht nicht mehr tragfähig<sup>100</sup>. Weder nach der geltungszeitlich-subjektiven Theorie<sup>101</sup>, noch nach der objektiven Theorie<sup>102</sup> zur Bedeutung des Willens des historischen Gesetzgebers bei der Auslegung gegenwärtig geltender Gesetze, ist der **Wille** einer impliziten Fortgeltung der Gemeinwohlbindung maßgeblich. Dies folgt für die objektive Theorie schon aus der Prämisse, die Auslegung habe allein vom objektiv-normativen Gehalt der Vorschrift auszugehen. Der objektive Gehalt des § 76 AktG hat sich aber infolge der Betonung einzelner Aspekte des Shareholder value-Konzepts durch den Gesetzgeber bis heute erheblich gewandelt, wenn auch noch kein explizites Leitbild erkennbar ist. Gleiches gilt jedenfalls im Ergebnis für die geltungszeitlich-subjektive Theorie, die den historischen Willen des Gesetzgebers in die Gegenwart projiziert, hierbei aber ebenfalls dem gewandelten Normumfeld Rechnung trägt.

Das im Regierungsentwurf zur Aktiengesetznovelle 1965<sup>103</sup> geäußerte Argument, eine Bindung an die Interessen der Allgemeinheit ergebe sich bereits aus § 396 AktG, ist zudem unschlüssig. Schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, daß ein Auflösungsantrag nur Aussicht auf Erfolg hat, wenn das Gemeinwohl durch

95 Grundlegend BGH, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, S. 381, 385 ff. = NJW 1984, 1188.

96 Zutreffend *Kübler* (Fn. 67), FS Zöllner, S. 321, 325; dies verkennt *Kuhner* (Fn. 64), ZGR 2004, 244, 259.

97 Zur ebenfalls abzulehnenden Vorstellung einer durch die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat erzeugten Gemeinwohlbindung des Unternehmens siehe § 3B.III.

98 Siehe § 2B.I.1.b.[1].

99 Siehe § 2B.I.1.b[2].

100 I.E. ganz h.M., siehe etwa *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), 143, 158; *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 132; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, § 76 Rn. 32; GroßKomm.AktG/Kort, § 76 Rn. 60.

101 Hierzu näher *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl. (2001), S. 37, 41.

102 Zur objektiven Theorie eingehend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Studienausgabe, 3. Aufl. (1995), S. 137 ff.

103 Begr.RegE bei *Kropff* (Fn. 53), AktG 1965, S. 97 f.

**gesetzeswidriges** Verhalten gefährdet wird. Hieran wird deutlich, daß es allein der Gesetzgeber ist, der zur Verankerung von Gemeinwohlbelangen, etwa im Bereich des Strafrechts, des allgemeinen Sicherheitsrechts oder des Umweltrechts, berufen ist. Aus dem Umkehrschluß der Norm ergibt sich, daß ein Verstoß gegen abstrakte, mithin nicht aus gesetzlich definierten und sanktionierten Gemeinwohlbelangen abgeleitete Interessen der Allgemeinheit von vornherein keinen Auflösungsantrag rechtfertigen kann<sup>104</sup>. Eine abstrakte Bindung des Vorstands der Aktiengesellschaft an „das Gemeinwohl“ würde zudem nicht zuletzt wegen ihrer haftungsrechtlichen Sanktionsbedürftigkeit ein Einfallstor für uferlose staatliche (gerichtliche) Steuerungseingriffe in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bilden und unternehmerische Entscheidungen infolgedessen weitgehend lähmen<sup>105</sup>.

Aufgrund der Unbestimmtheit einer derartigen Rechtspflicht verstieße die Gemeinwohlbindung auch gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG. Insofern folgerichtig, hat der Gesetzgeber in § 396 AktG gerade die Zusatzvoraussetzung des Gesetzesverstößes geschaffen. Damit soll nicht etwa der Einführung eines geschlossenen Gemeinwohlkonzepts das Wort geredet werden, da ein solches entwicklungsresistent und damit notwendigerweise instabil wäre<sup>106</sup>. Vielmehr wird umgekehrt deutlich, daß es nicht Aufgabe der Unternehmensorgane sein kann, den Kampf der Interessen um die Definition des Gemeinwohls im Einzelfall zu führen. Im Rahmen einer notwendig „offenen Gemeinwohldefinition“ ist dies allein Aufgabe des Gesetzgebers<sup>107</sup>.

Die staatlich präferierte Sozialmoral erscheint in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung demzufolge nicht in den unmittelbaren Handlungsmotiven der Akteure am Markt, sondern als Handlungsrestriktion in Form von „Spielregeln“, einer „Rahmenordnung“, in der die Gemeinwohlinteressen die individuelle Freiheit der Akteure verhältnismäßig begrenzen<sup>108</sup>. Die Einhaltung der Rahmenordnung wird dann durch staatliche Kontrollinstanzen (Justiz, Kartellbehörden, Kapitalmarktaufsicht) überwacht. Ansprüche an individuelles moralisches Handeln werden in dieser Rahmenordnung nur bei Auftreten von Lücken im Ordnungsrahmen selbst gestellt und dies auch nur insoweit, als die Konsistenz der Rahmenordnung hierdurch bedroht wird<sup>109</sup>. Ansätze, die unter Verabsolutierung eines Gemeinwohlspruchs an das Individuum

---

104 Hüffer, AktG, § 396 Rn. 3.

105 Zutreffend MüKoAktG/Hefermehl/Spindler, § 76 Rn. 69; zur ähnlichen Problemlage der Inhaltskontrolle von Satzungsbestimmungen auch Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992) S. 147.

106 Engel, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie, 3 (2001), 23, 32 f.

107 Engel (Fn. 106), Rechtstheorie, 3 (2001), 23, 24.

108 Homann, in: Lütge, Christoph (Hg.), Vorteile und Anreize (2002), S. 5, 42.

109 Zu Anwendungsfällen Homann, (Fn. 108), S. 35 ff.

für eine „umfassende Ethisierung des Privatrechts“<sup>110</sup> eintreten, ohne allerdings präzise Maßstäbe dieser Ethik zu benennen, verkennen demgegenüber entweder schon den Zusammenhang von Ursache und Wirkung privatautonomen Handelns oder sie laufen auf die vage allgemeinpolitische Forderung nach staatlich garantierter „Verteilungsgerechtigkeit“<sup>111</sup> hinaus, die in ihrer Absolutheit die Voraussetzungen privatautonomen Handelns beseitigt<sup>112</sup>.

Der Gesetzgeber setzt im Gegensatz zu derartigen Ansätzen in § 76 AktG vielmehr auf das Prinzip der „eigenverantwortlichen Leitung“ der Aktiengesellschaft durch den Vorstand. Eigenverantwortlich bedeutet nicht verantwortungslos, da eine Bindung an die Interessen der Anteilseigner durch das Gesellschaftsinteresse und gegenüber den anderen Stakeholdern zumindest aufgrund der vertraglich und gesetzlich begründeten Pflichten besteht. Die Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse allein kann es wie gezeigt darüber hinaus auch auf Kosten kurzfristiger Gewinnmaximierungsinteressen erforderlich machen, Investitionen zu tätigen oder soziale Einrichtungen zu schaffen, Sponsoring zu betreiben etc., also das Image des Unternehmens als „good corporate citizen“ zu pflegen, um langfristig die Rentabilität zu sichern und zu steigern. Die unternehmensspezifische Definition des Gesellschaftsinteresses nehmen aber allein die Anteilseigner in der Satzung vor, §§ 23 Abs. 3 Nr. 2, 28 AktG. Dies unterstreicht die gewählte Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Formulierung abstrakter Gemeinwohlsprüche.

Im übrigen ist die Interessenbindung des Vorstands einerseits durch die Haftungsvorschriften der §§ 93, 116 AktG, andererseits durch die Außenhaftung gegenüber Dritten<sup>113</sup> und die Strafbarkeit gem. § 401 AktG sanktioniert<sup>114</sup>. Bezeichnenderweise wird hierbei nicht der wirtschaftliche Mißerfolg als solcher sanktioniert, da im Einzelfall auch die Zerschlagung wirtschaftlicher Strukturen im Interesse der Wiederherstellung der Rentabilität eines Teils des Unternehmens geboten sein kann<sup>115</sup>.

Insofern folgerichtig setzt auch die Initiative der Europäischen Kommission zur Förderung einer „Corporate Social Responsibility“, die in der Verantwortung gemeinschaftsweit tätiger Unternehmen für „Wirtschaftswachstum, sozialen Zusammenhalt

---

110 *Derleder*, Privatautonomie, Wirtschaftstheorie und Ethik des rechtsgeschäftlichen Handelns, FS Wassermann (1985), S. 643, 656.

111 *Derleder*, (Fn. 110), FS Wassermann, S. 643, 657.

112 In diesem Sinne auch *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 102, 129 f.; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 294 f. zum Verhältnis von Wettbewerb und Verteilungsgerechtigkeit.

113 Etwa durch die zivilrechtliche Insolvenverschleppungshaftung nach §§ 92 Abs. 2 AktG, 823 Abs. 2 BGB.

114 Hierzu aus zivilrechtlicher Sicht: *Röhrich*, Insolvenrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505, 507; aus strafrechtlicher Sicht: *Tröndle/Fischer*, Vor § 283 Rn. 3.

115 *Mertens*, Kölner Komm. AktG, § 76 Rn. 23.

und Umweltschutz“ eine Möglichkeit zur Selbstverpflichtung im Interesse der Steigerung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit sieht, ganz auf Freiwilligkeit<sup>116</sup>.

### 3. Zulässigkeit von Zielvorgaben durch Satzungsbestimmung

Ob sich die Anteilseigner in der Satzung auf eine Zielbestimmung des Handelns der Leitungsorgane festlegen können, ist umstritten.

#### a. Meinungsstand

Einige Literaturstimmen<sup>117</sup> lehnen die Zulässigkeit einer derartigen Zielbestimmung ab. Sie sehen in einer Satzungsbestimmung, die über die Betonung des Formalziels der Gewinnerzielung hinausginge, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 S. 1 AktG. Eine Festlegung auf die von der h.M. abweichende Vorstellung eines Vorrangs der Anteilseignerinteressen vor den Interessen anderer Stakeholder wäre hiernach eine von der Vorschrift des § 76 Abs. 1 AktG abweichende Satzungsbestimmung, da sie das Merkmal der „Eigenverantwortlichkeit“ des Vorstands verkennen würde. Eine Klausel die schlicht eine Bindung „an das Gesellschaftsinteresse“ festschriebe, wäre hiernach als redundant und damit obsolet anzusehen.

Die Gegenansicht<sup>118</sup> sieht die Aktionäre als „Herren des Unternehmens“ und die Eigenverantwortung des Vorstands als durch deren Satzungshoheit definiert und begrenzt. Wenn die Anteilseigner hiernach ohne weiteres mit satzungsändernder Mehrheit (§ 179 Abs. 2 AktG) den Unternehmensgegenstand, wie er in § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG festgelegt ist, verändern können, und damit der Unternehmensführung grundlegend andere Ziele vorgeben können, muß sie auch den Vorrang der Anteilseignerinteressen vor anderen Interessengruppen dem Vorstand verbindlich vorschreiben können. *Ulmer*<sup>119</sup> folgt im Grundsatz der letztgenannten Ansicht, macht aber eine Ausnahme für paritätisch mitbestimmte Aktiengesellschaften, da der Gesetzgeber insoweit einen Arbeitnehmereinfluß auf die Unternehmenszielbestimmung erwartet habe und diese Erwartung nicht durch abweichende Satzungsbestimmungen konterkariert werden dürfe.

---

116 *Grünbuch*, Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen, KOM (2001) 366 endg., insbes. Rn. 8, 21, 24, 28, 42; i.E. auch *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Rechtsfertigungsdruck, in: *ders.* (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung (2004), § 1 Rn. 27.

117 *Mertens*, Kölner Komm. AktG, Vor § 76 Rn. 21; zusammenfassend *Mülbert* (Fn. 35), ZGR, 1997, 129, 164 ff.

118 *GroßKomm.AktG/Wiedemann*, § 179 Rn. 67; *Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, S. 759, 761; *ders.* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 136; *Groh* (Fn. 35), DB 2000, 2153, 2158; *Mülbert* (Fn. 35), FS Röhrich (2005), S. 421, 440.

119 *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), 142, 159 f.

## b. Stellungnahme

Eine Satzungsbestimmung, die den Vorstand an den Vorrang der Anteilseignerinteressen bindet, ist zulässig. Ein Verstoß gegen das Prinzip der Satzungsstrenge liegt hierin nicht, da der Maßstab der Eigenverantwortlichkeit ein relativer ist. Wie § 83 AktG zeigt, ist der Vorstand verpflichtet, Maßnahmen, die in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fallen, vorzubereiten und auszuführen. Der Vorstand ist also bei Fragen, welche die Satzungshoheit betreffen, durchaus direkt den Anteilseignern verantwortlich. Wenn letztere aber schon den Unternehmensgegenstand autonom verändern können, dann kann auf diesem Wege erst Recht ein Rangprinzip der Gruppeninteressen vorgegeben werden. Da der Vorstand innerhalb dieses Rangprinzips eigenverantwortlich über vertragliche oder gesetzliche Schutzpflichten hinausgehende Leistungen gewähren kann und sich im Einzelfall gegen eine (kurzfristige) Gewinnmaximierung entscheiden kann, bleibt ihm auch ein substantieller Entscheidungsspielraum. Durch die Betonung des Rangprinzips in der Satzung, und damit mittelbar auch der Bedeutung der Stakeholderinteressen, würde im übrigen nicht bloß das Gesellschaftsinteresse expliziert, da dieses keine Vorgabe hinsichtlich der vom Vorstand anzuwendenden Entscheidungsverfahren enthält. Eine Satzungsvorgabe wäre mithin nicht obsolet. Selbst eine Festlegung auf die Börsenkursmaximierung als ausschließliche Zielbestimmung des Unternehmens wäre ohne Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG zulässig, da hierbei ein substantieller Entscheidungsspielraum des Vorstands verbliebe, innerhalb dessen die verschiedenen Anteilseignerinteressen untereinander zu gewichten wären. Zulässig wäre es demzufolge umgekehrt auch, das Gesellschaftsinteresse ganz oder teilweise auf die Verfolgung von Gemeinwohlinteressen auszurichten, etwa die Verfolgung karitativer oder ideeller Ziele<sup>120</sup>. Die Zulässigkeit derartiger Satzungsbestimmungen dient im übrigen letztlich den Transparenzbedürfnissen des Kapitalmarktes<sup>121</sup> und wird damit auch der Leitmaxime des DCGK gerecht<sup>122</sup>. Die von *Ulmer* vorgenommene Einschränkung, die Festlegung auf den Primat des Shareholder value sei nur bei nicht- oder unterparitätisch mitbestimmten Gesellschaften zulässig, überzeugt nicht. Weder ist dies aus den Beschränkungen der Satzungsautonomie durch § 25 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 MitbestG, noch aus ungeschriebenen Schranken des MitbestG zu folgern, da diese lediglich die formale Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder und die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats als Organ garantieren sollen und nicht den

---

120 *Hüffer*, AktG, § 23 Rn. 22; *MüKoAktG/Pentz*, § 23 Rn. 74. Prominentes Beispiel ist § 1 Abs. 1 der Satzung der Carl Zeiss AG, worin auf die soziale Zwecksetzung in § 1 Abs. 1 des Statuts der unternehmenstragenden Carl Zeiss Stiftung verwiesen wird und (freilich unter dem Vorbehalt wirtschaftlicher Vertretbarkeit) die Förderung von „gemeinnützigen Einrichtungen“ sowie „Maßnahmen zugunsten der (ortsansässigen) Bevölkerung“ als Teil des Gesellschaftszwecks genannt werden.

121 *Fleischer* (Fn. 27), Handbuch CG, S. 129, 136.

122 Vgl. Satz 1 der Präambel des DCGK; v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 83.

Kernbereich der Satzungsautonomie eingreifen. Ein bei *Raiser* anklingender harmonisierender Ansatz, der hiervon losgelöst alle „mitbestimmungsrelevanten“ Satzungsbestimmungen an der „Politik des [Mitbestimmungs-] Gesetzes“ unter Berücksichtigung einer „unternehmensrechtlichen Auslegung“ messen will<sup>123</sup>, ist folglich abzulehnen, da hierbei nicht ansatzweise deutlich wird, wo die Grenzen einer „Mitbestimmungsrelevanz“ liegen sollen. Ohnedies liegt dem MitbestG selbst nicht die Vorstellung einer nur an belegschaftsrelevanten Fragen beteiligten Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrats zugrunde<sup>124</sup>.

## II. Grundproblem: Trennung von Eigentum und Leitungsmacht bei Kapitalgesellschaften

Eng verbunden mit der Frage nach der Handlungsmaxime der Leitungsorgane ist das insbesondere bei der börsennotierten Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft angelegte Problem der Trennung von Eigentümerstellung und Leitungsmacht. Da bei der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft die Organmitgliedschaft nicht *ipso iure* an die Gesellschafterstellung geknüpft ist, gilt der Grundsatz der Fremddorganschaft, nach dem Vorstandsmitglied ein Gesellschafter oder ein Dritter sein kann<sup>125</sup>. Bei Publikumsgesellschaften wird aus dieser Möglichkeit ein ökonomisch veranlaßtes Prinzip, da sich in aller Regel die Anteilseigner wegen des hiermit verbundenen Aufwands nicht um die Leitung der Gesellschaft kümmern können oder wollen.

### 1. Principal-Agent-Konflikt

Die Auswirkungen dieser Trennung auf die Unternehmensorganisation sind bereits 1932 von *Adolph A. Berle* und *Gardiner C. Means*<sup>126</sup> diskutiert worden. Hiernach ist das Verhältnis zwischen Aktionären und Management in der Publikumsgesellschaft von einem grundlegenden Interessenkonflikt geprägt. Dieser Interessenkonflikt wird in der wirtschaftlichen Analyse institutioneller Arrangements im Kapitalgesellschaftsrecht als Hauptanwendungsfall des sog. Principal-Agent-Konflikts gesehen<sup>127</sup>. Ausgehend von der Vorstellung des Unternehmens als Vertragsnetzwerk werden die Vorstandsmitglieder als „Agenten“ von den Aktionären als „Prinzipalen“ beauftragt, das Unternehmen zu führen, das in diesem gebundene Eigenkapital treuhänderisch zu verwalten<sup>128</sup> sowie dessen Wert zu steigern. Verbandsrechtlich betrachtet, bestehen

---

123 *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 12; kritisch demgegenüber *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 6.

124 Siehe § 3B.V.1.b.[2][a].

125 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 409 f.

126 *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property* (1932).

127 Eingehend hierzu *Jensen/Meckling*, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, JFE 3 (1976), S. 305, 312 ff.; *Richter/Furubotn* (Fn. 15), *Institutionenökonomik*, S. 135 ff., 164.

128 *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht – Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten* (2001), S. 534; *Zöllner* (Fn. 67), AG 2003, 2. 9 ff.

hier vertragliche Bindungen aufgrund des Anstellungsvertrags zur Gesellschaft als juristischer Person (§ 1 Abs. 1 AktG) und ist „Auftraggeber“ der Aufsichtsrat als den Vorstand bestellendes Organ, § 84 AktG. Rechtsökonomisch betrachtet ist das verbandsrechtliche Verständnis hingegen zur Analyse des Principal-Agent-Konflikts ungeeignet<sup>129</sup> und daher an dieser Stelle auszuklammern.

Innerhalb der Treuhandbeziehung zwischen den Aktionären und dem Management kommt es notwendigerweise zu Interessenkonflikten, da sich das Management, dem Verhaltensmodell des „*homo oeconomicus*“ der ökonomischen Theorie<sup>130</sup> entsprechend, risikoavers und opportunistisch verhält. Dieses Modell sieht den Menschen als ganz überwiegend zweckrational handelndes Individuum an, das sich einer vollständigen, transitiven und stabilen Präferenzordnung gemäß für die Handlungsalternative entscheidet, die den innerhalb bestehender Restriktionen gegebenen Handlungsspielraum zur Erreichung des individuellen Ziels am besten ausnutzt<sup>131</sup>. Mit anderen Worten strebt das Management abweichend von den Interessen der Eigentümer an der Maximierung des Eigenkapitalwerts den maximalen Vorteil aus der ihnen eingeräumten Rechtsposition zugunsten der eigenen materiellen oder kompetenziellen Interessen an<sup>132</sup>. Diese Ausbeutungsgefahr ist durch die spezifische Struktur des Gesellschaftsvertrags als „entwicklungsoffenem“ langfristigen Vertrag<sup>133</sup>, der die Grundlage der Vertragsbeziehung zwischen den Aktionären und dem Management bildet, begünstigt. Dieser ist anders als ein Dauerschuldverhältnis wie etwa ein Darlehens- oder Arbeitsvertrag keinem rechtlichen Regime unterworfen, das vergleichbar dem Recht der Kreditsicherheiten oder der arbeitsrechtlichen Direktionsbefugnis einen spezifischen Risikoausgleich für vertraglich nicht regelbare oder vorhersehbare Risiken einer Vertragspartei bietet<sup>134</sup>. Dieses Risiko liegt in der fehlenden Möglichkeit, den unternehmerischen Renditeanspruch und das Risiko des völligen Verlustes des investierten Eigenkapitals betragsmäßig zu fixieren.

---

129 Behrens, „Corporate Governance“, FS Drobniig (1998), S. 491, 495.

130 Hierzu und zur bei Kapitalgesellschaften nur bedingt verfangenden Kritik an diesem Verhaltensmodell Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216, 220; Homann (Fn. 109), in: Vorteile und Anreize, S. 69 ff.

131 Eidenmüller (Fn. 73), JZ 2001, 1041, 1042.

132 Behrens (Fn. 129), FS Drobniig (1998), 491, 493, 494 f.; Eidenmüller (Fn. 73), JZ 2001, 1041, 1042; Teichmann, Corporate Governance in Europa, ZGR 2001, 645, 646, sog. „empire building“. Anders die sog. „Stewardshiptheorie“, dazu Berrar (Fn. 16), Entwicklung der Corporate Governance, S. 29, der selbst eine Verbindung von Agency- und Stewardshiptheorie herzustellen versucht.

133 Behrens (Fn. 129), FS Drobniig (1998), S. 491, 493.

134 So zu Garantien und Gewährleistungsrechten als Gegenstrategien zu Informationsasymmetrien als spezifischer Form des Marktversagens auch Fleischer (Fn. 27), Informationsasymmetrie, S. 126 ff.

Begünstigt wird die Opportunismusneigung des Managements zudem durch zwischen ihm und den Eigentümern bestehende Informationsasymmetrien<sup>135</sup>. So ist bei Bestellung des Vorstands regelmäßig noch nicht absehbar, ob sich die an die persönliche Qualifikation gestellten Anforderungen in der Praxis bestätigen werden. Zudem bleibt häufig offen, inwieweit erzielte Erfolge bzw. Mißerfolge auf die persönliche Leistung des Vorstands oder auf äußere Faktoren zurückzuführen sind, bzw. welche möglicherweise erfolversprechenderen Handlungsalternativen bestanden. Derartige Informationsasymmetrien wirken als spezifische Form des Marktversagens, da eine Marktseite nicht die volle Information über die reale Möglichkeit der Ertragsauswirkung ihrer Investition hat und daher in Gefahr ist, Neuinvestitionen zu überhöhten Preisen zu tätigen oder Desinvestitionsentscheidungen nicht oder nicht rechtzeitig zu tätigen<sup>136</sup>. Bei der heute weitgehend in Konzernstrukturen eingebunden börsennotierten Aktiengesellschaft, insbesondere im Fall der beherrschten Tochtergesellschaft, werden die beschriebenen Informationsasymmetrien und damit der Principal-Agent-Konflikt durch mehrstufig geschichtete Leitungsverantwortung noch verschärft, da die Aktionäre der Tochtergesellschaft neben den Entscheidungen der eigenen Unternehmensleitung noch denen der Konzernleitung ausgesetzt sind<sup>137</sup>.

## 2. Governance-Strukturen als Gegenmaßnahmen

Aus ökonomischer Sicht führt der Interessenkonflikt zwischen Anteilseignern und Management zum Anstieg von Kosten, die zum einen aus von Anteilseignerseite gebotenen Kontrollmechanismen, zum anderen aus von Managerseite betriebenen Gegenmaßnahmen herrühren, die den Anteilseignern die besondere Loyalität des Managements verdeutlichen sollen, wirtschaftlich aber nicht indiziert sind<sup>138</sup>. Hinzu kommt ein hierdurch verursachter bleibender Effizienzverlust. Verschärft wird dieser Interessenkonflikt durch die mit wachsender Zahl der Anteilseigner steigende Zahl sog. „free rider“, d.h. Anteilseignern, die zur Investition in eine aufwendige Managementkontrolle nicht bereit sind und bei eigener Untätigkeit Nutzen aus dem Engagement der anderen Anteilseigner ziehen<sup>139</sup>. Die zur Minimierung der entstehenden Kontrollkosten getroffenen Arrangements bilden die Strukturen die durch den eingangs definierten Begriff der Corporate Governance beschrieben wer-

---

135 v. *Werder* (Fn. 86), Handbuch CG, S. 3, 6.

136 Grundlegend zu diesem von *George A. Akerlof* modellhaft für den amerikanischen Gebrauchtwagenmarkt entwickelten Zusammenhang von Informationsasymmetrien als Marktversagen *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 121 f.; speziell zum Kapitalmarktrecht *MüKoAktG/Oechsler* § 71 Rn. 1.

137 Zur Leitungsverantwortung im Konzern vor diesem Hintergrund siehe *Fleischer* (Fn. 118), DB 2005, S. 759 ff.

138 *Eidenmüller* (Fn. 73), JZ 2001, 1041, 1047; *Behrens* (Fn. 129), FS *Drobnig* (1998), S. 491, 499: „Kontroll-, Garantie und Rentabilitätskosten“.

139 *Teichmann* (Fn. 132), ZGR 2001, 645, 652.

den. Sie werden als „*governance structures*“<sup>140</sup> oder „Corporate Governance-Mechanismen“<sup>141</sup> bezeichnet.

### C. Qualifikation der Corporate Governance-Mechanismen

Zur Lösung von Corporate Governance-Konflikten kommen in jeder marktwirtschaftlich geprägten Rechtsordnung grundsätzlich zwei Steuerungsmechanismen in Betracht. Zum einen kann die Konfliktlösung vorwiegend den Marktkräften überlassen werden, zum anderen kann eine Regulierung des Konflikts durch die Rechtsordnung selbst erfolgen. Bei dieser Unterscheidung ist zu berücksichtigen, daß zum einen auch die Märkte einer staatlichen Rahmenordnung unterliegen<sup>142</sup> und daß in keiner Rechtsordnung beide Mechanismen in Reinform auftreten, sondern nur in mehr oder weniger stark abgestuften Kombinationen<sup>143</sup>. Unterschieden nach der Wirkung auf das Unternehmen, lassen sich die Mechanismen als interne (rechtlich-institutionelle) und externe (marktbestimmte) Corporate Governance-Mechanismen qualifizieren<sup>144</sup>.

#### I. Marktbestimmte Corporate Governance-Mechanismen

Als marktbestimmte Mechanismen werden im Folgenden neben der Entwicklung anreizbezogener Vergütungsmodelle, der Wechsel des Investitionsobjekts durch den einzelnen Aktionär, seine Folgen für die Übernahmeanfälligkeit des Unternehmens und den nachgelagerten Arbeitsmarkt für Manager beleuchtet. Zudem stellt sich die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen eines Wechsels des Marktumfelds durch das Unternehmen als solches. Eine intermediäre Funktion erfüllen schließlich Publizitätsanforderungen gegenüber Aktionären und der Kapitalmarktöffentlichkeit und ihre aufsichtliche Überwachung.

##### 1. Vergütungskomponenten mit Anreizwirkung

Als ein Instrument, die Interessen von Vorständen und Anteilseignern einander anzunähern, gelten gemeinhin Vergütungskomponenten mit Anreizwirkung, sofern diese an eine effiziente Ressourcenverwendung durch das Management gekoppelt sind<sup>145</sup>. Das AktG regelt derartige Vergütungskomponenten nicht, setzt sie jedoch in zwei Formen voraus. So sieht § 87 Abs. 1 S. 1 AktG „Gewinnbeteiligungen“ und „Provisionen“ vor und spricht § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG i.V.m. § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG

140 Behrens (Fn. 129), FS Drobniig (1998), S. 491, 496 f.

141 v. Werder (Fn. 88), Handbuch CG, S. 3, 12.

142 Beispiele sind etwa die wettbewerbsrechtlichen Schranken durch das UWG, die kartellrechtlichen Schranken durch das GWB und Art. 88 ff. EG oder die wertpapierrechtlichen Schranken des WpHG und WpÜG sowie des BörsenG.

143 Zu den Ursachen aus rechtsvergleichender Sicht näher Teichmann (Fn. 132), ZGR 2001, 645, 650 ff.

144 Hierzu eingehend Teichmann (Fn. 132), ZGR 2001, S. 645 ff.

145 Hüffer, AktG, § 192 Rn. 17 zu Aktienoptionen.

von einer zur Gewährung von „Bezugsrechten [...] an Mitglieder der Geschäftsführung“ zulässigen bedingten Kapitalerhöhung. Zudem ist zur Unterlegung derartiger Vergütungen ein Rückkauf eigener Aktien zulässig, § 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 5 i.V.m. § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Vergütungskomponenten mit langfristiger Anreizwirkung wie Aktienoptionspläne oder weitere an den Aktienkurs gekoppelte Vergütungsformen wie „Phantom Stocks“ oder „Stock Appreciation Rights“, die auf schuldrechtlicher Basis, vergleichbar mit einer Tantieme, die Wertsteigerungen von Aktien durch Barausschüttungen an den Vorstand nachvollziehen<sup>146</sup>, waren lange in der Praxis als vermeintlich besonders effektiver Corporate Governance-Mechanismus äußerst beliebt. Mittlerweile sind sie deutlich auf dem Rückzug<sup>147</sup>, da sie schon allein aufgrund der dualistischen Struktur des deutschen Aufsichtsratsmodells, erst Recht aber in mitbestimmten Unternehmen vielfältigen Bedenken ausgesetzt sind<sup>148</sup>.

## 2. „Exit-Option“ der Anteilseigner

Die Wahrnehmung der „Exit-Option“<sup>149</sup>, mithin der Verkauf der Aktien des Unternehmens, ist die denkbar heftigste Reaktion des Anteilseigners in seiner Rolle als Anbieter auf dem Markt für Eigenkapital auf einen dauerhaften Interessenkonflikt mit dem Management. Mit dem Aktienverkauf reagiert der Anteilseigner auf die enttäuschte Erwartung einer nachhaltigen Steigerung des Wertes des investierten Eigenkapitals auf der Grundlage des zwischen ihm und dem Management bestehenden impliziten Vertrags<sup>150</sup>. Der naheliegende und von Teilen der Literatur<sup>151</sup> ver-

146 Weiterführend MüKoAktG/Fuchs, § 192 Rn. 85; Winter, Management- und Aufsichtsratsvergütung unter besonderer Berücksichtigung von Stock Options – Lösung eines Problems oder zu lösendes Problem?, Handbuch Corporate Governance (2003), S. 335, 339.

147 Ringleb, Kodex-Komm, Rn. 745, 747; Winter (Fn. 146), Handbuch CG, S. 335, 344 f. Gründe hierfür sind neben den unter § 5B.I.1 erörterten Bedenken gegen die Wirksamkeit der beabsichtigten Verhaltenssteuerung im deutschen Modell der mitbestimmten Aktiengesellschaft die schon von der Baums-Kommission befürchteten „Windfall-Profits“, also Mitnahmeeffekte etwa aus konjunkturellen oder steuerlichen Gründen, welche die Anreizfunktion der Aktienoption nicht wiedergeben, da die Erreichung des Zielkurses in diesen Fällen nicht vom Verhalten des Vorstands abhängt und somit eine ungerechtfertigte Doppelvergütung erfolgt. Zudem werden die Aktien nach Ausübung der Option in aller Regel schnell weiterverkauft, um den Vermögensvorteil des Kurszuwachses abzuschöpfen. Weiterführend Krieger, Gewinnabhängige Aufsichtsratsvergütungen, FS Röhrich (2005), S. 349, 350 f.; Martens, Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand, ZHR 169 (2005), 124, 144 ff.

148 Siehe dazu § 5B.I.1.

149 Im Gegensatz hierzu bezeichnet die „Voice-Option“ die Ausübung von Stimmrechten in der Hauptversammlung oder außerhalb derselben etwa über die Öffentlichkeitsarbeit. Beide Mechanismen stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern ergänzen sich gegenseitig. Zu dieser Balance Wackerbarth, Investorvertrauen und Corporate Governance, ZGR 2005, 686, 713. Die „Voice-Option“ gehört systematisch zu den rechtlich-institutionellen Corporate Governance-Mechanismen und wird daher unter § 2C.II.1 behandelt.

150 Dieses Vorgehen bedeutender Pensions- und Investmentfonds in den USA beschreibt Roth, Die (Ohn)-Macht der Hauptversammlung, ZIP 2003, 369, 375 mit der Devise: „If we don't like the management we sell the stock“; selbstverständlich sind viele weitere Motive für den Ausstieg des Aktionärs denkbar, die „Exit-Option“ wird daher als rationale Reaktion auf Folgen bestehender Informationsasymmetrien vorausgesetzt. Zur Aktie als „Vertrauensgut“ eingehend Fleischer, Empfiehlt es

treten umgekehrte Schluß, eine hohe Transparenz in den Anleger-Management-Beziehungen fördere die Bereitschaft, eine „Prämie“, mithin einen höheren Preis für Aktien von Unternehmen, die diese Transparenz gewährleisten, zu zahlen, ist hingegen bislang empirisch nicht belegt. Die als Beleg in vielen Beiträgen<sup>152</sup> zitierte Investorenbefragung durch die Unternehmensberatung *McKinsey & Company* aus dem Jahr 2002<sup>153</sup>, wonach institutionelle Investoren bereit sind, einen Preisaufschlag von bis zu 13 % für Unternehmen mit nachweislich „guter Corporate Governance“ zu zahlen, ist demgegenüber schon methodisch fragwürdig<sup>154</sup>, da sie vornehmlich auf einzelne institutionelle Corporate Governance-Mechanismen, insbesondere die Besetzung des Boards US-amerikanischer Unternehmen durch sog. „*Outside Directors*“, also nicht mit Aufgaben des „*Executive Management*“ betrauten Mitgliedern zugeschnitten ist. Die Frage nach der Behebung von Informationsasymmetrien wird zudem ebensowenig gestellt wie eine Analyse der Besonderheiten der dualistischen Unternehmensverfassung deutscher Aktiengesellschaften vor dem Hintergrund der Unternehmensmitbestimmung vorgenommen wird.

### 3. Unternehmensübernahmen

Ein derart motivierter Anteilsverkauf wird regelmäßig infolge einer allgemeinen Enttäuschung des Anlegervertrauens in den optimalen Einsatz der Unternehmensressourcen durch das Management mit nicht unerheblichen Kursverlusten einhergehen, da zu erwarten ist, daß auch andere Anteilseigner in dieser Situation ihre Aktien verkaufen. Die Beschaffung zusätzlichen Eigen- oder Fremdkapitals wird in dieser Situation für das Management immer schwieriger. Aufgrund eines infolge dieser Entwicklungen unter dem tatsächlichen Unternehmenswert liegenden Börsenkurses wird ein Kauf zu einem Preis oberhalb des aktuellen Kurses aber noch unterhalb des realen Unternehmenswerts möglich. Dieser Preisbildungsmechanismus erzeugt eine Übernahmefähigkeit der Aktiengesellschaft<sup>155</sup>. In dieser Situation

---

sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, Bd. 1 (2002), F 23.

151 *Pellens/Hildebrandt/Ulmer*, Umsetzung von Corporate-Governance-Richtlinien in der Praxis, BB 2001, 1243; *Bertrams*, Die Haftung des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex und § 161 AktG (2004), S. 36; *Radke*, Die Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG – Grundlagen und Haftungsfragen (2004), S. 20.

152 Statt vieler: *Ulmer*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 166 (2002), 150, 169.

153 *Mc Kinsey & Company*, Global Investor Opinion Survey 2002, abrufbar unter: <http://www.mckinsey.com/governance>.

154 Kritisch auch *Marsch-Barner/Schäfer/Marsch-Barner*, Handbuch börsennotierte AG (2005), § 2 Rn. 35; *Nowak/Rott/Mahr*, Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? – Eine empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex – ZGR 2005, 252, 262.

155 MüKoAktG/Oechsler, § 71 Rn.109; *Wackerbarth*, (Fn. 149), ZGR 2005, 686, 713.

müssen opportunistisch handelnde Vorstände damit rechnen, daß andere Aktionäre den Aktionären der betroffenen Gesellschaft ein Übernahmeangebot machen. Die neuen Mehrheitsaktionäre werden nach der Übernahme bestrebt sein, illoyales und unfähiges Management auszutauschen<sup>156</sup>. Eine drohende feindliche Übernahme ist somit ein starker Anreiz für eine (Rück-)Besinnung auf das Primärziel des Vorstandshandelns, die Maximierung des Shareholder value, da ein hiermit verbundener hoher Börsenwert der Zielgesellschaft feindliche<sup>157</sup> Übernahmen für potentielle Übernehmer wegen des zu hohen Preises unattraktiv werden läßt<sup>158</sup>. Der Gesetzgeber hat die Funktionsbedingungen dieses Marktes für Unternehmenskontrolle dadurch gestärkt, daß er den Vorständen der Zielgesellschaft von der Abgabe des Übernahmeangebots bis zum Ablauf der Annahmefrist grundsätzlich die Vornahme von Abwehrmaßnahmen untersagt hat<sup>159</sup>. Neben dem „reinigenden“ Effekt eines erhöhten Motivationsdrucks des Vorstands kommt in der Regel den Anteilseignern von Bieter- und Zielgesellschaft die erfolgreiche Übernahme auch durch die Erhöhung des kombinierten Börsenkapitalwerts zugute.

#### 4. „Exit-Option“ des Unternehmens

Spiegelbildlich zur „Exit-Option“ des einzelnen Anteilseigners ist auch ein „Marktaustrieg“ der Gesellschaft als solcher, vermittelt durch den entsprechenden Willen einer deutlichen Mehrheit ihrer Aktionäre denkbar. Gemeint ist damit neben der generellen Beendigung der wirtschaftlichen Aktivität der Gesellschaft die Wahl einer anderen korporativen Struktur inländischen oder ausländischen Rechts unter Beibehaltung der geschäftlichen Aktivität im Inland sowie die Verlagerung des Satzungs- und/oder Verwaltungssitzes der Gesellschaft in ein ausländisches gesellschaftsrechtliches Umfeld. Durchsetzbar ist eine derartige Entscheidung insbesondere durch ausdrücklichen Auflösungs- und Liquidierungsbeschluß der Hauptversammlung gem. § 262

---

156 Hier liegt die Schnittstelle zum nachgelagerten Arbeitsmarkt für Spitzenmanager. Nicht hierher, sondern zu den rechtlichen Steuerungsinstrumenten der Hauptversammlung gehört die Initiative eines mehrheitlich beteiligten Anteilseigners zur Abberufung des Vorstands, die gem. §§ 84 Abs. 3 S. 2, 120 AktG ausschließlich mittelbar über den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung möglich ist. Auch das Bestehen eines Beherrschungsvertrags ändert hieran nichts, wie aus dem Umkehrschluß zu § 308 Abs. 1 AktG folgt. So zu Recht auch die ganz h.M., siehe MüKoAktG/*Hefermehl/Spindler*, § 84 Rn. 105 und MüKoAktG/*Altmeyden*, § 308 Rn. 85, jeweils m.w.N.

157 D.h. ohne Billigung der Verwaltung der Zielgesellschaft erfolgende Übernahmen, v. *Werder/Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 416.

158 *Eidenmüller* (Fn. 73), JZ 2001, 1041, 1047.

159 Vgl. § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG. Hierunter fallen insbes. Maßnahmen zur Börsenkurssteigerung gem. § 71 Abs. 1 Nrn. 1, 8 AktG, des weiteren sog. „poison pills“ wie der Verkauf produktiver Unternehmensteile zur Verringerung der eigenen Attraktivität, oder der Erwerb von Konkurrenzunternehmen um mittelbar kartellrechtliche Schranken aufzubauen und sog. „golden parachutes“ des Vorstands. Nicht hierunter fällt die von § 33 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 WpÜG zugelassene Initiierung eines Bieterwettbewerbs. Zu Übernahmeabwehrszenarien rechtsvergleichend *Schaefer/Eichner*, Abwehrmöglichkeiten des Vorstands von börsennotierten Aktiengesellschaften bei feindlichen Übernahmeversuchen – ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA, NZG 2003, 150, 152 f.

Abs. 1 Nr. 2 AktG<sup>160</sup> oder als Umwandlungsbeschuß<sup>161</sup> mit dem Ziel der Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft inländischen (§§ 65, 73 UmwG) oder ausländischen Rechts bzw. mit dem Ziel des Gesellschaftsformwechsels hin zu einer anderen Gesellschaftsform inländischen Rechts, etwa einer Personengesellschaft (§§ 226 ff. UmwG). In der Praxis begegnen die genannten Strukturentscheidungen hingegen mannigfaltigen Hindernissen. So führt die schlichte Liquidation der Gesellschaft gem. § 11 Abs. 1 KStG zum Anfall der Liquidationssteuer unter Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven und ist daher wirtschaftlich äußerst unattraktiv. Gleiches gilt jedenfalls *de lege lata* gem. § 12 KStG bei Verlegung des Satzungs- und/oder Verwaltungssitzes ins Ausland. Der Umwandlungsbeschuß hat demgegenüber nach § 3 UmwStG zwar grundsätzlich nicht die volle Aufdeckung der stillen Reserven zur Folge, ist aber im Fall der Umwandlung in eine Personengesellschaft wegen Änderung des Haftungsregimes wirtschaftlich riskant. Im Fall der Verschmelzung auf eine in Deutschland werbende Gesellschaft ausländischen Rechts steht zudem § 1 Abs. 1 UmwG in seiner gegenwärtigen Fassung entgegen, die das Umwandlungsrecht nur Rechtsträgern mit Sitz im Inland zuerkennt. Derartige Hindernisse können insbesondere die grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften im Rechtsraum der Europäischen Union beeinträchtigen. Sie unterliegen daher im Anwendungsbereich der Marktfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG, im EU-Binnenmarkt gewichtigen Bedenken<sup>162</sup>.

## 5. Regulierung durch staatlich garantierte Aufsichtsinstanzen

Eine weitere, intermediäre Dimension der Steuerung des Informationsflusses liegt in staatlich garantierter Aufsicht des Informationsflusses durch Private oder durch staatliche Behörden selbst. Die Aufsicht über das Marktverhalten der Akteure ist zwar streng genommen ein marktexternes Instrument, reguliert aber andererseits unmittelbar den Informationsfluß am Kapitalmarkt und unterscheidet sich daher grundlegend von institutionellen Corporate Governance-Mechanismen, welche die Binnenstruktur der Aktiengesellschaft betreffen<sup>163</sup>. Aufsichtlichen Funktionen in diesem Sinne erfüllt einerseits der Abschlußprüfer bei der Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts des Unternehmens bzw. Konzerns gem. §§ 316 ff.

---

160 Hüffer, AktG, § 262 Rn. 11.

161 Hüffer, AktG, § 119 Rn. 7.

162 Weiterführend *Hirte/Bücker* (Hg.) *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, (2005); *Eidenmüller* (Hg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht* (2004). Soweit diese Hindernisse dem MitbestG unterfallenden Gesellschaften begegnen, die durch Strukturmaßnahmen eine Änderung des Mitbestimmungsregimes im Unternehmen bewirken wollen, werden sie unter § 5B.II.3 erörtert.

163 *Merkt*, *Selbstkontrolle und Staatsaufsicht bei der Corporate Governance*, *Handbuch Corporate Governance* (2003), S. 715, 726.

HGB<sup>164</sup>, andererseits die klassische<sup>165</sup> Kapitalmarktaufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)<sup>166</sup>.

## II. Rechtlich-institutionelle Corporate Governance-Mechanismen

Neben die dargestellten Marktmechanismen treten im deutschen Corporate Governance-System rechtlich-institutionelle Steuerungsmechanismen der Principal-Agent-Beziehung. Neben der Organhaftung<sup>167</sup> sind diese Teil eines Systems von „checks and balances“<sup>168</sup>, welches die Kompetenzverteilung der Organe der Unternehmensverfassung untereinander regelt.

### 1. Hauptversammlung als Kontrollinstanz?

Die Beteiligungsrechte der Aktionäre in der Hauptversammlung können die aufgezeigten Kontrollansprüche nur bedingt befriedigen, wie im Folgenden gezeigt wird.

#### a. Kernbefugnisse der Hauptversammlung

Die Hauptversammlung ist gem. § 118 Abs. 1 AktG das Organ der Willensbildung der Aktionäre als Gesellschafter. In der Hauptversammlung als Gesellschafterversammlung hätte demnach an sich institutionell folgerichtig die Kontrollfunktion über die Treuhand-Beziehung der Aktionäre zum Leitungsorgan der Gesellschaft angesiedelt werden müssen. Der Gesetzgeber hat für die Aktiengesellschaft die Kontrollfunktion hingegen dem Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 1 AktG zugewiesen. Die

164 Zur im Rahmen dieser Arbeit einzig interessierenden Kontrollfunktion des Abschlussprüfers (im Zusammenhang mit der Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG) siehe § 2D.II.3.c.[1].

165 Ein völlig anderer Ansatz ist demgegenüber die Steuerung von Informationsasymmetrien durch von Ratingagenturen erstellten und veröffentlichten Bonitätsprüfungen eines Emittenten (externes Rating) sowie die bankinterne Bonitätsbegutachtung zur Zinssatzsteuerung (internes Rating) infolge der „Neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung“ („Basel II“). Da die Steuerungswirkung des Rating am Kapitalmarkt noch nicht hinreichend empirisch erforscht und Gegenstand von Ratings bislang vornehmlich der „harte“ Faktor der Bonität war, wird hier auf weitere Ausführungen verzichtet; weiterführend Marsch-Barner/Schäfer/*Marsch-Barner*, Handbuch börsennotierte AG (2005), § 2 Rn. 37 ff.; *Habersack*, Rechtsfragen des Emittenten-Ratings, ZHR 169 (2005), 185, 186, 195; Wittig, Bankaufsichtsrechtliche Grundlagen des (internen) Ratings und seine Transformation in das Darlehensverhältnis mit Unternehmen, ZHR 169 (2005), 212, 227 f.; Ein erster Ansatz sind die vom Index-Anbieter FTSE auf noch dünner Datengrundlage erstellten „Corporate Governance Rating and Index Series“, abrufbar unter: [http://www.ftse.com/media\\_centre/factsheets/CGI\\_Report.pdf](http://www.ftse.com/media_centre/factsheets/CGI_Report.pdf).

166 Kapitalmarktrechtliche Relevanz dürfte auch die Kartellaufsicht durch das Bundeskartellamt haben, welches zwar nicht unmittelbar die Erfüllung kapitalmarktrechtlicher Publizitätspflichten überwacht, aber über die Intensität etwa der Übernahmekontrolle mittelbar zur Anlegerinformation beiträgt.

167 Die Organhaftung wird entsprechend ihres normativen Ziels unter § 5A.II erörtert.

168 *Fleischer*, Zur Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Hauptversammlung im englischen und deutschen Aktienrecht – Eine rechtsvergleichende Skizze, in: FS für Andreas Heldrich, 2005, FS Heldrich, S. 597, 606.

Leitungsaufgabe ist demgegenüber grundsätzlich<sup>169</sup> auf den Vorstand konzentriert, der nur in Einzelfragen auf ausdrückliches Verlangen die Hauptversammlung an Geschäftsführungsfragen beteiligen kann, § 119 Abs. 2 AktG. Diese Konzentration wird durch die nur sehr eingeschränkten und auf verbandsinterne Angelegenheiten beschränkten Vertretungs- und Kontrollbefugnisse der Hauptversammlung bestätigt. Sie beschränken sich auf das Recht, dem Vorstand bzw. dem Aufsichtsrat die Entlastung zu verweigern, § 120 AktG, die Bestellung eines Sonderprüfers, § 142 Abs. 1 AktG, und die Erzwingung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Organmitglieder gem. § 147 Abs. 1 AktG. Die direkte Steuerung der Geschäftsführung ist der Hauptversammlung mithin, anders als der Gesellschafterversammlung bei der GmbH<sup>170</sup>, versagt. Aber auch die mittelbare, personelle Steuerung der Unternehmensleitung durch die direkte Bestimmung einzelner Vorstandsmitglieder durch die Hauptversammlung, z.B. im Wege der satzungsmäßigen Vereinbarung eines Entsenderechts für bedeutende Aktionäre, ist wegen der aus § 84 Abs. 1 AktG folgenden Wahlfreiheit des Aufsichtsrats ausgeschlossen.

## b. Funktionsdefizite

Diese funktionale Aufteilung ist im Grundsatz auch sachgerecht, da in der Hauptversammlungspraxis erhebliche Funktionsdefizite festzustellen sind:

Zu nennen sind zum einen die dem gesetzlichen Leitbild der Hauptversammlung als Vollversammlung zuwiderlaufenden geringen Teilnahmequoten<sup>171</sup>, die einerseits langfristig zu einer Entwertung der Befugnisse der Hauptversammlung gegenüber den Leitungsorganen führen müßten, andererseits aber auch zu einer bedenklichen Verschiebung der tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse<sup>172</sup> gerade bei den vom BGH aner-

169 Zur Ausnahme der ungeschriebenen originären Geschäftsführungskompetenz der Hauptversammlung bei Strukturentscheidungen vgl. BGH Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 „Holzmüller“, BGHZ 83, 122 ff. = NJW 1982, 1703; dazu MüKoAktG/Kubis, § 119 Rn. 32 ff.

170 Hier können die Gesellschafter die Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer gem. § 37 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich frei beschränken. Bei Existenz eines Aufsichtsrats ist dies wegen des Verweises in § 52 Abs.1 GmbHG auf die §§ 110 ff. AktG immerhin noch durch Satzungsbeschluß möglich, während die Befugnis bei dem MitbestG unterliegenden GmbHs gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG ebenfalls ausgeschlossen ist.

171 Laut DSW-Statistik 2004, abrufbar unter: [http://dsw-info.de/uploads/media/HVPräsenz2004\\_01.pdf](http://dsw-info.de/uploads/media/HVPräsenz2004_01.pdf), liegt der Durchschnitt aller DAX-Unternehmen in den Jahren 2002-2004 bei nur 49,22%, bei Rekordtiefständen in der Hauptversammlungssaison 2004 etwa bei der Infineon Technologies AG von nur 17,59%.

172 Siehe hierzu die „VW“-Entscheidung des BGH, Beschl. v. 17.3.1997 – II ZR 3/96, BGHZ 135, S. 107, 114 f. = NJW 1997, 1855 zur Entstehung eines Abhängigkeitsverhältnisses i.S.v. § 17 Abs. 1 AktG gegenüber einem Mehrheitsgesellschafter bei dauerhaft geringer Hauptversammlungspräsenz.

kannten außerordentlichen Beschlußkompetenzen der Hauptversammlung für Strukturentscheidungen<sup>173</sup> führen können.

Zudem sind Hauptversammlungen sehr teuer<sup>174</sup> und zeitaufwendig in Organisation und Durchführung, zumal bei strukturändernden Fragen zusätzlich zur ordentlichen Hauptversammlung gem. § 175 AktG noch der Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung entsteht. Inwieweit durch eine „virtuell“ im Internet stattfindende Hauptversammlung diese Kosten maßgeblich reduziert werden könnten, ist nach wie vor ebenso offen wie die Frage, ob der Verzicht auf persönliche Interaktion durch eine vermeintliche Beschleunigung von Entscheidungsprozessen aufgewogen wird<sup>175</sup>. Die Tauglichkeit einer „virtuellen Hauptversammlung“ zur Erhöhung der Aktionärspräsenz ist jedenfalls vor dem Hintergrund zweifelhaft, daß die *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten einer erleichterten Stimmrechtsausübung durch Stimmrechtsvertreter nach §§ 134 Abs. 3, 135 AktG nicht zu einer Erhöhung der Präsenzdicke geführt haben und die Internetbeteiligung kaum geringere formale Hürden für die Stimmrechtsausübung erfordern dürfte<sup>176</sup>.

Auch aus strukturellen Erwägungen wäre es nicht sinnvoll, weitere Leitungs- und Kontrollkompetenzen auf die Hauptversammlung zu verlagern. Denn soll es der Hauptversammlung um eine Kontrolle der Principal-Agent-Beziehung zwischen Anteilseignern und Management gehen, dürften streng genommen nur Aktionäre und Vorstand teilnahmeberechtigt sein. Das AktG geht demgegenüber explizit in § 118 Abs. 2 AktG von einem Teilnahmerecht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats aus, welches sich in der Praxis sogar zu einer bedingten<sup>177</sup> Teilnahmepflicht der Mitglieder beider Organe verdichtet. Diese Teilnahmevoraussetzungen be-

173 Zur „Holzmüller“-Entscheidungen siehe Fn. 169; bestätigt durch die „Gelatine“-Entscheidungen: BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, ZIP 2004, S. 993, 996 ff. = NJW 2004, 1860; Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, S. 1001, 1003 = WM 2004, 1085. Andererseits zeigt sich in den ungeschriebenen Beschlußkompetenzen hervorrufenden Fallgestaltungen die größte Zuspitzung des Principal-Agent-Konflikts, dessen Auflösung der BGH gerade deshalb in die Verantwortung Anteilseigner legt. Zu Recht *Fleischer*, Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von „Holzmüller“ zu „Gelatine“, NJW 2004, 2335, 2336.

174 *Martens*, Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl. (2003), S. 4, schätzt die Kosten bis zum Jahr 2002 auf DM 4 –7 Mio. pro Hauptversammlung.

175 Kritisch auch *Roth*, Die (Ohn-)Macht der Hauptversammlung, ZIP 2003, 369, 374; *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 325 ff.; eingehend *Wolf*, Wege zur virtuellen Haupt- und Gesellschafterversammlung (2004), S. 30, 33 ff.

176 *Hüffer*, AktG, § 134 Rn. 26b, § 135 Rn. 3a. Nach Vorschlägen des Deutschen Aktieninstituts (DAI) werden derzeit mit Zustimmung der Europäischen Kommission vermehrt finanzielle Anreize für Hauptversammlungsteilnehmer in Form eines Handgelds oder Dividendenaufschlags diskutiert, siehe FAZ v. 21.9.2005, S. 25. Neben fehlender empirischer Evidenz derartiger Lösungen sind Handgelder aber insbesondere vor dem Hintergrund von § 57 AktG bedenklich. Weiterführend hierzu *Vetter*, Handgeld für in der Hauptversammlung präsente Aktionäre?, AG 2006, 32, 33 ff.

177 § 118 Abs. 2 AktG ist zwar nur Sollens-Vorschrift, das Fernbleiben würde aber die Organhaftung der §§ 93, 116 AktG auslösen, wenn aufgrund dessen Hauptversammlungsbeschlüsse gestützt auf § 131 AktG angefochten werden, siehe statt vieler *Hüffer*, § 118 Rn. 10.

ziehen sich nach allgemeiner Ansicht<sup>178</sup> auf alle in § 101 Abs. 1 S. 1 AktG bezeichneten Gruppen der Aufsichtsratsmitglieder. Folglich sind auch die in den Aufsichtsrat gewählten Arbeitnehmervertreter teilnahmeberechtigt, obwohl sie nach der Konzeption der Hauptversammlung als Gesellschafterversammlung nur als Inhaber von Belegschaftsaktien i.S.v. § 202 Abs. 4 AktG und der damit verbundenen Stellung als „Prinzipale“ teilnahmeberechtigt wären<sup>179</sup>.

Hinzu kommt die wohl unüberwindbare Schwierigkeit, ein Überwachungsengagement der Prinzipale einer Publikumsgesellschaft auf einem Niveau zu koordinieren, das allen Beteiligten ein plausibles Kosten-Nutzen-Verhältnis gewährleistet<sup>180</sup>. Andernfalls entstünden Mitnahmeeffekte durch weniger engagierte Prinzipale, die zum generellen Erlahmen der Aktivitäten führen könnten<sup>181</sup>.

## 2. Die Funktionen des Aufsichtsrats in der Unternehmensverfassung

### a. Historische Entwicklung

Das moderne Aktienrecht hat den immer zeit- und kostenaufwendiger werdenden Kontrollbedingungen börsennotierter Publikumsgesellschaften organisatorisch durch die von verschiedenen Organen wahrgenommenen Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktionen Rechnung getragen<sup>182</sup>.

In der Unternehmensverfassung des deutschen Aktienrechts nimmt der Aufsichtsrat mittlerweile die Funktion des die asymmetrische Principal-Agent-Beziehung ausbalancierenden Gegengewichts zum Vorstand ein. In der ersten rechtseinheitlichen Kodifikation des Aktienrechts im ADHGB von 1861 war der Aufsichtsrat noch als fakultatives Organ der Unternehmensverfassung konzipiert. Der zentrale Einfluß auf die Kontrolle des Vorstands lag noch bei der Generalversammlung der Anteilseigner<sup>183</sup>. Hieran änderte sich seit der zwingenden Einführung des Aufsichtsrats im Jahr 1870 zunächst nichts. Im Gegenteil wurden die Kompetenzen der Generalversammlung gegenüber dem Vorstand in der Aktienrechtsnovelle von 1884 weiter ausgebaut, so daß die Generalversammlung fortan sogar als hierarchisch höchstes Organ der Unternehmensverfassung anzusehen war<sup>184</sup>. Durch § 70 AktG 1937 wurde

178 Stellvertretend: Großkomm.AktG/Mülbert, § 118 Rn. 34.

179 Zur Frage eines gesellschaftsrechtlich begründeten Kontrollanspruchs der Arbeitnehmer siehe § 2C.II.3.

180 Die Publikumsgesellschaft ist das in der Praxis deutlich vorherrschende Erscheinungsbild der Aktiengesellschaft, siehe DAI-Factbook 2004, Tz 8.5-1.

181 So bereits die Gesetzesbegründung zur Aktienrechtsnovelle 1965, siehe Begr.RegE bei Kropff, AktG 1965, S. 95 f.; Roth, (Fn. 169), ZIP 2003, 367, 376 zum „Problem des kollektiven Handelns“. Zur ökonomischen Rationale des Prinzips der Fremdorganschaft siehe bereits § 2B.II.

182 Roth, Möglichkeiten vorstandsunabhängiger Information des Aufsichtsrats, AG 2004, 1, 3.

183 Art. 231 Abs. 1, 227 Abs. 3 ADHGB; zur Historie eingehend Großkomm.AktG-Assmann, Einl. Rn. 68 ff.

184 Fleischer, (Fn. 168), FS Heldrich, S. 597, 605.

die nun Hauptversammlung heißende Anteilseignervertretung zugunsten des Vorstands als eigentlichem Führungsorgan entmachtet und damit mittelbar die Kontrollkompetenz des Aufsichtsrats im bis heute weitgehend textgleichen § 111 AktG aufgewertet. Diese „Gewaltenteilung der Gesellschaftsorgane“<sup>185</sup> ist durch die Aktienrechtsnovelle von 1965 und insbesondere durch die Einführung obligatorischer Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG<sup>186</sup> jedenfalls bis zur Einführung der paritätischen Mitbestimmung mit Inkrafttreten des MitbestG am 1.7.1976<sup>187</sup> gefestigt worden, zumal die Anteilseigner gegenüber dem Vorstand ein wirksames Gegengewicht durch den allein nach ihrer Wahl besetzten Aufsichtsrat hatten. In unter das MitbestG fallenden Aktiengesellschaften ist der Einfluß der Anteilseigner wieder weitgehend mediatisiert worden. Dies hat weitreichende Folgen für die Funktionsfähigkeit des institutionellen Corporate Governance-Systems<sup>188</sup>.

## **b. Die Funktionen im Einzelnen**

Der Aufsichtsrat erfüllt im Aktienrecht drei Funktionen, er bestellt, überwacht und berät den Vorstand und seine Mitglieder.

### **[1] Bestellung und Abberufung des Vorstands**

Der Aufsichtsrat bestellt die Mitglieder des Vorstands<sup>189</sup>, vertritt die Gesellschaft kraft Gesetzes gem. § 112 AktG beim Abschluß des Anstellungsvertrags gem. § 84 Abs. 1 S. 1, 5 AktG und entscheidet über eine Verlängerung der grundsätzlich fünfjährigen Amtszeit der Vorstandsmitglieder, § 84 Abs. 1 S. 2, 3 AktG. Spiegelbildlich hierzu entscheidet er über die Abberufung der Vorstandsmitglieder, § 84 Abs. 3 S. 1 AktG. Die Ausnahmeregelung des § 84 Abs. 4 AktG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG, wonach der Arbeitsdirektor nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter bestellt werden kann, besteht schon nach ihrer systematischen Stellung nur in Unternehmen der Montanindustrie. Außerhalb der Montanindustrie beschränkt die Vorschrift des § 33 MitbestG den Aufsichtsrat in der Wahl der Person des Arbeitsdirektors nicht. Rechtlich verbindliche Vorgaben gegenüber dem Aufsichtsrat hinsichtlich der Besetzung des Vorstands, etwa durch Stimm-bindungsverträge der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Hauptversammlung

---

185 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 866; zu Recht kritisch zu weitergehenden Vergleichen zwischen Unternehmensverfassung und Staatsverfassung Fleischer, (Fn. 168), FS Heldrich, S. 597, 606. Zur mitbestimmungsrechtlichen Problematik derartiger Kongruenzvorstellungen siehe § 3B.II.2.a.

186 Durch das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) v. 19.7.2002, BGBl. I, S. 2681.

187 Siehe Art. 41 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) v. 4.5.1976 (BGBl. I S. 1153).

188 Eingehend hierzu unter § 4.

189 Die gerichtliche Bestellung bis zur Bestellung durch den Aufsichtsrat gem. § 85 AktG betrifft nur den selten praktisch relevanten Fall eines Entscheidungsvakuums und ist daher hier zu vernachlässigen.

oder durch die satzungsmäßige Einschränkung der Wahlfreiheit sind nicht möglich<sup>190</sup>. Dies ergibt sich zum einen aus der in § 84 AktG fehlenden Öffnungsklausel für abweichende Satzungsbestimmungen und aus einem Umkehrschluß aus § 101 Abs. 2 AktG. Entsprechende Satzungsbestimmungen verstießen somit gegen das Prinzip der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG und wären mithin nichtig<sup>191</sup>.

## [2] Überwachung des Vorstands

Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die „Geschäftsführung“ zu überwachen. Mit dem Begriff der Geschäftsführung ist der Vorstand als zu überwachendes Organ bezeichnet. Leitungs- und Überwachungsorgan sind, wie in § 105 Abs. 1 AktG deutlich wird, auch personell im Grundsatz (vorbehaltlich der zunehmenden Bedeutung von Zustimmungsvorbehalten i.S.v. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG) strikt getrennt<sup>192</sup>.

Gegenständlich sind vom Überwachungsauftrag Leitungsaufgaben des Vorstands unter Einschluß wesentlicher Einzelmaßnahmen umfaßt. Dies folgt aus § 90 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-4 AktG, der spiegelbildlich zu § 111 Abs. 1 AktG die Informationspflichten des Vorstands regelt, diese aber auf grundsätzliche Fragen beschränkt.

Prüfungsmaßstab ist insbesondere die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns, gemessen an den Vorschriften der Satzung, des AktG<sup>193</sup> und weiterer Pflichten etwa aus dem Kartell-, Vergabe-, Steuer-, und Umweltrecht.

Die Ordnungsmäßigkeit der Unternehmensleitung als zweiter Überwachungsmaßstab bezeichnet Fragen der inneren Ordnung des Vorstandshandelns infolge der Geschäftsordnung sowie die im Verhältnis zu betriebswirtschaftlichen Bedürfnissen angemessene Organisation des Unternehmens und/oder Konzerns<sup>194</sup> sowie eine jedenfalls kurz- und mittelfristige Planung, wie sich aus § 90 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 AktG ergibt.

Die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensleitung unter Einschluß der Zweckmäßigkeit wesentlicher unternehmerischer Entscheidungen bezogen auf Liquidität, Rentabilität und Ertragslage ist, aus § 90 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2-4 AktG ersichtlich, der dritte Überwachungsmaßstab. Im übrigen ist für die Überwachung der Zweckmäßigkeit des

190 *Mertens*, Kölner Komm. AktG, § 84 Rn. 9; *Hüffer*, AktG, § 84 Rn. 5.

191 *MünchHbAG-Wiesner*, § 6 Rn- 11.

192 Ein seltener Ausnahmefall ist in § 105 Abs. 2 AktG geregelt. Zur streitigen Frage, ob auch nachgeordnete Leitungsebenen Gegenstand des Überwachungsauftrags sind, siehe weiterführend einerseits *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 3; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 50 (verneinend), andererseits *Lutter*, Kodex-Komm. Rn. 911; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. (2002) Rn. 68; *MünchHbAG/Hoffmann-Becking*, § 29 Rn. 24; *Mertens*, Kölner Komm. AktG § 111 Rn. 21 (bejahend).

193 Siehe die beispielhaft in § 93 Abs. 3 AktG aufgezählten Fälle.

194 Der Umfang derartiger Konzernorganisationspflichten des Vorstands der Muttergesellschaft ist im einzelnen streitig, kann aber hier nicht im Detail erörtert werden. Hierzu eingehend *Fleischer*, (Fn. 118), DB 2005, S. 759, 760 f.

unternehmerischen Handelns zu beachten, daß der Aufsichtsrat zur Geschäftsführung selbst nicht berufen ist, wie sich aus § 111 Abs. 4 S. 1 und dem Umkehrschluß zu § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ergibt. Das bedeutet aber nicht, daß der Aufsichtsrat nach der durch das UMAG<sup>195</sup> in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eingeführten „*Business Judgment Rule*“<sup>196</sup> wirtschaftliche Prognoseentscheidungen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit überprüfen dürfte, da § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sonst leerlaufen würde und der Verweis auf § 93 AktG in § 116 S. 1 AktG unverständlich wäre. Vielmehr kennzeichnet die „*Business Judgment Rule*“ lediglich den von aktiven, verbindlichen Eingriffen freien Entscheidungsspielraum des Vorstands<sup>197</sup>.

Eingriffsmittel des Aufsichtsrats sind neben den Einsichtnahmerechten des § 111 Abs. 2 AktG und den unverbindlichen Stellungnahmen und Beanstandungen, dem Prüfungsbericht an die Hauptversammlung, § 171 Abs. 2 AktG, der Verweigerung der Zustimmung zum Jahres- oder Konzernabschluß, § 173 Abs. 1 AktG, dem Erlaß bzw. der Verschärfung der Geschäftsordnung des Vorstands, der Ausweitung von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, der Änderung der Kompetenzverteilung zwischen den Vorstandsmitgliedern oder der Beschränkung der Kompetenzen einzelner Mitglieder, die Abberufung von Vorstandsmitgliedern gem. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG sowie die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags gem. § 626 BGB.

Wichtigstes Eingriffsinstrument sind hierbei Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, da sie den unmittelbaren sachlichen Zugriff des Aufsichtsrats auf wesentliche Geschäftsführungsentscheidungen ermöglichen. Als Beispiele nennt Nr. 3.3 S. 2 DCGK Maßnahmen, „welche die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage grundlegend verändern“, wozu entsprechend des wirkungsbezogenen Entscheidungsmaßstabs auch Einzelgeschäfte wie Umstrukturierungsentscheidungen, z.B. Betriebsverlagerungen, -schließungen oder die Errichtung neuer Betriebsstätten gehören können<sup>198</sup>. Die Hauptversammlung oder der Aufsichtsrat können die zustimmungsbedürftigen Materien per Beschluß festlegen. Um das Kompetenzgefüge der Unternehmensverfassung, insbesondere die erforderliche Drei-Viertel-Mehrheit in der Hauptversammlung, um eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats zu kassieren (§ 111 Abs. 4 S. 3-5 AktG), nicht auszuhebeln, kann die Hauptver-

---

195 Art. 1 Nr. 1a Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. I 2005, S. 2802. Zum UMAG einführend *Seibert*, UMAG und Hauptversammlung – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), WM 2005, 157 ff.

196 Diesen Kontrollmaßstab für die Prüfung einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung hatte zuvor bereits der BGH in der ARAG-Entscheidung angewendet, Urt. v. 21.4.1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, S. 244, 253 f.

197 *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 918. Zu den haftungsrechtlichen Grenzen dieses Spielraums siehe § 5A.III.1.a.

198 MünchHbAG/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 39; *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 18; Vorschlag eines Katalogs bei *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 372.

sammlung im übrigen trotz des das Gegenteil nahelegenden Wortlauts des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG dem Aufsichtsrat zumindest nicht die Ergänzung eines satzungsmäßig festgelegten Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte verweigern<sup>199</sup>.

### [3] Beratung des Vorstands

Mittlerweile unstreitig in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist auch die Beratungsfunktion des Aufsichtsrats<sup>200</sup>. Gesetzlich verankert ist sie in den planungsbezogenen Berichtspflichten des Vorstands gem. § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG und insbesondere in der Regelung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Der Gesetzgeber hat hierin den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nicht als konfrontatives Vetorecht, sondern als Instrument einer präventiv-beratenden Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats konzipiert. Auch der DCGK betont dies in Abs. 3 S. 3 der Präambel sowie in den Nrn. 3.1, 3.2 und 5.1.1<sup>201</sup>.

### c. Dualistisches vs. monistisches System ?

Gegenüber dem dualistischen Modell der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft zeichnet sich das in vielen US-amerikanischen Bundesstaaten und in den meisten der alten EU-Mitgliedstaaten<sup>202</sup> verbreitete monistische System durch eine unterschiedlich stark ausgeprägte personelle, jedenfalls aber organisatorische Bündelung der Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktion in einem einzigen Verwaltungsorgan, aus<sup>203</sup>. Holzschnittartig läßt sich als Folge für die Bewältigung des Principal-Agent-Konflikts durch institutionelle Mechanismen feststellen, daß das dualistische System als strukturelles Defizit einen unzureichenden Informationsfluß zwischen den Organen Vorstand und Aufsichtsrat aufweist, wohingegen sich das monistische System der Frage ausgesetzt sieht, wie insbesondere im Fall der in den USA noch vorherrschenden Personalunion der Funktion des „*Chairman of the Board*“, einer der Position des Aufsichtsratsvorsitzendem in Deutschland nahekommenden Position und des „*Chief Executive Officer*“, als der eines Vorstandsvorsitzenden ver-

199 MüKoAktG-Semler, § 111 Rn. 403; MünchHbAG/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 38; a.A. Baumbach/Hueck, § 111 AktG, Rn. 10.

200 BGH, Urt. v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, S. 127 (1. Leitsatz), 130 = NJW 1991, 1830; MünchHbAG/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 32; Lutter, Kodex-Komm., Rn. 921 ff.; Hüffer, AktG, § 111 Rn. 5; die von Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 25 vertretene a.A. hat sich infolge der Änderung des § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG durch Art. 1 Nr. 8 KonTraG (Fn. 60) erledigt.

201 Nach Abs. 6 S. 6 der Präambel des DCGK erheben diese Regelungen jedenfalls den Anspruch, die aktienrechtliche Rechtslage abzubilden. Dazu näher unter § 2D.II.5.

202 Gemeint sind die 15 vor der Osterweiterung vom 1.5.2004 der EU angehörenden Mitgliedstaaten. Hierzu: *Rebhahn*, Unternehmensmitbestimmung im Rechtsvergleich – Ein Sonderweg im Rechtsvergleich, in: Rieble, Volker (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung (2004), § 2 Rn. 6 ff.; zum schweizerischen „Mischsystem“ *Böckli*, Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtssystems, in: Handbuch Corporate Governance, (2003), S. 201, 210.

gleichbaren Position, der Gefahr einer In-Sich-Kontrolle begegnet werden kann<sup>204</sup>. Selbst wenn sich zunehmend im anglo-amerikanischen Rechtsraum eine funktionale Trennung zwischen sog. „Executive Members of the Board“ mit Geschäftsführungsfunktionen und unternehmensfremden „Non Executive Members“ mit Aufsichtsfunktionen durchsetzt, sieht sich das monistische Modell bei weitergehender personaler Trennung der Leitungsfunktionen ähnlichen Informationsdefiziten wie das dualistische System ausgesetzt<sup>205</sup>. Tendenziell ist in der Praxis eine zunehmende Konvergenz der Systeme festzustellen<sup>206</sup>, die sich durch eine Übernahme antithetischer Leitungs- und Überwachungsstrukturen im monistischen System einerseits und eine engere informationelle Verzahnung sowie die zunehmende Verlagerung von Aufgaben des Aufsichtsratsplenums in Spezialausschüsse<sup>207</sup>, belegen läßt. Da weitgehend Einvernehmen darin besteht, daß kein System dem anderen a priori überlegen ist<sup>208</sup> und daß verbleibende Divergenzen insbesondere auf die deutschen Regelungen der Unternehmensmitbestimmung zurückzuführen sind<sup>209</sup>, muß die Systemfrage hier nicht abschließend entschieden werden.

### 3. Kein umfassender Kontrollanspruch der Arbeitnehmer als Dritte

Ist die Rolle des Aufsichtsrats als Gegengewicht zum Vorstand im Rahmen der asymmetrischen Principal-Agent-Beziehung erkannt, stellt sich die Frage nach der Existenzberechtigung nicht zur Gruppe der „Prinzipale“ gehörender oder von diesen qua Entsendung legitimer Dritter im Aufsichtsrat. So ist eine unmittelbare und kompetenziell umfassende Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, wie sie das deutsche Modell der Unternehmensmitbestimmung vorsieht<sup>210</sup>, schon auf den ersten Blick im funktionalen Ansatz institutioneller Corporate Governance-Mechanismen ein Fremdkörper und damit begründungsbedürftig: Der Arbeitnehmer steht dem Principal-Agent-Verhältnis zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung

203 Nach US-amerikanischer Terminologie dem „Board“; näher zum US-amerikanischen Modell: *Krause*, Sarbanes-Oxley Act und deutsche Mitbestimmung, WM 2003, 762, 767 ff.; in Großbritannien: „Board of Directors“, siehe Company Act 1985, Sec. 282 ff.

204 *Fleischer*, Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004), 502, 527; *Schiessl*, Deutsche Corporate Governance post Enron, ZHR 167 (2003), 235, 241 f.; *Böckli*, (Fn. 202), Handbuch CG, 201, 213.

205 *Böckli*, (Fn. 202), Handbuch CG, S. 201, 214; *Schiessl*, (Fn. 204), ZHR 167 (2003), 235, 244.

206 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 111; *Teichmann*, (Fn. 132), ZGR 2001, 645, 678; *Böckli*, (Fn. 202), Handbuch CG, S. 201, 214 ff.

207 *Fleischer*, (Fn. 168), FS Heldrich, S. 597, 612.

208 *Fleischer*, (Fn.168), FS Heldrich, S. 597, 612; *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 18; *Leyens*, Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungsorgan? – Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate Governance-Debatte, RabelsZ 67 (2003), 57, 96; *Davies*, Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, ZGR 2001, 268, 282 ff.; *Schiessl*, (Fn. 204), ZHR 167 (2003), 235, 239 f.

209 Deutlich: *Davies*, (Fn. 208), ZGR 2001, S. 268, 293.

210 Dazu im Einzelnen unter § 3A.

schließlich als ein derartiger Dritter gegenüber, da er als regelmäßiger Nicht-Anteilseigner<sup>211</sup> kein „*Principal*“ ist.

Will man gleichwohl einen Kontrollanspruch der Arbeitnehmer in diesem Verhältnis begründen, muß die Begründung, dem erläuterten Zusammenhang der rechtlich-institutionellen Mechanismen der Unternehmensverfassung folgend, notwendig eine gesellschafts**rechtliche** sein, die an das verbandsrechtliche Institut der Mitgliedschaft anknüpft.

Damit soll freilich nicht verschwiegen werden, daß der Mitgliedschaftsbegriff ein schillernder ist, hinter welchem sich auch organisationssoziologische Theorien vom Unternehmen als „Sozialverband“ mit Kapitaleignern und Arbeitnehmern als dessen „Mitgliedern“, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Mitbestimmungssystems im Betrieb oder Unternehmen, versammeln<sup>212</sup>. Unabhängig davon aber, daß diese Theorien nicht die juristisch-normative Betrachtung der Zuerkennung von Kontrollrechten in der Kapitalgesellschaft substituieren können, sondern allenfalls ergänzend auf Gemeinsamkeiten der verschiedenen im Unternehmen vertretenen Gruppen aus soziologischer Sicht hinweisen können, ist die von ihnen beschworene Gruppenzielidentität (Förderung des gemeinsamen Unternehmenszwecks) auch rechtstatsächlich wenig plausibel. Der einzelne Arbeitnehmer richtet seine Arbeitsleistung nicht an einem unterstellten „gemeinsamen Verbandsinteresse“ aus, sondern er erfüllt seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht oder unterwirft sich Einzelweisungen des direktionsbefugten Arbeitgebers. Gerade dadurch, daß diese Einzelweisungen unabhängig davon zu befolgen sind, ob sie konkret dem Unternehmensinteresse dienen oder umgekehrt der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in Annahmeverzug begründender Weise auch in Fällen schwerer wirtschaftlicher Krisen des Unternehmens anbietet und anbieten darf, wird die organisationssoziologische Vorstellung vom Unternehmen als Sozialverband fragwürdig<sup>213</sup>. Jedenfalls taugt sie nicht für die Beantwortung der Rechtsfrage nach dem Bestand von Kontrollrechten der Arbeitnehmer in der Aktiengesellschaft.

Wiese die Rechtsposition der Arbeitnehmer mithin nach **rechtlichem** Verständnis mitgliedschaftsgleiche oder zumindest mitgliedschaftsähnliche Strukturen auf, so könnte vielmehr eine umfassende Kontrollberechtigung der Arbeitnehmer bereits aus verbandsrechtlichen Prinzipien abzuleiten sein.

---

211 Zum Sonderfall der Anteilseignerstellung des Arbeitnehmers sogleich unter § 2C.II.3.a.

212 Siehe namentlich insbes. *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation (1969), S. 138 ff., 154; auch *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung (1978), S. 63 ff., 98 ff., 260 ff.; *Kunze*, Wirtschaftliche Mitbestimmung als Legitimationsproblem, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. November 1969, S. 14 ff.

213 So zu Recht bereits *Zöllner*, Die Stellung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmen, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 745, 759 f.; ähnlich *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84, 86 f.

**a. Die Mitgliedschaft im Verband als Grundlage von Kontrollrechten**

Die Aktiengesellschaft als juristische Person hat Mitglieder, wie aus § 38 BGB abzuleiten ist<sup>214</sup>. Dies sind allein die Anteilseigner, da die Mitgliedschaft aktienrechtlich als Gesamtheit der Rechtspositionen des Aktionärs als Gesellschafter verstanden wird<sup>215</sup>. Begründet wird die Mitgliedschaft zum einen durch Rechtsgeschäft, d.h. durch die Beteiligung am Gründungsvorgang, durch nachträglichen Beitritt infolge der Zeichnung neuer Aktien, § 185 AktG, oder durch Rechtsnachfolge unter Lebenden, zum anderen von Todes wegen durch den Erwerb von Altaktien, nicht hingegen durch die Begründung einer bloß schuldrechtlichen Rechtsbeziehung zur Gesellschaft wie dem Abschluß eines Arbeitsvertrages. Dies wird dadurch bestätigt, daß die Arbeitnehmer zum einen durch den Erwerb von Altaktien, zum anderen durch die Regelung des § 202 Abs. 4 AktG, der eine privilegierte Zeichnung neuer Aktien durch Arbeitnehmer ermöglicht, ohne weiteres selbst Mitglieder werden können<sup>216</sup>. Beide Erwerbsvorgänge unterstreichen zudem den Ursprung des Mitgliedschaftsverhältnisses in der Vertragsfreiheit der Gesellschafter. Daß ein aufgrund des Erwerbs von Belegschaftsaktien erlangtes Mitgliedschaftsrecht in der Praxis häufig statutarisch durch einen Stimmrechtsausschluß beschränkt wird, läßt sich nicht gegen den Numerus Clausus der Erwerbswege des Mitgliedschaftsrechts einwenden, da die Beschränkung aufgrund einer befürchteten Kumulation von Anteilseignerstimmrechten in der Hauptversammlung und der gleichzeitigen Verkörperung von Arbeitnehmerinteressen durch die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat erfolgt<sup>217</sup>. Dem hieraus folgenden Widerspruch, daß substantielle, mitgliedschaftlich begründete Kontrollansprüche der Arbeitnehmer in der Hauptversammlung gerade **durch** ihre Repräsentation im Aufsichtsrat verhindert werden<sup>218</sup>, ist aber folgerichtig nicht durch einen weiteren Systembruch in Form einer „modifizierten Mitgliedschaft“, sondern durch eine Hinterfragung der Funktionsgerechtigkeit der Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat zu begegnen.

**b. Keine „Quasi-Mitgliedschaft“ durch betriebliche- und Unternehmensmitbestimmung**

Da wie gezeigt eine Modifikation des Numerus Clausus der Erwerbswege der Mitgliedschaft im Verband allein infolge der Begründung einer Sonderverbindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber-Unternehmen abzulehnen ist, richtet sich

---

214 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 548 f.

215 Marsch-Barner/Schäfer/Minsberg, Handbuch börsennotierte AG (2005), § 36 Rn. 1 ff.

216 Hüffer, AktG, § 202 Rn. 26; a.A. Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl. (1975), S. 54, der hierin eine „Scheinpartizipation“ der Arbeitnehmer (...) zur Identifizierung der Arbeitnehmerschaft mit Arbeitgeberinteressen“ sieht.

217 Klein/Braun, Möglichkeiten der betrieblichen Vermögensbildung, BB 1986, 673, 676. Zu einem Gegenbeispiel aus der Unternehmenspraxis der Siemens AG siehe Oetker, Die Bündelung der Interessen der Belegschaftsaktionäre als Rechtsproblem (2002), S. 19.

218 Rieble, (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 56.

der Blick notwendig auf die gesetzlich geschaffene Einbindung von Arbeitnehmern in Strukturen der Betriebs- und Unternehmensverfassung durch das BetrVG sowie das MitbestG. Durch die Dichte der gesetzlich gewährleisteten Teilhabepositionen auf Betriebs- wie Unternehmensebene könnte der Gesetzgeber den berechtigten Arbeitnehmern mithin konstitutiv mitgliedschaftliche Positionen als Grundlage gesellschaftsrechtlicher Kontrollansprüche verliehen haben.

Daß eine auf diesem Weg geschaffene „Quasi-Mitgliedschaft“ sich bei genauerer Betrachtung völlig vom (in diesem Zusammenhang) notwendig privatrechtlichen Verständnis des Mitgliedschaftsrechts<sup>219</sup> gelöst hätte und daher abzulehnen ist, wird im Folgenden gezeigt.

### **[1] Keine mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung betriebsverfassungsrechtlicher Teilhabepositionen**

Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer im betrieblichen Anwendungsbereich des BetrVG bei existierendem Betriebsrat vermittelt seines Wahlrechts gem. §§ 7 ff. BetrVG an Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten teilhat, kann ebensowenig wie ein möglicher Erwerb von Leistungsansprüchen aus einem Sozialplan gem. § 112 BetrVG oder von vermögenswerten Anwartschaften auf Auszahlung von Leistungen einer betrieblichen Altersversorgung eine Art „mittelbare Mitgliedschaft“<sup>220</sup> begründen. Zwar sind derartige Rechtspositionen auf den ersten Blick Strukturelementen des gesellschaftsrechtlichen Instituts der Mitgliedschaft ähnlich<sup>221</sup>. Ein wesentlicher Unterschied zu den aus der Mitgliedschaft im Verband folgenden Mitverwaltungs- und Vermögensrechten ist aber, daß Letztere die Mitgliedschaft im Verband bereits voraussetzen und nicht erst begründen. Anders formuliert, ist konstitutives Merkmal des privatrechtlichen Instituts der Mitgliedschaft die Freiwilligkeit seines Erwerbs wie seines Verlustes<sup>222</sup>. Beides kann eine gesetzliche Zwangsmitgliedschaft qua betriebsverfassungsrechtlicher Teilhabe nicht gewährleisten. Insbesondere kann sich der einzelne Arbeit-

219 Zum auch verfassungsrechtlich zumindest zweifelhaften Sonderfall einer öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaft der Arbeitnehmer in Arbeitnehmerkammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts in Bremen und im Saarland siehe BVerfG, Beschl. v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 259/66, BVerfGE 38, S. 281, 297 ff. = NJW 1975, 1265 (dort allerdings kein Grundrechtsverstoß festgestellt).

220 Begriff bei *Lutter*, (Fn. 213), AcP 180 (1980), 84, 153, der dies zwar grundsätzlich für möglich hält, aber erst bei Geltung einer vollparitätischen Unternehmensmitbestimmung, vergleichbar dem Montan-MitbestG, eine hinreichende „Dichte mitgliedschaftlicher Strukturen“ erkennen will.

221 Verglichen etwa mit den Verwaltungsrechten des Aktionärs in Form von Teilnahme- und Stimmrechten in der Hauptversammlung gem. §§ 118, 133 ff. AktG und den vermögensrechtlichen Abfindungsansprüchen im Recht der verbundenen Unternehmen, §§ 304 f. AktG sowie in Umwandlungsfällen, § 29 UmwG.

222 Dazu näher *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 551 f.

nehmer einer derartigen Mitgliedschaft (etwa durch Mandatsentzug) nicht entledigen<sup>223</sup>.

Auch die hypothetische Struktur des Mitgliedschaftsrechts spricht gegen eine Sonderform der Mitgliedschaft der Arbeitnehmer: Es wäre schlechthin nicht übertragbar, da es mit der arbeitsvertraglichen Bindung<sup>224</sup> stehen und fallen würde. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, einzelne Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestünden auch im Fall nicht arbeitsvertraglich gebundener Arbeitskräfte im Betrieb, z.B. bei personellen Einzelmaßnahmen gem. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG i.V.m. § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG bei der beabsichtigten Einstellung von Zeitarbeitskräften<sup>225</sup>. Die Mitbestimmung des Betriebsrats vor der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ist einer „Mitverwaltung“ nach verbandsrechtlichem Verständnis zum einen nur vorgelagert. Zum anderen erfolgt eine wesentliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene erst durch die Normwirkung von Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 4 BetrVG. Letztere setzt aber zu ihrer vollen Entfaltung einen Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und im Betrieb Beschäftigten voraus<sup>226</sup>.

Umgekehrt sind damit auch Positionen widerlegt, die gerade in der Normsetzungskompetenz des „Gemeinschaftsorgans Betriebsrat“ den Beleg für die verbandsrechtliche Bedeutung des Arbeitsverhältnisses sehen<sup>227</sup>. Zudem kann die Anknüpfung an betriebliche Teilhaberechte schon keinen tauglichen Begründungsansatz für eine Mitgliedschaft im Unternehmen als Verband begründen, in dem in aller Regel mehrere Betriebe zusammenfaßt sind.

Wenn aber schon wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der betriebsverfassungsrechtlich gewährten Teilhaberechte mit den mitgliedschaftlich begründeten Befugnissen eine Sonderform der Arbeitnehmermitgliedschaft auszuschließen ist, muß dies erst Recht für das sozialpolitische Postulat der „Betriebsgemeinschaft“, wie auch für das Postulat der Belegschaft als Rechtsgemeinschaft<sup>228</sup> gelten. Denn das Nebeneinander der Arbeitnehmer eines Betriebs ist keine Rechts-

---

223 Siehe stellvertretend GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 1 Rn. 63; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), Rn. 1414.

224 Gleiches gilt für die betriebliche Eingliederung von Nichtarbeitnehmern des Tätigkeitsbetriebs bei denen es noch fernliegender erscheint, ein Mitgliedschaftsrecht beim Entleiherunternehmen anzunehmen.

225 Dazu *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 99 Rn. 16 f.; Leiharbeitnehmer bleiben gem. § 14 Abs. 1 AÜG arbeitsvertraglich an den Verleiherbetrieb gebunden.

226 Gegenüber Leiharbeitnehmern geht die Befugnis der Betriebspartner zur Normsetzung nur so weit, wie es das Rechtsverhältnis des Arbeitnehmers zum Entleiherbetrieb erlaubt, *Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 80; i.E. zutreffend, zur Frage der Normwirkung aber zu weitgehend v. *Stebut*, Der arbeitsrechtliche Eingliederungsvertrag, in: FS für Otto Rudolf Kissel (1994), S. 1135, 1156.

227 In diese Richtung geht *Reuters* Vorstellung einer „Arbeitsverbandsautonomie“, in: Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 197, 204.

gemeinschaft, sondern bloßes Faktum<sup>229</sup>. Die Belegschaft des Betriebs wird infolge der Anwendbarkeit des BetrVG allenfalls zu einer im Vergleich zu anderen Personen-  
gruppen (z.B. den Kunden einer Bank) gesteigerten Maße „rechtlich relevanten Per-  
sonenverbindung“<sup>230</sup>, die damit als Grundlage der Anwendung distributiver Prinzipien  
wie etwa dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht kommt.  
Eine von *Canaris*<sup>231</sup> angedeutete weitergehende Bedeutung der Betriebsgemeinschaft  
läßt sich wiederum allenfalls unter soziologischem, nicht aber unter dem hier allein  
maßgeblichen mitgliedschaftsrechtlichen Gesichtspunkt erkennen.

Gegen weitere Versuche, eine Rechtsgemeinschaft über die bürgerlich-rechtlichen  
Rechtsfiguren der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB oder das Prinzip der Gesamt-  
hand zu begründen<sup>232</sup>, spricht entscheidend die Struktur der betriebs-  
verfassungsrechtlichen Teilhaberechte als gesetzlich dem Organ Betriebsrat  
zugewiesene Rechte: Diese dienen zwar der Verwirklichung individueller Teilhabe an  
Entscheidungen mit Kollektivbezug. Es handelt sich hierbei aber *de lege lata* weder  
um einer individuellen Mitberechtigung zugängliche, noch um delegierte Individual-  
rechte<sup>233</sup>. Im übrigen vermögen diese Erklärungsansätze die unmittelbare und  
zwingende Wirkung einer Betriebsvereinbarung nicht erklären, da der Arbeitgeber  
von vornherein kein Teilhaber einer derartigen Rechtsgemeinschaft wäre.

## [2] Keine mitgliedschaftsrechtliche Bedeutung der Unternehmensmit- bestimmung

Im Mitbestimmungsurteil<sup>234</sup> hat das BVerfG hervorgehoben, daß auch durch die  
Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat keine gesetzliche Zwangsmitgliedschaft des  
einzelnen Arbeitnehmers in der Aktiengesellschaft geschaffen werden sollte. Es hat  
sogar umgekehrt nahegelegt (ohne daß es diese Frage bisher zu entscheiden hatte),  
daß die Schaffung einer Zwangsmitgliedschaft ohne Einlagepflicht und ohne Zu-  
stimmung der Alt-Mitglieder gegen die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Ver-  
einigungsfreiheit der Anteilseigner verstoßen würde<sup>235</sup>. Vor diesem Hintergrund ist  
ein *ex lege* auf die innere Organisation der privaten Verbände gewährter Einfluß

228 So etwa noch *Müller*, Die dem Arbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her innewohnende Beein-  
flussung, DB 1958, 712.

229 Zutreffend *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966),  
S. 45 f.; *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 91; 93 f.; a.A. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im  
deutschen Vertragsrecht (1997), S. 37.

230 *Zöllner*, (Fn. 213), FS 25 Jahre BAG, S. 745, 752; zustimmend *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 94.

231 *Canaris*, (Fn. 229), Iustitia distributiva, S. 38.

232 So insbesondere *Weitnauer*, Zivilrechtliche Grundstrukturen im Betriebsverfassungsrecht, FS für  
Konrad Duden (1977), S. 705, 706 ff., 715; *Strasser*, Die Gestaltung der Betriebsverfassung als ge-  
sellschaftspolitisches Problem, FS für Hans Schmitz (1967), Bd. 1, S. 259 ff.

233 *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 91; i.E. ähnlich *Wiese*, Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im  
Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, FS Otto Rudolf Kissel (1994), S. 1269, 1284 f.

234 BVerfG, a.a.O (Fn. 47), S. 357.

Dritter nach Ansicht des BVerfG nur dann verfassungsgemäß, wenn er ein strukturelles Übergewicht der Anteilseignerseite gewährleistet<sup>236</sup>. Dem ist zuzustimmen, da andernfalls von der durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Gründungs- und Beitrittsfreiheit zum Verband wenig übrigbliebe. Eine entsprechende Schlußfolgerung ist aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die Art. 14 Abs. 1 GG für die Binnenstruktur der juristischen Person enthält, zu entnehmen: Die der Eigentumsgarantie immanente Komplementarität zwischen subjektivem Verfügungsrecht und der Organisations- und Willensbildungsordnung juristischer Personen des Privatrechts verlangt, daß die Mitträgerschaft im Unternehmen auf die „Steuerungs- und Kontrollmechanismen von Gewinnmöglichkeit und Verlust- oder Haftungsrisiko“<sup>237</sup> zurückzuführen ist.

Letzteres ist auf Arbeitnehmerseite offensichtlich nicht gegeben. Zwar sind unzweifelhaft durch die paritätische Mitbestimmung den im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmern gewisse für die Verbandsmitgliedschaft typische Mitverwaltungsrechte eingeräumt worden. Die Organmitgliedschaft der Arbeitnehmervertreter bindet gleichzeitig jedoch nur die Organmitglieder als solche, nicht aber jeden einzelnen Arbeitnehmer des Unternehmens an das „Wohl der Gesellschaft“ bzw. das „Unternehmensinteresse“<sup>238</sup>. Eine Partizipation am Verlust- und Haftungsrisiko ist überdies ohnehin nicht gegeben. Zudem gilt zusätzlich zu den verfassungsrechtlichen Bedenken das für die betriebliche Mitbestimmung Erkante: Wesensmerkmal des privatrechtlichen Mitgliedschaftsbegriffs ist die Freiwilligkeit seiner Begründung wie seines Verlustes. Ebenso wenig wie auf betrieblicher Ebene kann der Arbeitnehmer aber über die Teilhabe auf Unternehmensebene und das Mandat des mitbestimmten Aufsichtsrats disponieren. Eine Neujustierung des hier vorausgesetzten gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsbegriffs ist folglich nicht erforderlich<sup>239</sup>.

### c. Keine Sondermitgliedschaft aufgrund des Arbeitsverhältnisses

Auch die ausgehend von *Otto von Gierkes* Verständnis vom Arbeitsverhältnis als einem über ein dienstvertraglich begründetes Rechtsverhältnis hinausgehendes, „durch personenrechtliche Unterordnung unter eine herrschaftliche Gewalt gekennzeichnetes Gewaltverhältnis“<sup>240</sup> noch bis in die letzten Jahrzehnte des vergangenen

---

235 BVerfG, a.a.O (Fn. 47), S. 356.

236 So auch das BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 360.

237 *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn 504; i.E. auch *Leisner*, Handbuch des Staatsrechts VI, § 149 Rn. 116.

238 Siehe § 111 Abs. 3 S. 1 AktG; Präambel des DCGK.

239 Insoweit auch *Lutter*, (Fn. 213), AcP 180 (1980), 83, 154; a.A. *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 60.

240 v. *Gierke*, Die Wurzeln des Dienstvertrages, FS für Heinrich Brunner (1914), S. 37, 56 f.; zur historischen Entwicklung der Ablösung eines kollektivistischen Verständnisses des Arbeitsverhältnisses seither eingehend *Annuß*, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2004, 283, 297 ff.

Jahrhunderts vertretene Vorstellung vom Arbeitsverhältnis als einem „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“<sup>241</sup> kann eine Sondermitgliedschaft der Arbeitnehmer im Verband begründen. Selbiges gilt für die prominent von *Nikisch* vertretene „Eingliederungslehre“<sup>242</sup>. Wie *Annuß* überzeugend nachgewiesen hat<sup>243</sup>, ist bereits die Figur des Gemeinschaftsverhältnisses als solche mit einem modernen Verständnis des Arbeitsverhältnisses als Rechtsverhältnis auf der Grundlage der Sonderverbindung des Arbeitsvertrags unvereinbar. Gleiches gilt für den phänomenologischen Ansatz der Eingliederungslehre, die sich ohne Not völlig vom vertragsrechtlichen Verständnis verabschiedet<sup>244</sup> und daher heute nicht mehr vertreten wird. Nachwirkungen dieser Ansicht sind noch bei *Reuter*<sup>245</sup> erkennbar, der den „Schwerpunkt des heutigen Arbeitslebens auf dem Arbeitsverhältnis im Arbeitsverband“ sieht und infolgedessen einen Paradigmenwechsel des Verständnisses vom Arbeitsverhältnis beschwört. Dieses sei „typologisch betrachtet nicht mehr Austauschverhältnis, sondern Verbandsbeziehung“, in der „die Essentialia des Arbeitsverhältnisses [...] zu Elementen der Organisation des Zusammenwirkens im Arbeitsverband geworden sind.“

Diese Ansätze verkennen oder leugnen zu Unrecht die Bedeutung des Arbeitsvertrags als schuldrechtlicher Austauschbeziehung, die allein die Existenz von gegenseitigen Primärpflichten der Vertragsparteien erklären kann. Anderenfalls könnten auch Phänomene moderner Arbeitsbeziehungen wie etwa Telearbeit oder Heimarbeit, die weitgehend vom betrieblichen Kooperationszusammenhang gelöst sind, dogmatisch nicht befriedigend erklärt werden. Auch der Ansatz von *Adomeit*<sup>246</sup>, das Arbeitsverhältnis als gemischt-typisches Rechtsverhältnis auf der Basis von Komponenten des Arbeits- und Gesellschaftsvertrags i.S.v. §§ 705ff. BGB und damit als „kooperatives Austauschverhältnis“ zu erklären, ist abzulehnen. Der Arbeitsvertrag ist kein mehrseitiger, auf der Grundlage desselben „Gesellschaftszwecks“ auf die Vereinigung von Leistungen zur Förderung dieses Zwecks ausgerichteter Vertrag.

241 Etwa: *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 6. Aufl. (1959), S. 116, 117 f., 129; abgeschwächt bereits *Wiedemann*, (Fn. 229), Arbeitsverhältnis, S. 36, 40 und *Gamillscheg*, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts – Zum Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und BGB, AcP 176 (1976), 197, 220: „Die BGB-Regeln finden Anwendung, soweit sie die Vorprüfung auf ihre soziale Tauglichkeit bestehen.“

242 *Nikisch*, Arbeitsrecht I, 2. Aufl. (1955), S. 141; zu Recht ablehnend *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 487 f.

243 *Annuß*, (Fn. 240), ZfA 2004, 283, 306 ff.; zustimmend *Rieble*, (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 12 und i.E. die ganz h.M., statt vieler *Staudinger/Richardi*, Vor §§ 611 ff. Rn. 762.

244 Auf einem vertragsrechtlichem Ansatz beruht demgegenüber die Lehre vom „Eingliederungsvertrag“, die neben der arbeitsvertraglichen Einigung über die Primärpflichten einen weiteren Vertrag über die Eingliederung in den Betrieb konstruiert, v. *Stebut*, (Fn. 226), FS Kissel, S. 1135 ff. M.E. wird hier der Parteilike fingiert und lässt sich die „Eingliederung“ zwanglos als schlicht tatsächliche Folge der arbeitsvertraglichen Einigung, konkretisiert durch die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers erklären.

245 *Reuter*, (Fn. 227), RdA 1991, 193, 197.

246 *Adomeit*, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis (1986), S. 10, 11 ff; ablehnend zu Recht *Heinrich*, (Fn. 242), Formale Freiheit, S. 490 f.

Auch das gesetzliche Leitbild der BGB-Gesellschaft spricht gegen eine Konvergenz der Institute: Weder der Grundsatz gemeinschaftlicher Geschäftsführung (§§ 709, 710 BGB), die zumindest die Außengesellschaft prägende gesamthänderische Bindung der Anteile am Gesellschaftsvermögen (§ 719 BGB) oder die Grundsätze der Gewinn- und Verlustverteilung (§ 722 BGB), noch die Auflösungsfolge bei Kündigung eines Gesellschafters (§§ 723 Abs. 1, 736 Abs. 1 BGB) lassen sich mit der arbeitsvertraglichen Rechts- und Interessenlage harmonisieren.

Die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses, welche es von auf Gütertausch gerichteten Verträgen unterscheidet, selbst wenn man bei diesen in der Form von Dauerschuldverhältnissen mitunter eine gesteigerte Loyalitätsbindung der Parteien zu konstatieren hat<sup>247</sup>, ist zwar unstrittig sein aus der engen Vertrauens- und Leistungstreuebindung resultierender „personaler Charakter“<sup>248</sup>. Dieser ist aber nicht als ein die Sonderverbindung überwölbendes und verselbständigt Rechtsverhältnis zu verstehen, sondern steht terminologisch für die durch vielfältige Nebenpflichten besonders enge Sonderverbindung der Arbeitsvertragsparteien. Die besonderen Anforderungen an die Leistungstreue der Parteien des Arbeitsvertrages sind vor allem in der im Zweifel in Person zu erbringenden Leistungspflicht des Arbeitnehmers und der im Zweifel gegebenen Unübertragbarkeit des Primärleistungsanspruchs des Arbeitgebers, § 613 BGB, sowie seiner Vollstreckungsfeindlichkeit, § 888 Abs. 3 ZPO<sup>249</sup>, begründet. Wie zudem das BAG zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im streitigen Arbeitsverhältnis ausgeführt hat<sup>250</sup>, ist zwar nach erfolgter Beendigungskündigung bei der Prüfung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs aus §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB des die Wirksamkeit betreitenden Arbeitnehmers im Einzelfall abzuwägen zwischen dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gem. Artt. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG folgenden Beschäftigungsinteresse und der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG. Dieser Abwägungsbedarf folgt aber aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht<sup>251</sup> über die wertausfüllungsbedürftige Generalklausel des § 242 BGB und ändert nichts an der Rechtsgrundlage des Beschäftigungsanspruchs im Arbeitsvertrag selbst.

Spezialgesetzliche Schutzpflichten z.B. aus §§ 618 BGB, 3 EFZG, 1 BUrlG oder dem ArbZG sind demgegenüber nicht primär Ausdruck der Privatautonomie, sondern Ein-

---

247 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. (1987) Schuldrecht I, § 2 IV.

248 *Annuß*, (Fn. 240), ZfA 2004, S. 283, 306; *Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, S. 439, 445, 455 ff. (zum heutigen Verständnis der §§ 611 ff. BGB).

249 Ob dies nur bei höheren Diensten wegen deren Unvertretbarkeit anzunehmen ist, ist zwar streitig, vgl. *Stein/Jonas/Brehm*, § 888 ZPO Rn. 41 m.w.N., m.E. aber entsprechend Wortlaut und Ratio des § 888 ZPO für jede Leistungspflicht im Einzelfall festzustellen.

250 BAG, Großer Senat, Beschl. v. 27.2.1985 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = NJW 1985, 2968.

griff in dieselbe. Sie dienen dem Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitnehmers, der sich qua vertraglicher Selbstbindung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterwirft. Mittelbar wird hierdurch in Fällen, in denen der prozedurale Gedanke der Vertragsgerechtigkeit nach Ansicht des Gesetzgebers versagt<sup>252</sup> (gesetzlich typisiert) eine Annäherung an eine materielle Äquivalenz der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten versucht<sup>253</sup>. Diese Verknüpfung der Neben- und Schutzpflichten mit dem Vertrag selbst macht ihre Funktion als Triebfeder und Absicherung privatautonomen Handelns gerade aus<sup>254</sup>. Von der Vorstellung vor- und außervertraglicher Schutz- und Treueverhältnisse als Begleiterscheinung oder als Basis eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sollte man sich vor diesem Hintergrund endgültig lösen<sup>255</sup>. Eine Sondermitgliedschaft des Arbeitnehmers im Verband auf Grundlage der diskutierten kollektivistischen Modelle des Arbeitsverhältnisses ist mithin erst Recht abzulehnen.

#### **D. Entwicklung der rechtlichen Bedingungen der Aufsichtsratsstätigkeit durch Europarecht und DCGK**

Die rechtlichen Bedingungen der Aufsichtsratsstätigkeit werden gegenwärtig durch zwei Entwicklungen maßgeblich beeinflusst. Zum einen ist der deutsche Gesetzgeber durch europarechtliche Harmonisierungsvorgaben zur Fortentwicklung des deutschen Corporate Governance-Systems gezwungen. Zum anderen kennzeichnet der DCGK als selbstregulativer Ansatz zwischen Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktmechanismus eine Entwicklung des deutschen Corporate Governance-Systems hin zu einem „*mixtum compositum*“<sup>256</sup> aus privater Selbstregulierung und staatlicher Gesetzgebung.

251 *Herdegen* in: Maunz/Dürig, Art. 1 GG Rn. 60; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, Art. 2 GG Rn. 141.

252 *Canaris*, (Fn. 112), AcP 200 (2000), 276, 284 f.; zum prozeduralen Verständnis der Vertragsgerechtigkeit *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 132, 152 ff., 161; *ders.*, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS für Ludwig Raiser (1974), S. 3 ff., 13; zu Recht kritisch zum pauschalisierend „paternalistischen Schutzkonzept“ des Gesetzgebers *Schwarze*, Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie – Der paternalistische Kern des Arbeitnehmerschutzes, ZfA 2005, 81, 95, 105 f.

253 Dazu *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 513. Um die dirigistische Herstellung einer vollständigen „Parität“ der Vertragspartner kann es der Rechtsordnung als Rahmenordnung nicht gehen. Sie würde privatautonomes Handeln nicht befördern, sondern ersticken.

254 *Bartholomeyczik*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30, 56 ff.; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. (1989), S. 45 ff.

255 Anders noch *Wiedemann*, (Fn. 229), Arbeitsverhältnis, S. 11 ff., 21 ff.: allgemeines „arbeitsrechtliches Schutzprinzip“ als Grenze der Privatautonomie.

256 *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht – Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung, ZHR 168 (2004), 673, 703.

## I. Bedeutung des Europarechts

Die europarechtlichen Vorgaben erschöpfen sich nicht in der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Marktfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit für Unternehmen seit Ende der 1990er Jahre<sup>257</sup>. Die hierüber hinaus maßgeblichen<sup>258</sup> sekundärrechtlichen Rechtsakte betreffen zum einen die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft<sup>259</sup> (Societas Europaea bzw. SE) durch die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) und die Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL)<sup>260</sup>. Zu beiden Rechtsakten sind durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004 gesellschaftsrechtliche Ausführungsvorschriften in Form des SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) bzw. Umsetzungsvorschriften in Form des SE-Beteiligungsgesetzes (SEBG) in Kraft getreten<sup>261</sup>. Des weiteren haben die am 26.10.2005 verabschiedete Richtlinie 2005/56/EG zur Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Verschmelzungsrichtlinie)<sup>262</sup>, die der deutsche Gesetzgeber gem. Art. 20 bis zum 25.11.2007 umzusetzen hat, sowie der Aktionsplan der Europäischen Kommission zur „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ vom 21.5.2003<sup>263</sup> sowie die hierauf beruhenden Folgemaßnahmen Auswirkungen auf die Corporate Governance deutscher Aktiengesellschaften.

### 1. Vorschriften zur Einführung der Societas Europaea

Mit Inkrafttreten des SEEG und des SEAG am 29.12.2004 ist nach mehr als 45 Jahren Diskussions- und Entwicklungszeit auch in den deutschen Ausführungs- und Umsetzungsgesetzen die SE als erste transnationale Unternehmensform Europas ge-

---

257 Zu dieser Rechtsprechung und ihren Folgen für Mitbestimmungsvermeidungsstrategien siehe §5B.II.3.

258 Zur hier außer Betracht bleibenden Europäischen Genossenschaft siehe die Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 und Richtlinie 2003/72 des Rates v. 22.7.2003, ABl. L 207/1 und ABl. L 207/25 v. 18.8.2003.

259 Entgegen der irreführenden Terminologie „Europäische Gesellschaft“ im Titel der SE-VO handelt es sich gem. Art. 1 Abs. 1 SE-VO bei der SE ausschließlich um eine Gesellschaft in der Rechtsform der Aktiengesellschaft.

260 Verordnung des Rates (EG) Nr. 2157/2001 v. 8.10.2001, ABl. Nr. L 294/1 v. 10.11.2001; Richtlinie des Rates (EG) Nr. 2001/86/EG v. 8.10.2001, ABl. Nr. L 294/22 v. 10.11.2001.

261 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-Ausführungsgesetz – SEAG), erlassen als Art. 1 des Gesetzes zur Einführung einer Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I Nr. 73, S. 3675; Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG), BGBl. I Nr. 73, S. 3686, erlassen als Art. 2 des SEEG.

262 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005, ABl. L 310/1 v. 25.11.2005

263 KOM (2003) 284 endg.

schaffen worden<sup>264</sup>. Wie sich aus der Zweiteilung der sekundärrechtlichen Ausgangsvorschriften der SE-VO und der SE-RL ergibt, ist hinsichtlich der Auswirkungen dieser Regelung auf das deutsche Corporate Governance-System zu unterscheiden zwischen den von der SE-VO ausgehenden, gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen auf Struktur und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmensverfassung der neuen Gesellschaftsform sowie den Auswirkungen der Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung durch die SE-RL<sup>265</sup>.

#### a. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen

##### [1] Gründungsvoraussetzungen der Societas Europaea und Gestaltungsvarianten

Mit einem Grundkapital von mindestens 120.000 € kann eine SE gegründet werden, Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, Art. 4 Abs. 1, 2 SE-VO. Als Gründer kommen nur die in Art. 2 Abs. 1 SE-VO i.V.m. Anhang I genannten, im Recht der EU-Mitgliedstaaten bekannten Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung gem. Anhang II der SE-VO in Betracht. An der Gründung müssen mindestens zwei in unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten entweder selbst ansässige bzw. (mit Ausnahme des Verschmelzungs- und Umwandlungstatbestands) mit Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen seit mindestens zwei Jahren dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Aktiengesellschaften an der Gründung beteiligt sein, Art. 2 SE-VO. Charakteristisch für die SE ist der Numerus Clausus der Gründungstatbestände<sup>266</sup>. Mit Ausnahme der Sekundärgründung einer hundertprozentigen Tochter-SE durch eine Mutter-SE nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO kennt die SE-VO vier Primärgründungstatbestände: die Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften auf eine SE (Art. 2 Abs. 1 SE-VO), der Gründung einer Holding-SE unter Beteiligung von mindestens zwei Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 2 Abs. 2 SE-VO), der Gründung einer Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3 SE-VO) sowie der Umwandlung einer Mutteraktiengesellschaft mit Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat in eine SE (Art. 2 Abs. 4 SE-VO).

---

264 *Junker*, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Anpassungsbedarf durch internationale und europäische Entwicklungen, *ZfA* 2005, 1, 16; zur Historie eingehend: *Manz/Mayer/Schröder/Schröder/Fuchs*, Europäische Aktiengesellschaft SE (2005), Teil A Rn. 1 ff. Die SE-VO war bereits mit ihrem Inkrafttreten am 8.10.2004 in Deutschland geltendes Recht.

265 Zu beiden Aspekten weiterführend *Schäfer*, Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, *NZG* 2004, 785, 788 ff.

266 *Junker*, (Fn. 264), *ZfA* 2005, 1, 30.

**[2] Geringer Reformimpuls für die Verfassung der Aktiengesellschaft**

Zu befürchten ist, daß das Gebilde SE für die Praxis aufgrund der vielfältigen Verweisungen auf das nationale Recht<sup>267</sup>, die gem. Art. 9 Abs. 1 SE-VO pyramidale Struktur der auf die SE anzuwendenden Vorschriften (gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht, nationales Aktienrecht sowie die Satzungsvorschriften der SE-Satzung), dem an die rigide Regelung des § 23 Abs. 5 AktG angelehnten Grundsatz der Satzungsstrenge in Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO<sup>268</sup> und nicht zuletzt den auf Dauer entstehenden erhöhten Rechtsberatungsbedarf für die Praxis zu schwerfällig und teuer ist. Andererseits könnte gerade der Ausfüllungsbedarf durch das nationale Recht dem Wettbewerb der SE-Gesellschaftsrechtsordnungen unter den Mitgliedstaaten dienen<sup>269</sup>. Ob die Wahl der Rechtsform der SE als solcher schon wegen der hiermit vermeintlich zum Ausdruck kommenden „*European Corporate Identity*“ anziehend auf Kunden, Kapital- und Führungskräftemärkte wirken kann, weil diese als „modern und fortschrittlich“ empfunden werden wird, ist aber stark zu bezweifeln<sup>270</sup>.

Bedeutung könnte allenfalls die durch Art. 38 lit. b SE-VO geschaffene und durch die Ausführungsvorschriften der §§ 20 ff. SEAG konkretisierte Möglichkeit der Strukturwahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen Modell der Spitzenverfassung der Gesellschaft erlangen. Ob das Strukturwahlrecht einen hinreichend starken Reformimpuls auch für den deutschen Aktiengesetzgeber aussendet, bleibt abzuwarten. Insbesondere hat sich aber wie gezeigt noch keines der beiden Strukturmodelle im internationalen Vergleich als generell leistungsfähiger zur Lösung der aufgezeigten Grundfragestellung der Corporate Governance-Debatte erwiesen<sup>271</sup>. Für die Einführung eines Systemwahlrechts in die Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft spricht aber m.E., daß mit dem Inkrafttreten des SEEG das deutsche Aktienrecht schon jetzt beide Modelle kennt. Die Frage, ob sich ein System national durchsetzt, sollte dann dem Gestaltungswettbewerb überlassen bleiben. Kein tragfähiges Gegenargument kann mittlerweile mehr die Befürchtung abgeben, daß der Regulierungsaufwand für die Einführung des monistischen Modells im deutschen Aktienrecht ein sinnvolles Maß übersteigen könnte<sup>272</sup>, da der entsprechende Gesetzgebungsaufwand beim Erlaß des SEEG bereits betrieben wurde und letzteres inso-

267 *Henssler*, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea – Neue Denkanstöße für die „Corporate Governance“ – Diskussion, FS für Peter Ulmer (2003), S. 193, 195 bezeichnet diese Technik zutreffend als „Flucht in die Verweisung“; ähnlich *Lutter*, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1, 3: „Torso“.

268 Kritisch hierzu: *Fleischer*, (Fn. 204), AcP 204 (2004), S. 502, 517; *Hommelhoff*, Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, FS für Peter Ulmer (2003), S. 267, 272; *Lutter*, (Fn. 267), BB 2002, 1, 4.

269 *Lutter*, (Fn. 267), BB 2002, 1, 3; zustimmend *Junker*, (Fn. 264), ZfA 2005, 1, 29.

270 A.A. *Wollburg/Banerjee*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277. Bislang befindet sich bezeichnenderweise mit der Allianz AG nur ein DAX-Unternehmen in einem Umwandlungsprozeß in Richtung SE, siehe Börsenzeitung v. 20.10.2005, S. 4.

271 Zum Systemvergleich oben § 2C.II.2.c.

fern eine Vorbildfunktion erfüllen könnte. Im übrigen gibt es bereits gewisse Erfahrungen des Gesetzgebers mit einer aktienrechtlichen Strukturreform, da die gegenwärtige funktionale Trennung von Leitungs- und Überwachungsfunktion zwischen den Spitzenorganen erst im AktG 1937 kodifiziert wurde<sup>273</sup>. Der mögliche Einwand, daß die Einführung einer monistischen Spitzenverfassung organisch gewachsene Strukturen der Aufsichtsratsverantwortung destabilisieren könnte, ist zudem ohnehin empirisch nicht zu belegen ohne die Einführung zu wagen<sup>274</sup>. Schließlich sind Existenz und Gestalt der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG kein taugliches Argument (mehr) gegen die Einführung der Option einer monistischen Spitzenverfassung in das AktG<sup>275</sup>, da der Gesetzgeber mittlerweile die Einbindung der Unternehmensmitbestimmung in die monistische Spitzenverfassung in § 40 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 3 SEAG bewältigt hat<sup>276</sup>.

## b. Unternehmensmitbestimmung in der *Societas Europaea*

### [1] Historische Entwicklung

Das in der SE-RL und im SEBG geregelte Mitbestimmungsregime der SE ist das Ergebnis eines Prozesses, der seinen normativen Ausgangspunkt in einem Verordnungsentwurf von 1970 hatte, welcher nach dem Vorbild des § 76 BetrVG 1952 a.F. eine Drittelbeteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat vorsah<sup>277</sup>. Nach dem Scheitern dieses und mehrerer weiterer Vertretungsmodelle<sup>278</sup> am maßgeblichen Widerstand der an der Sicherung des deutschen Mitbestimmungsbesitzstands interessierten jeweiligen Bundesregierung, wurde erst mit der Richtlinie über Europäische Betriebsräte vom 22.9.1994<sup>279</sup> ein kodifikatorischer Paradigmenwechsel weg von der festen Vorgabe einer Beteiligungsstruktur von Arbeitnehmervertretern in Unternehmensgremien und hin zu einer lediglich die Verfahrensstruktur vorgebenden Verhandlungslösung erreicht. Die Verhandlungslösung ist im Bericht des Vorsitzenden der entsprechenden Sachverständigengruppe der Europäischen

272 So die Befürchtung von *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 18.

273 Siehe § 2C.II.2.a; zutreffend *Fleischer*, (Fn. (204), AcP 204 (2004), 502, 525.

274 Aus rechtsvergleichender Sicht bezogen auf das in Frankreich und Italien bereits bestehende Systemwahlrecht zustimmend *Fleischer*, (Fn. 204), AcP 204 (2004), S. 502, 528 f.; ebenso die Stellungnahme der Arbeitsgruppe zur Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts, ZIP 2003, 863, 869 und die DAV-Stellungnahme zum Aktionsplan der Kommission, ZIP 2003, 1909, 1911.

275 So etwa *Schwark*, Globalisierung, Europarecht und Mitbestimmung im Konflikt, AG 2004, 173, 176; *Kallmeyer*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, ZIP 2003, 1531, 1534; dagegen zu Recht *Henssler*, (Fn. 267), FS Ulmer, S. 193, 201 f.; *Teichmann*, BB 2004, 53, 56.

276 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 15/3656, S. 8; zur Neuregelung kritisch *Manz/Mayer/Schröder-Manz*, (Fn. 264), Teil B, Art. 43 SE-VO Rn. 112, 129; zu verfassungsrechtlichen Bedenken näher unter § 5B.II.4.d.[3].

277 ABl. EG Nr. C 124 v. 10.10.1970, S. 1.

278 Zusammenfassend *Junker*, (Fn. 264), ZfA 2005, 1, 25.

279 ABl. EG Nr. L 254/64 v. 30.9.1994.

Kommission, *Etienne Davignon*, aus dem Jahr 1997<sup>280</sup> aufgegriffen worden und in Artt. 3-6 der SE-RL, § 22 Abs. 3-6 SEBG wiederzufinden.

## [2] Die Verhandlungslösung nach SE-RL und SEBG

Gem. Art. 3 Abs. 1 und dem 8. Erwägungsgrund der SE-RL soll die Mitbestimmung entsprechend der Legaldefinition in Art. 2 lit. k SE-RL bzw. § 2 Abs. 12 SEBG entweder über direkt von der Arbeitnehmerseite in den Aufsichtsrat oder das einstufige Verwaltungsorgan der SE entsandte bzw. gewählte Arbeitnehmervertreter realisiert werden, jedenfalls aber über den Einfluß auf die Wahl<sup>281</sup> eines Teils der Mitglieder dieser Organe erreicht werden. Auf Unternehmenseite verhandeln die Leitungsorgane der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften, auf Arbeitnehmerseite die in einem „besonderen Verhandlungsgremium“ repräsentierten Arbeitnehmer der von der SE-Gründung betroffenen Gesellschaften und Tochtergesellschaften über ein inhaltlich nicht vorgegebenes Beteiligungs-niveau<sup>282</sup>. Die Vorschriften der §§ 6 Abs. 3, 8 Abs. 1 SEBG über die Zusammensetzung des Wahlgremiums zum besonderen Verhandlungsgremium garantieren zudem, daß jedes dritte Mitglied beider Gremien ein Gewerkschaftsvertreter einer inländischen Gewerkschaft ist<sup>283</sup>.

Ein Beschluß des besonderen Verhandlungsgremiums über die Gestalt der Arbeitnehmervertretung bedarf grundsätzlich der „doppelten absoluten Mehrheit“ aus der Mehrheit der Gremiumsmitglieder, welche gleichzeitig die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer repräsentieren müssen, Art. 3 Abs. 4 S. 1 SE-RL, § 15 Abs. 2 SEBG. Das Verhandlungsverfahren mündet entweder in eine schriftliche Einigung der Parteien über die Mitbestimmung gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 SE-RL, § 13 Abs. 1 SEBG oder führt zum Scheitern der Verhandlungen. Die Einleitung und ein zügiger Ablauf des Verhandlungsverfahrens<sup>284</sup> liegt demgegenüber im natürlichen Interesse der Gründungsgesellschaften, da der Abschluß des Verfahrens gem. Artt. 12 Abs. 2, 26 Abs. 3, 32 Abs. 6 SE-VO Eintragungsvoraussetzung für die SE ist. Aufgrund der mitbestimmungsrechtlich im Fall des Scheiterns der Verhandlungslösung insbesondere das deutsche Mitbestimmungsniveau sichernden gesetzlichen Auffanglösung

280 Abschlußbericht der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“, BR-Drucks. 572/97.

281 Im ersten Fall kann dies durch direkte Wahl oder durch Delegiertenwahl erfolgen, im zweiten Fall besteht ein Vorschlags-/Widerrufsrecht zur Wahl durch die Hauptversammlung der SE bzw. durch die satzungsbeschließende Versammlung bei erstmaliger Zusammensetzung des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsgremiums, Artt. 40 Abs. 2, 43 Abs. 3 SE-VO.

282 Art. 3 Abs. 2 SE-RL, §§ 4-12 SEBG.

283 Zur unter Kontroll- und Teilhabegesichtspunkten gegebenen Systemwidrigkeit dieser mit der Zwangsbeteiligung von Gewerkschaftsfunktionären im deutschen Unternehmensmitbestimmungsrecht (vgl. § 7 Abs. 2, 4 MitbestG) vergleichbaren Regelung näher § 3B.IV.2.b.[3].

284 Die Verfahrensdauer ist gem. Art. 5 SE-VO, § 20 SEBG grundsätzlich auf sechs (konsensual verlängerbar auf maximal 12 Monate) Monate begrenzt.

muß der von der SE in Anspruch genommene Charme einer wettbewerbsöffnenden Gesellschaftsform jedoch abgesprochen werden<sup>285</sup>.

## 2. Aktionsplan der Kommission vom 21.5.2003 und bisherige Umsetzungsakte

Die Europäische Kommission hat ausgehend von ihrem Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ vom 21.5.2003<sup>286</sup> und dem im Anhang I konkretisierten Maßnahmenkatalog für kurzfristig (in den Jahren 2003-2005) und mittelfristig (in den Jahren 2006-2008) umzusetzende Vorhaben bereits mehrere Maßnahmen mit Einfluß auf die innergemeinschaftliche Mobilität sowie auf die Unternehmensverfassung der deutschen Aktiengesellschaft getroffen<sup>287</sup>. Neben der geplanten Richtlinie zur grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung von Kapitalgesellschaften<sup>288</sup> sind dies namentlich die Verschmelzungsrichtlinie<sup>289</sup> sowie die Empfehlungen zum Vergütungssystem für Direktoren und zur Stärkung der Rolle von unabhängigen nicht geschäftsführenden Direktoren und Aufsichtsräten in börsennotierten Kapitalgesellschaften<sup>290</sup>.

### a. Empfehlung 2004/913/EG der Kommission

Bei Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen fördert die Kommission die Transparenz individueller Gestaltungen indem sie in Nr. 5 der Vergütungsempfehlung eine detaillierte Veröffentlichung der Gehaltsstrukturen befürwortet. Hinsichtlich der Umsetzungsform beläßt sie den Mitgliedstaaten entsprechend der gem. Art. 249 Abs. 5 EG beschränkten Bindungswirkung der Empfehlung aber weitgehende Gestaltungsfreiheit. Dem deutschen Recht ist das Transparenzerfordernis durch die mit Art. 1

285 Eingehend zu Hindernissen einer SE-Gründung als Mitbestimmungsvermeidungsstrategie für deutsche Unternehmen unter § 5B.II.4.d.

286 KOM (2003) 284 endg. vom 21.5.2003. Ein eigenständiger Corporate Governance – Kodex wird von der Kommission nicht angestrebt, vgl. Aktionsplan, S. 13.

287 Zu den Empfehlungen der Kommission für den Aufsichtsrat zusammenfassend *Spindler*, Die Empfehlungen der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex, ZIP 2005, 2033 ff.; zu weiteren, hier nicht interessierenden Maßnahmen *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen, ZIP 2005, 461, 463 ff.

288 Konsultationsaufruf der Kommission vom 26.2.2004 zur 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_de](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/index_de); näher unter § 5B.II.3.a.

289 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005, ABl. L 310/1 v. 25.11.2005; zu den Folgen aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht siehe § 5B.II.4.e.

290 Empfehlung 2005/162/EG der Kommission v. 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Aufsichtsrats-/Verwaltungsrats, ABl. L 52/51; Empfehlung der Kommission v. 14.12.2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl. L 385/85.

VorstOG vom 3.8.2005 geänderten §§ 285 Nr. 9, 314 Abs.1 Nr. 6 HGB<sup>291</sup> sowie durch die Veröffentlichungsempfehlungen in Nr. 4.2.3 S. 7, 8 DCGK für Vorstandsmitglieder und in Nr. 5.4.7 S. 5 DCGK für Aufsichtsratsmitglieder schon bekannt<sup>292</sup> und geht durch die der Wirtschaftsprüfung unterliegende Verortung im Jahresabschluß sogar über die Empfehlung der Kommission hinaus, die in Nr. 5.1 auch einen separaten Vergütungsbericht zuläßt. Neu ist gem. Nr. 6.1 der Vergütungsempfehlung das generelle Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses zur Genehmigung kursbezogener Vergütungssysteme. Die Kommission bekennt sich damit insgesamt zu einer Stärkung der Aktionärsrechte in der Principal-Agent-Beziehung.

#### **b. Empfehlung 2005/162/EG der Kommission**

Die Empfehlung zur Unabhängigkeit von *Board*- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern behandelt in Anhang II Nr. 1 lit. c aktienkursorientiert vergütete Aufsichtsratsmitglieder als von der Gesellschaft abhängig. Gleiches gilt nach Nr. 13.1 für ein Aufsichtsratsmitglied, das in einer „geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär<sup>293</sup> oder deren Geschäftsführung<sup>294</sup> steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinträchtigt“. Nach der Vermutungsregelung der Leitlinien in Anhang II Nr. 1 lit. b ist dies bei Arbeitnehmern anzunehmen, die entweder aktuell oder innerhalb der vergangenen drei Jahre bei der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft beschäftigt waren, es sei denn, sie sind aufgrund eines gesetzlichen Systems der Unternehmensmitbestimmung gewählt. Diese Ausnahme gilt wiederum nicht für „Führungskräfte der Gesellschaft“. Auswirkungen hat dies auf die von der Kommission empfohlene Zusammensetzung des Nominierungs-, Vergütungs-, und Prüfungsausschusses welche die Beschlüsse des Gesamtgremiums vorbereiten sol-

---

291 Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz-VorstOG) v. 3.8.2005, BGBl. I S. 2267; zur Kontrollfunktion des Transparenzerfordernisses weiterführend *Baums*, Zur Offenlegung von Vorstandsvergütungen, ZHR 169 (2005), 299, 300 ff.

292 Zum (geringen) Grad der Akzeptanz der DCGK-Empfehlung im Geschäftsbericht 2004 der DAX- und M-DAX-Unternehmen v. *Werder/Talaulicar*, Kodex Report 2005 – Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2005, 841, 843 f.

293 Zur berechtigten Kritik an dieser Voraussetzung siehe *Habersack*, Der Aufsichtsrat im Visier der Kommission, ZHR 168 (2004), 373, 377 f.; *Hoffmann-Becking*, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, ZGR 2004, 355, 359 f.

294 Für ehemalige Vorstandsmitglieder von Mutter- oder Tochtergesellschaft wird entgegen Nr. 5.4.2 DCGK eine fünfjährige „cooling-off“-Periode und eine Inkompatibilität mit einer vorherigen Amtszeit von länger als 12 Jahren befürwortet; ablehnend *BDI u.a.*, Gemeinsame Stellungnahme zu den Entwürfen der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission für eine Empfehlung zur „Stärkung der Rolle von nicht geschäftsführenden Direktoren und Aufsichtsratsmitgliedern“ sowie zur „Förderung einer geeigneten Regelung für die Vergütung von Direktoren“, NZG 2004, 1052, 1053; *Peltzer*, Keine Aktienoptionen mehr für Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2004, 509, 511; *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1031.

len<sup>295</sup> und gem. Anhang I Nrn. 2.1.2, 3.1.2 und 4.1 mehrheitlich mit unabhängigen Mitglieder besetzt werden sollen.

## II. Bedeutung des DCGK

### 1. Wandel der Wettbewerbsbedingungen für deutsche Emittenten

Der DCGK ist Teil einer internationalen Entwicklung<sup>296</sup>, die Grundsätze guter Corporate Governance nicht vornehmlich im Wege staatlicher Rechtsetzung<sup>297</sup>, sondern in Form der Selbstregulierung durch die von ihnen betroffenen Verkehrskreise vorgibt. Diese Entwicklung ist bei weitem nicht auf ihrem Höhepunkt, wie zum einen die Veröffentlichung der Neufassung der OECD-Grundsätze der Corporate Governance im Jahr 2004<sup>298</sup> und die angekündigte Veröffentlichung eines eigenen Corporate Governance Kodex für Unternehmen der Asset-Management-Branche in Deutschland<sup>299</sup> zeigt. Corporate Governance-Kodizes sind ein Phänomen, das ausgehend vom anglo-amerikanischen Rechtskreis Eingang in das deutsche System gefunden hat<sup>300</sup>. Ursache für die Übernahme selbstregulativer Ansätze zur Regelung der Corporate Governance börsennotierter Aktiengesellschaften ist einerseits die vor dem Hintergrund spektakulärer Konzerninsolvenzen wie im Fall der *Philipp Holzmann AG* zunehmend als defizitär empfundene Steuerungswirkung des gegenwärtigen institutionellen Systems der Kontrolle des Vorstands durch den Aufsichtsrat<sup>301</sup>. Des weiteren ist eine Änderung der Unternehmensfinanzierungsstrukturen in Deutschland weg von einer vornehmlich aus einbehaltenen Gewinnen und hohen Fremdkapitalanteilen bestehenden Finanzierung, hin zu einer zunehmend kapitalmarktgenerierten Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung zu verzeichnen. Börsennotierte Unternehmen müssen sich somit vermehrt den internationalen Kapitalmärkten und deren Wettbewerbsstrukturen stellen. Im Wettbewerb mit deutschen Emittenten um kapitalmarktgeneriertes Kapital stehen insbesondere Unternehmen des anglo-amerikanischen Rechtsraums, deren Kapitalgesellschaftsrecht sich durch eine geringere Regulie-

---

295 Zur Kompatibilität des deutschen Modells der Unternehmensmitbestimmung mit diesen Anforderungen siehe § 4B.III.

296 Zur Verbreitung von Corporate Governance-Kodizes v. Werder, Kodex-Komm., Rn 3; ausführlich Berrar, (Fn 10), Entwicklung der Corporate Governance, S. 104 ff.

297 Zur Rechtsnatur des DCGK sogleich unter § 2D.II.4.

298 Abrufbar unter: <http://www.oecd.org>.

299 Dazu Gerke, Corporate-Governance-Kodex für Asset Management verlangt unabhängiges Aufsichtsratsmitglied, BB 2005, Heft 21, I.

300 Zu den Ursachen der zunehmenden Verbreitung sog. „legal transplants“ aus dem anglo-amerikanischen Rechtssystem in Deutschland Fleischer, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1129, 1134 ff.

301 Baums, (Fn. 22), Kommissionsbericht, S. 1 zum Auftrag der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“.

rungsdichte und ein höheres Maß an Dispositivität auszeichnet<sup>302</sup>. Hiermit einher geht eine wachsende Diversität des Aktionärskreises deutscher Emittenten, welcher zunehmend international, insbesondere angelsächsisch geprägt ist und in dem institutionelle Anleger wie Private-Equity-Fonds, Pensions- und Investmentfonds mitunter sogar dominieren<sup>303</sup>. Deutsche Emittenten stehen somit vermehrt unter dem Erwartungsdruck angelsächsischer Kapitalanleger, die als Folge der erwähnten normativen Zurückhaltung im Kapitalgesellschaftsrecht ihrer Heimatstaaten und beeinflusst durch die verbreiteten unternehmensspezifischen Corporate Governance-Kodizes<sup>304</sup> eine höhere Flexibilität und Transparenz von Führungsstrukturen erwarten<sup>305</sup>.

## 2. Entstehung des DCGK

In Reaktion auf diese Entwicklung entstanden in Deutschland durch private Initiativen im Januar und Juni 2000 die „Corporate Governance Grundsätze für börsennotierte Gesellschaften (*Code of best practice*)“ der sog. Frankfurter Grundsatzkommission sowie der „*German Code of Corporate Governance* (GCCG)“ des sog. Berliner Initiativkreises<sup>306</sup>. Zusätzlich haben börsennotierte Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland eigene Kodizes entwickelt, die sie wie etwa die *Deutsche Bank AG* zum Teil nach Inkrafttreten des DCGK aufgegeben haben, zum Teil aber neben diesem oder anstelle desselben beachten<sup>307</sup>. Die Parallelität verschiedener selbstverpflichtender Regelwerke zur Corporate Governance entspricht zwar nicht der Intention des Gesetzgebers des Transparenz- und Publizitätsgesetzes (TransPuG) von

---

302 Beispielhaft zum Regelungsprinzip im für den anglo-amerikanischen Rechtsraum bedeutsamsten Inkorporationsstatut des US-Bundesstaates Delaware *Fleischer*, Gläubigerschutz im Recht der Delaware corporation, RIW 2005, 92, 97.

303 Nach den Zahlen des Deutschen Aktieninstituts vom September 2004 betrug der Anteil institutioneller Anleger an großen deutschen Emittenten im Durchschnitt rund 50%, bei DAX-Unternehmen sogar bis zu 93%; der Anteil des Auslandsbesitzes lag hierbei im Durchschnitt bei rund 45%, bei Spitzenwerten von 84%, siehe DAI-Factbook 2004, Tz. 8.5-1.

304 v. *Werder*, Kodex-Komm., Vorbem. Rn. 4 Fn. 13.

305 Ob das kontinentaleuropäische, v.a. institutionellen Kontrollmechanismen vertrauende Modell der Corporate Governance auf dem Rückzug ist, läßt sich m.E. noch nicht absehen. Bislang sind Elemente des anglo-amerikanischen Corporate Governance-Systems lediglich ergänzend zum deutschen System herangezogen worden. Richtig ist aber, daß die stark durch zwingendes Aktien- und Mitbestimmungsrecht geprägte Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft zunehmend unter Erklärungsdruck gerät. So auch die Prognose von *Abeltshauer/Buck/Merkt*, (Fn. 36), *Corporate Governance*, S. 133, 149.

306 Der Code of best practice ist abgedruckt in AG 2000, S. 109 ff., der GCCG in AG 2000, S. 6 ff.; eingehend hierzu *Radke*, Entsprechenserklärung, S. 33 ff.; zur Zusammensetzung der jeweiligen Kommissionen *Bertrams*, (Fn. 151), Haftung des Aufsichtsrats, S. 38 f.

307 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 1558; zu Kodizes einzelner Unternehmen siehe: [http://www.metro.de/servlet/PB/show/1002808/Untern\\_Corpgover-02-06-11.dt.pdf](http://www.metro.de/servlet/PB/show/1002808/Untern_Corpgover-02-06-11.dt.pdf) (Metro AG); <http://www.dap-ag/germany/aboutSAP/cgovernance/cgdokumente.asp> (SAP AG); <http://www.douglas-holding.de/pdf/CGG.pdf> (Douglas Holding AG).

2002<sup>308</sup>, wonach vereinheitlichte Corporate Governance-Bedingungen in börsennotierten Kapitalgesellschaften geschaffen werden sollten. Entsprechend der in § 161 AktG verankerten Erwartung einer Selbstregulierung durch den Kapitalmarkt ist die Praxis aber ohne weiteres zulässig<sup>309</sup>.

Die am 29.5.2000 vom Bundeskanzler eingesetzte Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle“ unter Vorsitz des Kapitalmarktrechters *Theodor Baums* (Baums-Kommission) hat die inhaltlichen Vorarbeiten für die ihr nachfolgende Kommission unter Leitung des Aufsichtsratsvorsitzenden der *ThyssenKrupp AG*, *Gerhard Cromme*, (Kodex-Kommission)<sup>310</sup>, geleistet. Am 26.2.2002 ist der von der Kodex-Kommission entwickelte DCGK der Öffentlichkeit vorgestellt und nach der obligaten Rechtmäßigkeitsprüfung durch das Bundesjustizministerium<sup>311</sup> am 30.9.2002 im elektronischen Teil des Bundesanzeigers bekannt gemacht worden.

### 3. Struktur und Funktion des Regulierungsmechanismus

#### a. Zweck des DCGK

Den aufgezeigten Entwicklungen des Marktumfelds deutscher börsennotierter Unternehmen und in dieser Ausrichtung allen Vorläuferinitiativen folgend<sup>312</sup>, soll der DCGK ausweislich des ersten Absatzes seiner Präambel eine Kommunikations- sowie eine Ordnungsfunktion erfüllen.

#### [1] Kommunikationsfunktion

Durch den DCGK soll nationalen und vor allem ausländischen Kapitalanlegern das deutsche System der Corporate Governance transparent und kompakt dargestellt werden (Kommunikationsfunktion). Die Kapitalanleger sind hierbei zwar lediglich an erster Stelle einer Aufzählung weiterer Stakeholder in Abs. 1 der Präambel des DCGK genannt. Entscheidend für die Funktionsfähigkeit des Corporate Governance-Systems sind jedoch dem kapitalmarktbezogenen Selbstregulierungsansatz entsprechend die Kapitalanleger<sup>313</sup>. Andere Stakeholder tragen als solche schließlich nicht unmittelbar zur Kapitalgewinnung am Markt bei. Inhaltlich sollen durch den

---

308 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

309 So auch MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 141.

310 *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 5, 17; zur Zusammensetzung der Kodex-Kommission v. *Werder/Ringleb*, Kodex-Komm, Rn. 9.

311 *Seibert*, Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, 581, 582; *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 37; zu den umstrittenen Auswirkungen dieser „Rückkopplung“ an eine staatliche Rechtmäßigkeitskontrolle auf die Rechtsnatur des DCGK siehe § 2D.II.4.

312 *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 7; Großkomm.AktG-Kort, vor § 76 Rn. 48.

313 *Cromme*, Rede auf der Pressekonferenz vom 26.2.2002 in Berlin anlässlich der Übergabe des Entwurfs des Deutschen Corporate Governance Kodex an die Bundesministerin der Justiz, abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de>, S. 2.

DCGK zum einen die in diversen gesetzlichen Vorschriften des Gesellschafts-, Handels-, Kapitalmarkt- und Mitbestimmungsrechts zu findenden Bestandteile des deutschen Corporate Governance-Systems auf eine die Investitionsentscheidung erleichternde Grundcharta hin zusammengefaßt werden und auf Besonderheiten wie das dualistische System der Unternehmensverfassung und die Unternehmensmitbestimmung hingewiesen werden<sup>314</sup>. Daß die Abgabe der ersten Entsprechenserklärung für das Jahr 2002 zum 31.10.2003 durch damals 317 börsennotierte Gesellschaften der einzigen bislang existierenden empirischen Ereignisstudie zufolge keine signifikanten Kursausschläge des Börsenkurses der gehandelten Aktien zur Folge hatte<sup>315</sup>, spricht m.E. nicht abschließend gegen die Funktionsfähigkeit des marktbezogenen Regulierungsmechanismus. Für eine derartige Prognose könnte erst eine langfristige Ereignisstudie, die mehrere Erklärungszyklen umfaßt, eine valide Datengrundlage schaffen, da der Markt insbesondere aufgrund der jüngsten Interventionen des Gesetzgebers zur gesetzlichen Regelung der Vorstandsvergütung die Wirkungsweise des Mechanismus wohl noch nicht abschließend einschätzen kann<sup>316</sup>.

## [2] Ordnungsfunktion

Im Rahmen der Ordnungsfunktion soll der DCGK zusätzlich zu zwingenden Vorschriften Standards setzen<sup>317</sup> und deregulierend oder zumindest mäßigend auf den deutschen Gesetzgeber wirken. Ob der Deregulierungsanspruch erfüllt werden wird, ist m.E. zweifelhaft<sup>318</sup>. Zunächst ist zum bisherigen gesetzlichen Regulierungskorsett eine weitere Regulierungsebene hinzugekommen, da der Dokumentations- und Publikationsaufwand für börsennotierte Unternehmen infolge der Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG<sup>319</sup> zunimmt. Der Status quo ante des zwingenden Gesellschafts- und Mitbestimmungsrechts wurde durch den DCGK zudem nicht angetastet<sup>320</sup>. Die in Abs. 6 S. 4 der Präambel behauptete Flexibilisierungsauswirkung auf „die deutsche Unternehmensverfassung“<sup>321</sup> bleibt somit abzuwarten. Die Erfahrungen mit Selbstregulierungsmodellen sind jedenfalls in Deutschland nicht die besten, wie das Scheitern der bisherigen Initiativen des

---

314 Vgl. insbes. Abs. 3, 4 Präambel DCGK.

315 *Nowak/Rott/v. Mahr*, Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? – Eine empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex, ZGR 2005, 252, 273 ff.

316 I.E. zuversichtlich auch *Kirschbaum/Wittmann*, Zur Auswirkung des Deutschen Corporate Governance Kodex auf Unternehmen und Kapitalmarkt, AG-Report 8/2005, R 174, 176.

317 v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 84.

318 Verneinend bereits jetzt *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 15c.

319 Zutreffend *Ringleb*, Kodex-Komm, Rn. 20; ähnlich *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 15c.

320 Die einzige Deregulierungsempfehlung der Baums-Kommission betrifft die marginale Frage der Bekanntmachungsform der Einberufung der Hauptversammlung, *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 83.

Insiderhandels-Kodex und des Übernahmekodex belegt<sup>322</sup>. Die Realitätsnähe der Deregulierungserwartung des Gesetzgebers des TransPuG<sup>323</sup> ist auch vor dem Hintergrund des VorstOG<sup>324</sup>, womit der Gesetzgeber auf die als unzureichend angesehene Akzeptanz der Empfehlung der Nr. 4.2.4 S. 2 DCGK, die Vorstandsvergütung im Konzernabschlußanhang aufzuschlüsseln, durch die Kodexadressaten reagiert hat, zu bezweifeln<sup>325</sup>.

## b. Inhaltliche Struktur des DCGK

### [1] Regelungskategorien

Kommunikationsfunktion und Ordnungsfunktion des DCGK spiegeln sich im in Abs. 6 der Präambel definierten Regelungsmodell wieder. Dieses besteht aus drei Kategorien.

Die Bedeutendste, da in ihrer Regelungswirkung folgenreichste, ist die Empfehlung i.S.v. Abs. 6 S. 1 der Präambel. Empfehlungen sind sprachlich als Soll-Vorschriften gekennzeichnet und haben zur Folge, daß die Gesellschaft im Fall beabsichtigter oder erfolgter Abweichung bzw. Nichtbeachtung verpflichtet ist, dies offenzulegen. Damit wird der DCGK an das aus Großbritanniens *Combined Code*<sup>326</sup> aus dem Jahr 2000 bekannte Modell des „*comply or explain*“ angenähert, ohne ihm gänzlich zu folgen, da zum einen die Erklärung, den Empfehlungen des DCGK vollständig zu entsprechen, keine Zulassungsvoraussetzung zum Wertpapierhandel in Deutschland

321 Gemeint ist wohl die dualistische Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft wie es Abs. 3 der Präambel in den Vordergrund stellt, da es „die deutsche Unternehmensverfassung“ angesichts der Vielgestaltigkeit deutscher Kapitalgesellschaften nicht gibt.

322 Abgedruckt bei *Baumbach/Hopt*, HGB, 26. Aufl. (1995) unter (16) Insiderhandelsrichtlinien i.d.F. v. Juni 1998 bzw. (18) Übernahmekodex der Sachverständigenkommission beim Bundesministerium der Finanzen v. 14.7.1995 i.d.F. v. 28.11.1997.

323 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/8769, S. 21, zurückgehend auf *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn 7; *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 140.

324 Siehe Nachw. in Fn. 291.

325 So die Gesetzesbegründung des Referentenentwurfs (Fn. 292), zitiert bei *Baums*, Vorschlag eines Gesetzes zur Verbesserung der Transparenz von Vorstandsvergütungen, ZIP 2004, 1877, 1879; zu Recht ablehnend vor dem Hintergrund des Ziels eines wirksamen Abbaus von Informationsasymmetrien *Strieder*, Anmerkungen zur individualisierten Angabe von Vorstandsbezügen im Anhang des Jahresabschlusses, DB 2005, 957, 959; *Hopt*, (Fn. 287), ZIP 2005, 461, 472 f.; a.A. *Baums*, (Fn. 291), ZHR 169 (2005), 299, 308.

326 Der *Combined Code* in der Fassung v. 1.11.2003, abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/documents/combined\\_code\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/combined_code_final.pdf), enthält Ergänzungen zu den börseneigenen Voraussetzungen für ein dauerhaft zugelassenes Listing an der Londoner Börse und ist aus dem *Cadbury Report* (Fn. 20) und dem *Greenbury Report*, abgedruckt bei *Hopt et. al.*, *Comparative CG*, M41-M48, entstanden; zu letzterem *Berrar*, (Fn. 10), *Entwicklung der Corporate Governance*, S. 140 f.; *Borges*, *Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes*, ZGR 2003, 508, 524.

ist<sup>327</sup> und zum anderen keine Begründungspflicht für etwaige Abweichungen oder für die vollständige Nichtanwendung des DCGK besteht<sup>328</sup>. Aus der Empfehlung der Nr. 3.10 S. 2 DCGK, Abweichungen vom DCGK jährlich im Geschäftsbericht zu erläutern, kann nichts Gegenteiliges geschlossen werden, da entsprechend des Empfehlungscharakters Abweichungen von der Regelung nur zu erklären, nicht zu begründen sind. Folglich ist das deutsche Erklärungsmodell entgegen anderslautender Literaturstimmen<sup>329</sup> allein treffend mit der im Folgenden verwendeten Formulierung „*comply or disclose*“ charakterisiert.

Anregungen bilden die zweite Regelungskategorie des DCGK gem. Abs. 6 S. 5 der Präambel. Sprachlich durch die Worte „sollte“ oder „kann“ gekennzeichnet, kann von Anregungen ohne eine Offenlegung abgewichen werden. Dies macht den gegenüber den Empfehlungen geringeren Regelungsanspruch deutlich. Anregungen enthalten Standards, die sich nach der Einschätzung Kodex-Kommission noch nicht zu der breiten Akzeptanz der Praxis zugänglichen Corporate Governance-Grundsätzen verdichtet haben<sup>330</sup>.

Die dritte, sprachlich oder räumlich nicht besonders hervorgehobene Kategorie, ist gem. Abs. 6 S. 6 DCGK der Informationsteil, in welchem auf einzelne, für das deutsche Corporate Governance-System von der Kodex-Kommission für prägend gehaltene zwingende Vorschriften des Aktienrechts hingewiesen wird, indem sie (sprachlich zum Teil modifiziert)<sup>331</sup> wiedergegeben werden. Der Informationsteil soll der Kommunikationsfunktion des DCGK dienen und erhebt nicht den Anspruch einer präzisen Wiedergabe oder gar einer amtlichen Kommentierung des deutschen Rechts<sup>332</sup>. Das geht schon aus dem Wortlaut des Abs. 6 S. 6 der Präambel des DCGK hervor, der davon spricht, daß die nicht besonders gekennzeichneten Passagen des DCGK geltendes Gesetzesrecht „betreffen“. Von wortgetreuer Wiedergabe oder einer bindenden Erläuterung spricht der DCGK hingegen nicht. Das von *Semler*<sup>333</sup> ange deutete Haftungsszenario, das hieraus bei „ungeprüfter Übernahme“ derartiger Vorschriften für den Anwender, gem. Abs. 8 der Präambel des DCGK insbesondere börsennotierte Kapitalgesellschaften (!), entstehen soll, ist m.E. angesichts der Beratungs- und Entscheidungspraxis im Kapitalmarktrecht bloß virtuell.

---

327 Die Zulassungsvoraussetzungen sind öffentlich-rechtlich in §§ 30 ff. BörsenG und der Börsenzulassungs-Verordnung v. 21.2.2002 (BGBl. I, S. 2832) geregelt.

328 Begr. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

329 Stellvertretend Großkomm.AktG-Kort, vor § 76 Rn. 39; wie hier auch *Körner*, *Comply or disclose: Erklärung nach § 161 AktG und Außenhaftung des Vorstands*, NZG 2004, 1148; *Ringleb*, *Kodex-Komm.*, Rn. 47; *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), 150, 172.

330 *Cromme*, (Fn. 313), *Kodex-Übergabe*, S. 4.

331 Siehe etwa Nr. 3.3 DCGK im Vergleich mit § 111 Abs. 4 S. 2 AktG; Nr. 3.7. Abs. 2 S. 1 DCGK im Vergleich mit § 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG; weitere Bsp. bei *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 252 Fn. 317.

332 *Cromme*, Vorwort zum DCGK, ZIP 2002, 452; zu verfassungsrechtlichen Bedenken hiergegen: § 2D.II.5.

333 *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 252.

## [2] Aufbau des DCGK und inhaltliche Beschränkung der Kommissionsauftrags

Der DCGK ist in sieben Abschnitte unterteilt: 1. Präambel, 2. Aktionäre und Hauptversammlung, 3. Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat, 4. Vorstand, 5. Aufsichtsrat, 6. Transparenz und 7. Rechnungslegung und Abschlußprüfung.

Im Verhältnis zu den Anregungen machen die Empfehlungen und die Wiedergabe des Gesetzestextes den größten Anteil des DCGK aus. Zwei Drittel der Empfehlungen betreffen den Aufsichtsrat. Sie sind vor allem im fünften und siebten Abschnitt konzentriert und machen deutlich, daß der Schwerpunkt der Regulierungsabsicht der Kodex-Kommission auf der erhöhten Transparenz und Effektivität der Funktionswahrnehmung durch den Aufsichtsrat liegt<sup>334</sup>. Um so mehr muß es verwundern, daß gerade das aus der spezifischen Form der deutschen Unternehmensmitbestimmung resultierende Konfliktpotential für eine gute Corporate Governance explizit aus dem Regierungsauftrag der Kodex-Kommission ausgeklammert worden ist, obwohl es von der Baums-Kommission als solches benannt worden ist<sup>335</sup>. So beschränken sich die Sätze 3 bis 6 des Abs. 3 der Präambel des DCGK auf eine kurze Zusammenfassung der Struktur der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland<sup>336</sup>. Infolge dieser inhaltlichen Beschränkung der Regulierung wird allenfalls im Ansatz der Kommunikationsfunktion genügt, den Sorgen vor einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit mitbestimmter Unternehmen jedoch nicht ernsthaft begegnet. Der Ordnungsfunktion des DCGK wird gegenüber der zunehmend nicht nur von Unternehmensseite als defizitär empfundenen Unternehmensmitbestimmung offenbar nicht getraut. Dies mit der fehlenden Erfahrung mit dem für die SE gefundenen Verhandlungsmodell zu begründen<sup>337</sup>, erscheint vorgeschoben, da das Verhandlungsprinzip als solches auf dem Vorbild der Europäischen Betriebsräterichtlinie beruht<sup>338</sup> und daher entsprechende Erfahrungen bestehen. Trotz der Selbstbeschränkung der Kodex-Kommission kann das Konfliktpotential der Unternehmensmitbestimmung an einzelnen den Aufsichtsrat betreffenden Regelungen gemessen werden, da der Kodex den Anspruch erhebt, eine der gegenwärtigen Struktur der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft gerecht werdende Verbesserung der Corporate

---

334 *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), 150, 155.

335 *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, S. 6 und Rn. 49.

336 Ausgenommen wurde wegen der nur noch geringen Bedeutung in der Praxis die Rechtslage nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz v. 21.5.1951 (BGBl. I S. 347) und dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz v. 7.8.1956 (BGBl. I S. 707).

337 *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht, S. 6.

338 Siehe § 2D.I.1.b.[1].

Governance zu ermöglichen und überdies keinen ausdrücklichen Mitbestimmungsvorbehalt enthält<sup>339</sup>.

### c. Bedeutung der Erklärung gem. § 161 AktG

Nach § 161 AktG erklären Vorstand und Aufsichtsrat jährlich, daß den im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers veröffentlichten Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Vorschriften nicht angewendet wurden oder werden. Das in Abs. 6 S. 2 der Präambel des DCGK erwähnte „*comply or disclose*“-Konzept ist damit gesetzlich verankert.

#### [1] Wirkung der gesetzlichen Verankerung

Die gesetzliche Verankerung hat eine dreifache Wirkung. Zunächst begründet sie die Rechtspflicht der Unternehmensorgane Vorstand und Aufsichtsrat, eine Entsprechenserklärung abzugeben und diese den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen. Adressaten dieser Pflicht sind die Organe als solche, nicht etwa die Gesellschaft vertreten durch ihre Organe, wie der maßgebliche Wortlaut des § 161 AktG abweichend von der insofern mißverständlichen Formulierung des Abs. 6 S. 2 der Präambel des DCGK deutlich macht<sup>340</sup>. Hierbei handelt es sich um eine organbezogene Pflicht<sup>341</sup>, nicht etwa eine persönliche Erklärungspflicht der Organmitglieder im Außenverhältnis oder gegenüber dem Organ selbst. Neben dem entgegenstehenden Wortlaut des § 161 AktG, dem angesichts der im AktG vorzufindenden Differenzierung zwischen den Organen und seinen Mitgliedern als Verpflichtungsadressaten getraut werden kann<sup>342</sup>, spricht hiergegen, daß der Gesetzgeber mit § 161 AktG keine Rechtspflichten im Innenverhältnis zwischen Organ und Organmitglied, sondern eine valide Grundlage für das Vertrauen der Anleger im Außenverhältnis in die Führungs- und Kontrollstrukturen des Unternehmens schaffen wollte. Auch systematisch wären derartige Vorstellungen verfehlt, da eine persönliche Berechtigung und Verpflichtung einzelner Aufsichtsratsmitglieder nur in den seltenen Fällen der §§ 90 Abs. 3 S. 2, 111 Abs. 2 S. 2 AktG geregelt ist und ansonsten das Kollegialprinzip gilt<sup>343</sup>.

Die Erklärungs**pflicht** trifft nur Organe börsennotierter Aktiengesellschaften i.S.d. Legaldefinition des § 3 Abs. 2 AktG. Damit sind Organe ausländischer Gesellschaften

---

339 Zur Inkompatibilität der Unternehmensmitbestimmung mit einzelnen Corporate Governance-Grundsätzen eingehend unter § 4.

340 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 1512; *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), 150, 173; *Lutter/Krieger*, (Fn. 192), Rn. 491; a.A. MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 73.

341 Vergleichbar ist die Pflicht mit der Rechnungslegungspflicht des § 264 Abs. 1 HGB oder der Insolvenzantragspflicht des § 92 Abs. 2 AktG.

342 Zutreffend MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 68 f.

343 *Lutter/Krieger*, (Fn. 192), Rn. 39.

(selbst im Fall der Börsennotierung im Inland) nicht betroffen<sup>344</sup>. Dies ergibt sich neben der Tatsache, daß § 161 AktG mangels einer eindeutigen Zuweisung durch den Gesetzgeber nicht dem zwingenden Kapitalmarktschutzregime zuzuordnen ist<sup>345</sup>, insbesondere aus der Verknüpfung des § 161 AktG mit dem DCGK, der in seiner Präambel mehrfach ausdrücklich deutsche Aktiengesellschaften als Adressaten nennt sowie der erläuterten Kommunikationsfunktion des DCGK. Zudem sind Konzernunternehmen nicht von der Erklärungspflicht ihrer Muttergesellschaft und umgekehrt die Muttergesellschaft nicht von einer solchen der Tochter erfaßt<sup>346</sup>, wie sich aus § 161 S. 1 AktG i.V.m. Abs. 6 S. 2, Abs. 7 der Präambel des DCGK ergibt, wo ausdrücklich zwischen der „Gesellschaft“ und dem „Unternehmen“ als Oberbegriff für die Konzernmutter samt Tochtergesellschaften unterschieden wird und „die Gesellschaft“ als maßgeblicher Rechtsträger angesprochen ist.

Die zweite Wirkung des § 161 AktG ist die Verknüpfung der Erklärungspflicht mit den flankierenden handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften im Bereich der Rechnungslegung, wonach gem. § 285 Nr. 16 HGB im Anhang zum Jahresabschluß der Gesellschaft bzw. gem. 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB im Anhang des Konzernabschlusses die Tatsache der Abgabe und Zugänglichmachung der Entsprechenserklärung zu vermerken ist. Da der Jahresabschluß insgesamt gem. § 316 Abs. 1, 2 HGB der Abschlußprüfung unterliegt, muß der Abschlußprüfer bei einer etwaigen Abweichung der Erklärung von § 161 AktG eine Einschränkung des Bestätigungsvermerks gem. § 322 Abs. 4 S. 1 HGB vornehmen<sup>347</sup>. Dies gilt entgegen einer sich offenbar einbürgernden Praxis<sup>348</sup> auch für eine festgestellte Abweichung von der Anforderung, eine prospektive Entsprechenserklärung abzugeben. Gerade sie dient in besonderem Maße der Stärkung des Anlegervertrauens.

Für eine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Entsprechenserklärung durch den Abschlußprüfer ist hingegen keine besondere Rechtsgrundlage geschaffen worden<sup>349</sup>, so

---

344 A.A. *Claussen/Bröcker*, (Fn. 334), DB 2002, 1199, 1204; zutreffend dagegen *Hüffer*, AktG, § 161 Rn. 6; *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 1514.

345 Zur international-privatrechtlichen Qualifikation insofern eingehend *Radke*, (Fn. 151), Entsprechenserklärung, S. 74 ff.

346 So auch *Bertrams*, (Fn. 151), Haftung des Aufsichtsrats, S. 60; a.A. *Hirte*, TransPuG, 1. Kap. Rn. 33.

347 MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 170; es handelt sich bei der Erklärung um den hierfür erforderlichen wesentlichen Mangel, *Baumbach/Hopt/Merk*, § 322 HGB, Rn. 9; *Ihrig/Wagner*, Die Reform geht weiter: Das Transparenz und Publizitätsgesetz kommt, BB 2002, S. 789, 791.

348 So die empirische Studie von *Oser/Orth/Wader*, Beachtung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2004, 1121, 1126.

349 § 317 Abs. 1 S. 2 HGB kann eine inhaltliche Prüfung nicht rechtfertigen, da die Norm ihrem Wortlaut entsprechend nur eine formale Vollständigkeitsprüfung hinsichtlich der Erfüllung der Publizitätspflichten der §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB rechtfertigt. Auch die (inhaltliche) Berichtspflicht des Abschlußprüfers über wesentliche, zumindest entwicklungsgefährdende Tatsachen gem. § 321 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 HGB begründet keine inhaltliche Prüfungspflicht, da selbst bei unterstellter Tatbestandsmäßigkeit einer Abweichung von der Entsprechenserklärung aus dem Umkehrschluß zu

daß sich *de lege lata*<sup>350</sup> die Abschlußprüfung auf die Tatsache der Abgabe der Erklärung als solche beschränkt.

Eine dritte, außerrechtliche Wirkung des § 161 AktG ist eine durch die Anknüpfung an den DCGK und seine Veröffentlichung im amtlichen Teil des Bundesanzeigers sowie die vorausgegangene Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Bundesjustizministerium erzeugte besondere Legitimation des Selbstregulierungsansatzes<sup>351</sup>.

## [2] Inhalt und Zeitpunkt der Erklärung

Die Entsprechung oder die teilweise oder völlige Abweichung ist zum einen retrospektiv zu erklären und zum anderen prospektiv in Form einer Selbstverpflichtung auszusprechen. Der mißverständliche Wortlaut des § 161 S. 1 AktG steht dem nicht entgegen. Zwar ist grammatikalisch („entsprochen wird“) auf den ersten Blick auch ein reiner Gegenwartsbezug der Erklärung denkbar<sup>352</sup>. Richtigerweise ist die Wortwahl aber als Sonderform des Präsens Passiv zu verstehen, die gewählt worden ist, um die Vorschrift nicht sprachlich unnötig zu verkomplizieren<sup>353</sup>. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>354</sup> und der *ratio legis* wird im übrigen nur die prospektive Entsprechenserklärung dem kapitalmarktbezogenen Zweck der Kodexempfehlungen gerecht<sup>355</sup>: Die rein retrospektive oder gegenwartsbezogene Aussage nützt dem Anleger wenig, da sie im Augenblick des Aktienerwerbs bereits hinfällig sein kann. Die Entsprechenserklärung ist gem. § 161 S. 1 AktG „jährlich“ abzugeben. Gemeint war damit von Seiten des Gesetzgebers: zumindest einmal im Kalenderjahr<sup>356</sup>. Sollte sich zwischenzeitlich im Unternehmen ein Erfordernis einer Änderung der geübten Entsprechenspraxis und damit eine Abweichung von der inhaltlichen Aussage der letzten

---

Nr. 7.2.3 DCGK, der eine umfängliche Erweiterung der Abschlußprüfung als Empfehlung enthält, das Gegenteil zu schließen ist. Andernfalls wäre die Regelung obsolet.

350 *Hopt*, Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Zum Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, ZHR-Beiheft 71 (2002), S. 27, 54 hält die Abschlußprüfung infolgedessen sogar für „nahezu wertlos“; kritisch zur von der Baums-Kommission abgelehnten Ausdehnung des Prüfungsumfangs der Abschlußprüfung auf den Erklärungsinhalt *de lege ferenda* *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), 150, 176; *Baums*, (Fn. 22), Kommissionsbericht Rn. 12.

351 Weiterführend zur Legitimationswirkung eines staatlichen Verfahrenrahmens *Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, § 59 Rn. 45.

352 So etwa *Schüppen*, To comply or not to comply – that’s the question! Existenzfragen des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktrechtlicher Unternehmensführung, ZIP 2002, 1269, 1273.

353 So auch *Krieger*, Interne Voraussetzungen für die Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, FS für Peter Ulmer (2003), S. 365, 366.

354 Begr.RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 22

355 *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), 150, 170 f.; *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 1524; *Krieger*, (Fn. 353), FS Ulmer, S. 365 f.; i.E. auch *Hüffer*, AktG, § 161 Rn. 20.

356 So *Seibert*, Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, S. 581, 584 unter Berufung auf die RegBegr. TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 22; zweifelnd *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 1582.

Entsprechenserklärung ergeben, besteht, sofern nun weniger oder keine Empfehlung mehr beachtet wird<sup>357</sup>, die Pflicht des Vorstands und Aufsichtsrats, die Erklärung umgehend<sup>358</sup>, jedenfalls aber noch vor einer geänderten Praxis anzupassen und neu zu publizieren. Diese Pflicht ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 161 AktG, aber aus seinem Sinn und Zweck. Die Kommunikation der im Unternehmen verfolgten Corporate Governance-Praxis ist nur zu erreichen, wenn die Entsprechenserklärung richtig ist und bleibt, zumal dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, den Anlegern eine mittlerweile überholte Entsprechenserklärung gem. § 161 S. 2 AktG dauerhaft zugänglich machen zu wollen<sup>359</sup>.

#### 4. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des DCGK, insbesondere seines Empfehlungsteils<sup>360</sup>, ist noch nicht abschließend geklärt. Entscheidend werden kann sie für die Folgefrage der Bindungswirkung des Kodex insbesondere gegenüber dem Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern, aus welcher wiederum Rückschlüsse auf die Voraussetzungen für Sanktionen<sup>361</sup> etwaiger Verstöße gezogen werden könnten. Auszugehen ist hierbei zunächst vom bekannten Kanon der Rechtsquellen<sup>362</sup>.

##### a. Formelles Gesetz

Der Kategorie des formellen Gesetzes ist der DCGK nach allgemeiner Ansicht<sup>363</sup> nicht zuzuordnen, da das von Artt. 76 ff. GG geforderte Erlaßverfahren nicht durchlaufen wurde. Unzweifelhaft ist zwar § 161 AktG eine formalgesetzliche Rechtsnorm. Durch die Verknüpfung des DCGK mit § 161 S. 1 AktG erlangt aber der DCGK selbst keine „mittelbare“ Gesetzesqualität. Zum einen stünde andernfalls das damit geschaffene gesetzliche Aktienrecht dem dargelegten Zweck des kapitalmarktorientierten Selbstregulierungsinstruments diametral entgegen. Zum anderen fehlt auch der erforderliche Wille des Gesetzgebers<sup>364</sup>, um infolge der Anknüpfung an den DCGK eine Er-

357 Ein Mehr an beachteten Empfehlungen führt nicht zu einer Änderungspflicht, da gem. § 161 S. 1 AktG nur die nicht beachteten Empfehlungen des DCGK offenzulegen sind; ohne Differenzierung *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 1626.

358 Nach *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 1630 Fn. 134 ergibt sich diese Pflicht „im Zweifel“ bereits extern aus der Pflicht zu Abgabe einer Ad-hoc-Meldung gem. § 15 WpHG; eingehend hierzu *Radke* (Fn. 151), Entsprechenserklärung, S. 116 ff.

359 *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 117.

360 Hinsichtlich des Anregungsteils und der deklaratorischen Gesetzeswiedergaben wird die Frage der Rechtsnatur nicht relevant und bleibt daher außer Betracht, siehe § 2D.II.3.b.[1].

361 Dazu unter § 5A.

362 Zur Rechtsquellenlehre *Ossenbühl*, Handbuch des Staatsrechts III, § 61 Rn. 1 f.

363 Stellvertretend *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 29; im Vorfeld bereits *Baums* (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 17.

364 Vgl. Begr.RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 49 ff.

streckung des staatlichen Geltungsbefehls im Wege der Inkorporation oder durch Verweisung<sup>365</sup> anzuerkennen.

### b. Rechtsverordnung

Auch die Kategorie der Rechtsverordnung ist untauglich zur Qualifikation des DCGK<sup>366</sup>. Aus Art. 80 GG sind die Anforderungen an eine delegierte Rechtsetzung der Exekutive zu entnehmen. Eine derart delegierte Normsetzung ist im Fall des DCGK nicht gegeben. Dies kann zwar nicht bereits mit dem Fehlen einer entsprechenden Rechtsgrundlage begründet werden, da diese nicht konstitutiv für die Qualifizierung einer Vorschrift als Rechtsverordnung, sondern (bloße) Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist. Im Fall des DCGK fehlt es aber bereits an einem von Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG vorausgesetzten Delegatar. Die Bundesjustizministerin ist zwar ein solcher, hat aber den DCGK nicht erlassen. Die Einsetzung der Kodex-Kommission, die Bekanntmachung des DCGK im Bundesanzeiger sowie die Kontrolle des DCGK durch das Bundesjustizministerium, nach welcher die Bekanntmachung im Bundesanzeiger bei festgestellten Rechtsverstößen verweigert werden kann<sup>367</sup>, ist zudem keine (von Art. 80 GG ohnehin nicht vorgesehene) Subdelegation auf ein privates Gremium<sup>368</sup>. Im Gegenteil ist der DCGK das Ergebnis eines zwar staatlich verantworteten, aber durch ein privates<sup>369</sup> Beratungsgremium ohne inhaltliche Beteiligung von staatlichen Funktionsträgern erfolgten Aktes der Selbstregulierung<sup>370</sup>.

### c. Rechtsnorm sui generis

Die von *Hommelhoff* vor Erlass des DCGK vorgeschlagene „mittlere Regelungsebene“<sup>371</sup> kraft staatlicher Delegation auf ein privates Gremium und die Verortung des DCGK zwischen der Selbstregulierung qua satzungsgebender Gewalt der Gesellschafter und zwingendem Aktienrecht ist nicht geeignet, dem DCGK eine Rechtsnormqualität *sui generis* zu verleihen. Der Gesetzgeber ist diesem Modell schlicht nicht gefolgt. Rechtsnormqualität hat er nur § 161 AktG verliehen, dem

---

365 Weiterführend zur Wirkung eines staatlichen Geltungsbefehls bei privaten Regelwerken F. *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), S. 153 ff.

366 Ganz h.M., siehe stellvertretend MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 29; selbst *Seidel*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung?, ZIP 2004, S. 285, 289, der eine „staatliche Regelung“ annimmt, spricht nur von einer „mittelbaren Rechtswirkung“.

367 Siehe Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zum RegE des TransPuG, BT-Drucks. 14/9079, S. 18.

368 *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung (2005), S. 390, 536.

369 Die von *Heintzen*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts, ZIP 2004, S. 1933, 1935 („atypisches öffentliches Amt“) vertretene Gegenansicht hat keine Folgen für die Qualifikation des DCGK.

370 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 13, 51; a.A. *Seidel* (Fn: 366), ZIP 2004, S. 285, 286.

371 *Hommelhoff*, Die OECD-Principles on Corporate Governance – ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung, ZGR 2001, S. 238, 244 f.; ähnlich *Lutter*, Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht, ZGR 2001, S. 224, 237.

DCGK aber, ausweislich eines fehlenden anderweitigen Hinweises im Kodex selbst und der Stellungnahme des Vorsitzenden der Kodex-Kommission<sup>372</sup>, rein selbst-regulative Kraft beigemessen<sup>373</sup>.

#### d. Handelsbrauch und Handelsgewohnheitsrecht

Eine Einordnung der Empfehlungen des DCGK<sup>374</sup> als für den betroffenen Verkehrskreis normativ wirkender<sup>375</sup> Handelsbrauch i.S.v. § 346 HGB wird zwar allgemein für möglich gehalten, für die Gegenwart jedoch ebenso einhellig abgelehnt<sup>376</sup>. Dem ist auch gegenwärtig noch zuzustimmen. Die Entstehungsvoraussetzungen des Handelsbrauchs liegen zur Zeit nicht vor. Erforderlich ist insofern eine tatsächliche Übung der Umsetzung aller oder zumindest einzelner Kodex-Empfehlungen über eine längere Zeit, getragen von einer Maßgeblichkeitsüberzeugung der Kodex-Adressaten<sup>377</sup>. Nach der jüngsten im Auftrag der Kodex-Kommission vom Berlin Center of Corporate Governance (BCCG) durchgeführten empirischen Studie zur Akzeptanz der Kodexempfehlungen unter den 750 an der Frankfurter Wertpapierbörse gelisteten Unternehmen wurde schon keine dem ersten Kriterium der einheitlichen tatsächlichen Übung genügende Akzeptanz der Adressaten festgestellt. Zwar befolgten 29 der 30 befragten DAX-Unternehmen im Befragungszeitraum (Ende 2004 bis März 2005) 96,3% der Empfehlungen<sup>378</sup>. Bei den befragten kleineren, in den Indizes MDAX, SDAX, TecDAX oder den ohne Indexzuordnung im Prime Standard und General Standard notierten Unternehmen waren einerseits die Rücklaufquoten und andererseits die Befolungsquoten so gering<sup>379</sup>, daß keine einheitliche Übung der adressierten Verkehrskreise festgestellt werden kann. Allein für die befragten DAX-Unternehmen läßt sich hiernach eine einheitliche Übung feststellen. Diese bilden aber wiederum keinen selbständigen Verkehrskreis, da der DCGK nicht nach der Größe des börsennotierten Unternehmens differenziert. Infolge der fehlenden

372 *Cromme* (Fn. 313), Übergabe Kodex, S. 2; *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), S. 143, 169; *ders.* (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 159.

373 So auch *Ulmer* (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 159; *Hüffer*, AktG, § 161 Rn. 3.

374 Die Anregungen stellen schon nach Ansicht der die maßgeblichen Verkehrskreise repräsentierenden Kodex-Kommission keine allgemein akzeptierte „best practice“ dar, siehe § 2D.II.3.b.[1].

375 Rechtsnormen i.S.v. Art. 2 EGBGB sind Handelsbräuche im Gegensatz zu Handelsgewohnheitsrecht freilich nicht, statt aller: MüKoHGB-K. *Schmidt*, § 346 Rn. 1, 16. Ein bestehender Handelsbrauch hinsichtlich der Befolgung einzelner Kodexempfehlungen könnte damit zwar an der Beweislastverteilung nach §§ 92 Abs. 2 S. 1, 116 S. 1 AktG in einem Organhaftungsprozeß nichts ändern, hätte aber Einfluß auf den Darlegungsaufwand.

376 *Hüffer*, AktG, § 161 Rn. 3; MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 32 f.; *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 515 f.; *Ulmer* (Fn. 152), ZHR 166 (2002) S. 150, 158; mißverständlich, aber i.E. auf der Linie der h.M. *Peltzer*, Corporate Governance Codizes als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, NZG 2002, S. 10, 11.

377 Stellvertretend zu den Voraussetzungen des Handelsbrauchs MüKoHGB-K. *Schmidt*, § 346 Rn. 11 ff.

378 v. *Werder/Talaulicar* (Fn. 292), DB 2005, S. 841, 846.

tatsächlichen Übung kann auch keine Maßgeblichkeitsüberzeugung der Adressaten festgestellt werden, so daß offenbleiben kann, ob der gegenwärtig vierjährige Bestand des DCGK ein für die Ausbildung eines Handelsbrauchs ausreichender Zeitraum ist<sup>380</sup>.

Erst Recht ist der DCGK infolgedessen kein Handelsgewohnheitsrecht. Die dem Gewohnheitsrecht eigene Gesetzeswirkung i.S.v. Art. 2 EGBGB folgt aus einem über die Voraussetzungen des Handelsbrauchs als bloßer Verkehrssitte hinausgehenden Erfordernis des Rechtsgeltungswillens der ihm unterworfenen Verkehrskreise<sup>381</sup>. Ein solcher einheitlicher Bindungswille ist nicht festzustellen. Aufgrund der in § 161 AktG vorgesehenen Möglichkeit, den DCGK bei entsprechender Erklärung zukünftig nicht mehr oder nur noch teilweise anzuwenden, liegt es m.E. auch fern, daß die Kodex-Adressaten in Zukunft einen derartigen Rechtsgeltungswillen entwickeln, da sie die Flexibilität der Selbstbindung mit Gesetzesbindung tauschen würden. Damit erübrigt sich ein Vergleich mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) gem. § 238 Abs. 1 S. 1 HGB, da diese nach ganz h.M. als zu einem Teil Gewohnheitsrecht, zu einem anderen Teil als Handelsbrauch klassifiziert werden<sup>382</sup>.

#### e. „Soft law“

Da der DCGK nicht in die herkömmlichen Kategorien der Rechtsquellenlehre einzuordnen ist, wird seine Rechtsnatur von Teilen der Literatur mit dem Begriff „soft law“ bezeichnet<sup>383</sup>. M.E. läßt sich hieraus für die Frage der Rechtsnatur nichts ableiten, da die konturlose Kategorie des „soft law“ letztlich nur die Tatsache des fehlenden Rechtsnormcharakters benennt und damit selbstbezüglich ist. Sie wird daher zu Recht auch von anderen Stimmen in der Literatur abgelehnt<sup>384</sup>. Festzuhalten bleibt, daß der Staat durch die Einsetzung der Kodex-Kommission, die gesetzliche Verknüpfung des DCGK mit der Entsprechenserklärung, die Rechtskontrolle des DCGK durch das Bundesjustizministerium und die anschließende Bekanntmachung im amtlichen Teil des Bundesanzeigers eine Letztverantwortung gegenüber den autonom gesetzten Regelungen der privaten Expertenkommission übernommen hat. Der

---

379 Allein die Rücklaufquoten lagen nur zwischen 64,0% (MDAX) und 16,9% (General Standard), siehe v. *Werder/Talaulicar* (Fn. 292), DB 2005, S. 841, 846; zur Entwicklung der Akzeptanz *Lutter/v. Werder*, Kodex-Komm, Rn. 1639.

380 Das Zeitmoment ist zudem nicht isoliert zu ermitteln, sondern im Rückschluß aus der jeweiligen Akzeptanz der Regelung durch die Verkehrskreise, siehe *MüKoHGB-K.Schmidt*, § 346 Rn. 13, so daß m.E. viel dafür spricht, daß auch das Zeitmoment (noch) nicht erfüllt ist.

381 *MüKoHGB-K.Schmidt*, § 346, Rn 16.

382 *Baumbach/Hopt-Merkt*, § 238 HGB Rn. 11; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. (1999), S. 419; *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 516.

383 *Großkomm.AktG-Kort*, Vor § 76 Rn. 37; *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 28; *Lutter* (Fn. 371), ZGR 2001, S. 224, 225.

DCGK hat damit die Sphäre des rein Privaten verlassen, ohne andererseits bereits eine Rechtsquelle im herkömmlichen Sinne geworden zu sein<sup>385</sup>.

## 5. Bindungswirkung

Nachdem keine Einordnung des DCGK in den bekannten Rechtsquellenkanon möglich ist und daher ein Schluß von der Rechtsnatur auf die Bindungswirkung ausscheidet, ist zu prüfen, ob eine Bindungswirkung im Rechtsverkehr aus dem Vergleich des DCGK mit sonstigen materiellrechtlichen oder prozessualen Bindungstatbeständen abzuleiten ist. Außer Betracht bleibt eine Bindungswirkung der Regelungen nach zivilrechtlicher Umsetzung durch einen gesellschaftsrechtlichen Organisationsakt wie einen Satzungs-, Geschäftsordnungs- oder Organbeschluß oder eine Aufnahme etwa in den Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder<sup>386</sup>. Eine derartige Umsetzung ist nämlich durch § 161 AktG weder gefordert noch nahegelegt, da der Gesetzgeber in Satz 2 der Vorschrift lediglich fordert, die Entsprechenserklärung den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen. Im Gegenteil verringerte sich hierdurch die Flexibilität der Gesellschaften erheblich. Zum anderen würde eine neue Quelle für Rechtsunsicherheit geschaffen, sofern bei einer Umsetzung Kodex-Empfehlungen nicht wörtlich übernommen würden. Überdies ergäben sich hieraus keine neuen Rechtsfragen hinsichtlich der Bindungswirkung des DCGK als solchem<sup>387</sup>.

### a. Materiellrechtliche Vermutung

Unstreitig ist, daß § 161 AktG ausdrücklich weder eine Rechtsvermutung dergestalt beinhaltet, daß Organmitglieder, die einzelne Kodexempfehlungen erklärungsgemäß beachtet haben, sich sorgfaltsgemäß verhalten haben, noch folgt aus der Nichtbeachtung eine umgekehrte Vermutung<sup>388</sup>. Von Teilen der Literatur<sup>389</sup> wird hingegen eine § 161 S. 1 AktG implizite materiellrechtliche Vermutung aus einem Vergleich mit § 342 Abs. 2 HGB abgeleitet. Hiernach wird die Beachtung der die Konzern-

384 *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 517; *Heintzen* (Fn. 369), ZIP 2004, S. 1933, 1934, anders auf S. 1935: „regierungsamtliches soft law“; *Ulmer* (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 161; *Schulze-Osterloh*, Das deutsche Gesellschaftsrecht im Banne der Globalisierung, ZIP 2001, S. 1433, 1436.

385 So auch *Ulmer* (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 152: „gesellschaftsrechtliches Novum“.

386 Abwegig ist die Vorstellung einer „Rechtsgeltung durch Unterwerfung“ ohne zivilrechtlichen Umsetzungsakt, die dem „comply or disclose“ – Mechanismus des § 161 AktG diametral entgegensteht. Zutreffend *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 34; *Ulmer*, (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 159.

387 Weiterführend zur Umsetzung des DCGK durch besonderen Organisationsakt *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 1544. ff.; *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 521 ff.

388 Derartige Vermutungsregeln hätten im Prozeß zur Folge, daß sich bei Beachtung der Empfehlungen die Beweislastverteilung nach §§ 93 Abs. 2 S. 2, 116 S. 1 AktG zugunsten des Organmitglieds umkehren würde, während sie bei Nichtbeachtung gleich bleiben würde.

389 *Seibt*, Deutscher Corporate Governance Kodex: Abwarten auf Zweifelsfragen der Praxis, AG 2002, S. 249, 251; i.E. wegen „faktischen Befolgungsdrucks“ auch *Seidel* (Fn. 366), ZIP 2004, S. 285, 290 f.; eingeschränkt *Ulmer* (Fn. 152), ZHR 166 (2002), S. 150, 163: Wirkung wie „normkonkretisie-

rechnungslegung betreffenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung widerleglich vermutet<sup>390</sup>, soweit die vom Bundesjustizministerium bekannt gemachten Empfehlungen des privaten Rechnungslegungsgremiums i.S.d. § 342 Abs. 1 S. 1 HGB<sup>391</sup>, dem das Ministerium die Erstellung eines Empfehlungskatalogs übertragen hat, beachtet wurden. Begründet wird die implizite Vermutungswirkung mit der Ähnlichkeit des Bestellsaktes der entsprechenden Kommissionen, der jeweiligen Besetzung mit Sachverständigen des angesprochenen Verkehrskreises und einem infolge gesetzlicher Anknüpfung erhöhten faktischen Druck Befolgung des Kodex.

Die Gegenansicht<sup>392</sup> lehnt eine implizite Vermutungswirkung ab, da der Wortlaut des § 161 S. 1 AktG wertungsfrei eine Entsprechenserklärung und lediglich die Offenlegung eventueller Abweichungen verlange. Zudem stehe der Sinn und Zweck des Selbstregulierungsmechanismus, wonach die Nachfrage am Kapitalmarkt, nicht die Rechtsordnung eine Nichtbeachtung der Empfehlungen sanktionieren solle, einer impliziten Vermutungswirkung entgegen<sup>393</sup>.

Die Gegenansicht überzeugt. Nur sie wird dem kapitalmarktbezogenen Regulierungsansatz des DCGK gerecht. Es wäre zudem widersprüchlich, anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich einerseits der Ausstattung des DCGK mit rechtsnormativer Wirkung über eine tatbestandsmäßige Anknüpfung in § 161 S. 1 AktG enthalten, hätte sie andererseits aber mittelbar über die Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe im Bereich der Organhaftung eingeführt. Des weiteren spricht gerade ein Umkehrschluß zum Regelungsmodell des § 342 HGB gegen eine mittelbare Vermutungswirkung. Hätte der Gesetzgeber die ihm bekannte normative Höhe der Anknüpfung an ein privates Regelwerk gewollt, hätte er sie geschaffen.

## b. Prozessuale Beweisregel

In der Literatur<sup>394</sup> ist vereinzelt der Versuch unternommen worden, über die Qualifizierung der Empfehlungen als außerrechtliche Fachnormen, womit begrifflich von privaten Sachverständigengremien erstellte technische Regelwerke wie z.B. DIN-Normen<sup>395</sup> gekennzeichnet werden, Erkenntnisse über die Bindungswirkung der Kodex-Empfehlungen zu gewinnen. DIN-Normen sind vom Deutschen Institut für Normung e.V., einem mit Experten der betroffenen Verkehrskreise besetzten Fach-

---

rende Verwaltungsvorschriften“; zu letzteren eingehend *Marburger*, Regeln der Technik im Recht (1979), S. 395 ff.

390 Statt vieler *MüKoHGB-Ebke*, § 342 Rn. 23.

391 Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.

392 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn 58 ff.; i.E. auch *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 35; *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 520; *Knapp*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations (2004), S. 319.

393 So auch die Ansicht der Baums-Kommission, siehe *Baums* (Fn. 22), Kommissionsbericht, Rn. 17.

394 *Borges* (Fn. 326), ZGR 2003, S. 508, 518.

395 Zu weiteren technischen Regelwerken *MüKoBGB-Wagner*, § 823 Rn. 271 ff.

gremium, erlassene Regeln, die technische Produkteigenschaften und Prozeßabläufe aufgrund einer durch „Normungsvertrag“ mit der Bundesrepublik Deutschland verliehenen Regulierungskompetenz regeln<sup>396</sup>. Im Fall der Normbefolgung durch seinen Adressaten spricht nach Ansicht des BGH im Einzelfall ein Erfahrungssatz dafür, daß die objektiven Sorgfaltsanforderungen durch den Normadressaten erfüllt wurden, so daß im Prozeß nach Anscheinsbeweissgrundsätzen der Erfahrungssatz von der Gegenpartei zu entkräften ist<sup>397</sup>. Umgekehrt kann von der Nichtbeachtung einer DIN-Norm wegen der Vielgestaltigkeit abweichender Ursachenzusammenhänge nicht zwingend auf die Sorgfaltswidrigkeit des Handelns geschlossen werden<sup>398</sup>.

Übertragen auf die Empfehlungen des DCGK bedeutete dies bei Beachtung der Empfehlungen eine Änderung der Beweislastverteilung zugunsten der gem. §§ 93 Abs. 2 S. 1, 116 S. 1 AktG hinsichtlich der Tatsache sorgfaltsgemäßen Handelns beweislasterlasteten Organmitglieder, während es bei Nichtbefolgung der Empfehlungen bei der gesetzlichen Beweislastverteilung bliebe. Damit hätte die Anerkennung einer *prima facie*-Wirkung im Ergebnis die gleiche beweisrechtliche Folge wie die bereits abgelehnte Vorstellung einer materiellrechtlichen Vermutungswirkung. Dies widerspricht aber wie gezeigt dem Konzept des Gesetzgebers, eine Selbstregulierung über eine freiwillige Beachtung des DCGK zu erreichen<sup>399</sup>. Sie würde zudem den Handlungsspielraum der Organmitglieder, welche nach der Konzeption des Kodex ohne weiteres von einer abgegebenen Entsprechenserklärung abweichen können, zu weitgehend verengen. Eine Abweichung bleibt mithin haftungsrechtlich konsequenzlos, sofern das entsprechende Organmitglied das Kollegium zur umgehenden Abgabe einer modifizierten Entsprechenserklärung bewegt<sup>400</sup>, da so die gesetzliche Publizitätserwartung erfüllt wird. Folglich kann die Beachtung oder Nichtbeachtung der einzelnen an das Kollegium oder das einzelne Organmitglied gerichteten Kodex-Empfehlung nicht die Wirkung eines Regelsorgfaltsmaßstabs haben.

### c. Keine Nichtigkeit des DCGK wegen Verfassungsverstößes

Ein rechtliches Nullum ist der DCGK jedoch keineswegs<sup>401</sup>. Zu Recht vereinzelt geblieben ist auch der Versuch<sup>402</sup>, aus einem behaupteten „gesetzesähnlichen fakti-

396 Weiterführend *Brohm*, Handbuch des Staatsrechts II, § 36 Rn. 26; *Marburger* (Fn. 389), Regeln der Technik, S. 442.

397 St. Respr., zuletzt BGH, Urt. v. 13.3.2001 – VI ZR 142/00, NJW 2001, S. 2019, 2020.

398 MüKoBGB-*Wagner*, § 823 Rn. 273; *Marburger* (Fn. 389), Regeln der Technik, S. 473.

399 Zudem hat der Gesetzgeber durch die jüngste Änderung des § 93 AktG im Zuge des UMAG (Fn. 195) an diesem Zusammenhang nichts geändert. I.E. ebenso MüKoAktG-*Semler*, § 161 Rn. 36; *Knapp* (Fn. 392), Treuepflicht, S. 320; a.A. *Bertrams* (Fn. 151), Haftung des Aufsichtsrats, S. 211.

400 Siehe bereits oben § 2D.II.3.c.[2].

401 So aber *Seidel* (Fn. 366), ZIP 2004, S. 285, 294; *Lenz*, Kurzkommentar zu: OLG Schleswig, Beschluß v. 26.4.2004 – 2 W 46/04, EWiR 2004, S. 949, 950; zu Recht ablehnend *Lutter/Kirschbaum*, Zum Wettbewerber im Aufsichtsrat, ZIP 2005, 103, 105.

402 *Seidel* (Fn. 366), ZIP 2004, S. 285, 290 f.

schen Befolungsdruck“ auf die Kodexadressaten einen staatlich verantworteten Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmen und ihrer Organmitglieder aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu begründen. Gleiches gilt für den Ansatz, aus einer Delegation von Normsetzungskompetenzen auf die Kodex-Kommission als privates Gremium einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 2 GG<sup>403</sup> und den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG zu konstruieren. Ein von den Kategorien der Rechtsquellenlehre gelöster faktischer Befolungsdruck „gesetzesgleichen Ausmaßes“ kann für den adressierten Verkehrskreis nicht festgestellt werden, da wie gezeigt die Akzeptanz je nach Größe des Unternehmens stark differiert. Selbst wenn man einen die grundrechtliche Eingriffsschwelle übersteigenden erheblichen faktischen Befolungsdruck jedenfalls für Teile des Adressatenkreises des DCGK, etwa die DAX-Unternehmen unterstellte<sup>404</sup>, wäre Art. 65 GG und die dort vorausgesetzte Kompetenz der Bundesregierung zur Staatsleitung ausreichend, faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes zu legitimieren, zumal der Einfluß der Bundesregierung dauerhaft verfahrensrechtlich über die Rechtskontrolle des DCGK gesichert ist. Dies hat *Heintzen* unter Verweis auf die jüngere Rechtsprechung des BVerfG<sup>405</sup> zu informatorischen Kompetenzen der Bundesregierung überzeugend nachgewiesen<sup>406</sup>. Die Anforderungen des Demokratieprinzips gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG an eine hinreichende sachlich-inhaltliche sowie personelle Rückkoppelung an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber sind im übrigen durch die gesetzliche Anknüpfung des DCGK im Aktiengesetz sowie die Besetzung der Kodex-Kommission und die Rechtskontrolle durch das Bundesjustizministerium gewahrt<sup>407</sup>.

#### **d. Ergebnis: Beweisrechtliche Indizwirkung und „Rechtserkenntnisquelle“**

Positiv formuliert, unterscheidet sich der DCGK in seinem Empfehlungsteil von einem reinen Faktum ohne eigene rechtliche Relevanz in zweierlei Hinsicht.

403 *Wolf*, Corporate Governance – Der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt, ZRP 2002, S. 59, 60; zweifelnd auch *Ulmer* (Fn. 55), AcP 202 (2002), S. 143, 169.

404 Richtigerweise fehlt es für einen Eingriff durch die staatliche Anerkennung des DCGK in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG an der erforderlichen „berufsregelnden Tendenz“. Siehe zu dieser Voraussetzung: *Dreier/Wieland*, Art. 12 GG, Rn. 85. Eine solche geht nicht von den Kodex-Empfehlungen, sondern nur von der gesetzlich geregelten Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung aus. Zutreffend *Heintzen* (Fn. 369), ZIP 2004, S. 1933, 1936.

405 BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558, 1428/91 „Frostschutzmittel“, BVerfGE 105, S. 252, 267, 269 = NJW 2002, 2621; BVerfG, Beschl. v. 26.2.2002 – 1 BvR 670/91 „Jugendsekten“, BVerfGE 105, S. 279, 3. Leitsatz = NJW 2002, 2626.

406 *Heintzen* (Fn. 369), ZIP 2004, S. 1933, 1934.

Zum einen haben die Empfehlungen des DCGK eine indizielle Bedeutung in der richterlichen Beweiswürdigung im Rahmen der Feststellung einer behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung durch die Organmitglieder, ohne die materielle Beweislastverteilung als solche zu beeinflussen<sup>408</sup>. Dies folgt m.E. aus dem Verfahren des Zustandekommens des DCGK und aus seiner Regulierungsfunktion. Aufgrund der Zusammensetzung der Kodex-Kommission aus durchweg unabhängigen Experten und aufgrund der verfahrensrechtlichen Letztverantwortung des Staates für die Rechtswirksamkeit des DCGK ergibt sich nämlich ein gegenüber einem rein privaten Regelwerk erhöhter Geltungsanspruch. Dieser vermittelt ein Indiz für die Tatsache, daß die einzelne Kodexempfehlung einem allgemeinen Standard guter Corporate Governance entspricht. Im Einzelfall hat das Gericht auf dieser Grundlage einen Sorgfaltspflichtverstoß des Organmitglieds nach den gesetzlichen Beweisregeln und den Anforderungen an den Vollbeweis<sup>409</sup> festzustellen.

Die weitere Bedeutung des DCGK ist, wie aus der seit seiner Bekanntmachung ergangenen Rechtsprechung deutlich wird, die einer „Rechtserkenntnisquelle“<sup>410</sup>. Eine vergleichbare Bedeutung ist bereits der EMRK in ihrem Zusammenspiel mit nationalem Verfassungsrecht zugeschrieben worden, wo ihr, wie das BVerfG festgestellt hat<sup>411</sup>, eine interpretationsleitende Funktion zukommt. Diese Funktion liegt auf der Grenze zwischen faktischer und normativer Wirkung einer Regelung: Ohne an die EMRK direkt bei der Auslegung des Grundgesetzes gebunden zu sein, da diese als völkerrechtlicher Vertrag lediglich den Status einfachen Bundesrechts hat<sup>412</sup>, nutzt das BVerfG die in der EMRK niedergelegten Rechtssätze, um ein gefundenes Ergebnis an ihr zu messen und so zu bestätigen<sup>413</sup>. Die Vergleichbarkeit der interpretationsleitenden Funktion der EMRK mit derjenigen des DCGK wird durch die Rezeption des Empfehlungsteils in den bislang den DCGK erwähnenden Entscheidungen der Rechtsprechung, in welchen zur Anerkennung oder Abgrenzung von Wertungen des DCGK auf diesen verwiesen wird, bestätigt<sup>414</sup>.

407 *Heintzen* (Fn. 369), ZIP 2004, S. 1933, 1937 f; i.E. auch *Becker* (Fn. 368), Kooperative Normsetzung, S. 536 f.

408 Ähnlich *MüKoAktG-Semler*, § 161 Rn. 39; *Lutter/Krieger* (Fn. 192), Rn. 832; *Bertrams* (Fn. 151), Haftung des Aufsichtsrats, S. 212.

409 Dazu *Zöller/Greger*, Vor § 284 ZPO Rn. 2, 15 ff.

410 *Ossenbühl*, Handbuch des Staatsrechts III, § 61 Rn. 3 verwendet den Begriff weiter im Sinne eines Oberbegriffs für Rechtsnormen und sonstiges Recht.

411 BVerfG, Beschl. v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 740/81, 284/85, BVerfGE 74, S. 358, 370 = NJW 1987, 2427.

412 Art. 59 Abs. 2 GG, hierzu *Grabenwarter*, EMRK, § 3 Rn. 6.

413 *Grabenwarter*, EMRK, § 3 Rn. 15, spricht von der „Bestätigungswirkung“ der EMRK.

414 BGH, Urt. v. 16.2.2004 – II ZR 316/02, ZIP 2004, S. 613, 614 = NJW 2004, 1109; OLG Schleswig, Urt. v. 19.9.2002 – 5 U 164/01, NZG 2003, S. 176, 179 = AG 2003, 102: „Rückwirkung auf die Interpretation anderer aktienrechtlicher Vorschriften“; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, „Mannesmann“, ZIP 2006, S. 72, 73, 75 = NJW 2006, 522.; Urt. v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, ZIP 2003, S. 345, 347 = NJW-RR 2003, 830; Entgegen *Lenz*, (Fn. 401) geht nichts anderes aus dem

### E. Zwischenergebnis

Der Vorstand der Aktiengesellschaft ist verpflichtet, im Rahmen seines Leitungsermessens vorrangig den Interessen der Anteilseigner zu folgen, sofern die Anteilseigner nicht selbst kraft der ihnen zukommenden Satzungshoheit anderes festlegen. Die in der Beziehung Anteilseigner-Management entstehenden Informationssasymmetrien zu kompensieren, ist Aufgabe marktgesteuerter und institutioneller Corporate Governance-Mechanismen. Letztere sind neben der Organhaftung im System der Unternehmensverfassung verortet. Die spezifisch dualistische Struktur der deutschen Aktiengesellschaft ist sowohl rechtshistorisch als auch rechtsökonomisch mit der sinnvollen weitgehenden Rücknahme unmittelbarer Kontrollansprüche der Gesellschafterversammlung zu erklären. Aus der gesellschaftsrechtlichen Systematik folgt dennoch ein umfassender Kontrollanspruch allein der Anteilseigner. Erklärungsversuche eines mittelbaren Kontrollanspruchs der Arbeitnehmer sind aus gesellschaftsrechtlicher wie arbeitsrechtlicher Sicht systemwidrig und daher nicht erfolgversprechend. Europarechtliche Vorgaben der Umsetzungsakte des Aktionsplans der Kommission bewirken ebenso wie die neue Rechtsform der Societas Europaea und der DCGK eine Konzentration der Corporate Governance-Frage auf die Transparenzinteressen der Anteilseigner. Der deutsche Standort muß sich damit zunehmend kritische Fragen nach der Funktionsfähigkeit des Regimes der Unternehmensmitbestimmung gefallen lassen. Hieran kann der beschränkte Regierungsauftrag der Kodexkommission nichts ändern. Die Empfehlungen des DCGK haben zwar nur eine eingeschränkte Indiz- und Bestätigungswirkung ohne rechtsnormativen Anspruch. Für die Frage nach funktionsgerechter Corporate Governance

---

Beschluß des OLG Schleswig v 26.4.2004 – 2 W 46/04, ZIP 2004, S. 1143, 1144 = AG 2004, 453 hervor. Das Gericht hatte sich zwar bei seiner Entscheidung nach § 104 Abs. 2 AktG, einen Kandidaten zum Aufsichtsratsmitglied der MobilCom AG zu bestellen, welcher zugleich Vorstandsmitglied eines Konkurrenzunternehmens einer Konzerntochter war, zu Recht zwar nicht unmittelbar rechtlich an die Empfehlungen des DCGK gebunden gefühlt. Es hatte im Rahmen seiner Ermessensentscheidung aber die Wertungen der Nrn. 5.4.2 und 5.5.3 DCGK berücksichtigt, wenngleich es ihnen im Ergebnis nicht gefolgt ist. Kritisch insofern zu Recht *Lutter/Kirschbaum* (Fn. 401), ZIP 2005, S. 103, 105.

lassen sich aus ihm Parameter ablesen, die vorsichtig auch auf mitbestimmungsrechtlich indizierte Fragestellungen anwendbar sind<sup>415</sup>.

---

415 Zu mitbestimmungsbedingten Funktionsdefiziten des deutschen Corporate Governance-Systems eingehend unter § 4B.



## § 3 Struktur und Funktion der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG

Nach der funktionalen Analyse des deutschen Corporate Governance-Systems für börsennotierte Aktiengesellschaften wird im Folgenden erörtert, welche spezifischen Auswirkungen die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat auf eine funktionsgerechten Corporate Governance in den von ihr betroffenen Unternehmen hat. Hierzu ist zunächst die Struktur und Entwicklung und sodann die Funktion der Unternehmensmitbestimmung zu erläutern, um funktionale Konflikte zwischen beiden Konzepten aufdecken zu können.

### A. Unternehmensmitbestimmung in Deutschland

Das deutsche System der Unternehmensmitbestimmung ist in vier Gesetzen geregelt, dem MitbestG vom 4. Mai 1976, dem Drittelbeteiligungsgesetz vom 1. Juli 2004 (DrittelbG), das an die Stelle der §§ 76 ff. des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952 (BetrVG 1952) getreten ist, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz vom 21. Mai 1951 (Montan-MitbestG) und dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz vom 7. August 1956 (MitbestErgG).

Die Unternehmensmitbestimmung folgt hierin zwei grundlegenden Strukturprinzipien. Zum einen knüpft sie an bestimmte Rechtsformen privatrechtlicher Unternehmen mit körperschaftlicher Struktur an, wovon allen Mitbestimmungsgesetzen gemeinsam die in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Rechtsformen der Aktiengesellschaft und der GmbH sind<sup>416</sup>. Zum anderen greift die Unternehmensmitbestimmung in die Binnenstruktur der betroffenen Gesellschaften ein. Die Mitbestimmung ist im Aufsichtsrat verankert und im Ausnahmefall des Arbeitsdirektors gem. § 13 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG wird den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat über ein Veto-Recht sogar eine unmittelbare Entscheidungsgewalt über die

---

416 So unterlagen Ende 2004 dem MitbestG ca. 800 Unternehmen, davon 439 Aktiengesellschaften und 356 GmbHs, unter das DrittelbG fielen 2.306 Unternehmen, darunter 1.302 Aktiengesellschaften und 908 GmbHs, während dem Montan-MitbestG nur 24 Unternehmen unterlagen, siehe *BDA/BDI*, Kommissionsbericht, S. 3 f.; *Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt*, DrittelbG, Rn. 4 ff. Die weiteren Rechtsformen der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Genossenschaft (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 5 DrittelbG), der bergrechtlichen Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 2 Montan-MitbestG) und des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 DrittelbG) sind (mitbestimmungsrechtlich gesehen) in der Praxis nahezu unbedeutend und daher hier zu vernachlässigen.

Bestellung eines Vorstandsmitglieds des Unternehmens gewährt<sup>417</sup>. Damit sind die Arbeitnehmer personell wie inhaltlich unmittelbar an der Unternehmensleitung selbst beteiligt (Einheitsmodell)<sup>418</sup>. Die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bemißt sich nach Schwellenwerten einer Mindestanzahl regelmäßig im Unternehmen beschäftigter Arbeitnehmer, wobei eine Beteiligung zu einem Drittel bei mehr als 500 beschäftigten Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 S. 1 DrittelbG)<sup>419</sup> und eine hälftige Beteiligung bei mehr als 2000 beschäftigten Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) vorgesehen ist, sofern es sich nicht um ein Unternehmen mit überwiegend montan-industriellem Betriebszweck handelt<sup>420</sup>. Das verfassungsrechtlich gebotene Übergewicht der Anteilseignerseite wird im Anwendungsbereich des MitbestG, trotz personell formaler Parität, durch ein nur dem Aufsichtsratsvorsitzenden, als einem im Konfliktfall allein von Anteilseignerseite wählbarem Mitglied zustehendes Zweitstimmrecht bei Stimmengleichheit der Aufsichtsratsmitglieder erreicht (§ 27 Abs. 1, 2 S. 2 MitbestG).

Demgegenüber knüpfen die Mitwirkungs- und Mitentscheidungsrechte nach dem BetrVG zugunsten des ab einem Schwellenwert von fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern wählbaren Betriebsrats an Entscheidungen der Betriebs- und Unternehmensleitung an den „Betrieb“ als Arbeitsorganisation des Unternehmens gleich welcher Rechtsform an. Betriebsrat und die Unternehmensführung in ihrer Arbeitgeberfunktion stehen sich nach dem BetrVG organisatorisch in getrennten Organen gegenüber. Auf der Organisationsebene des Unternehmens kennt das Gesetz zwar ebenfalls in Form des Gesamtbetriebsrats gem. §§ 47 ff. BetrVG, des Konzernbetriebsrats gem. §§ 54 ff. BetrVG bzw. des Europäischen Betriebsrats nach dem Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsstrukturen. An der dualistischen Organisationsstruktur der Betriebsverfassung<sup>421</sup> ändert sich hierdurch jedoch nichts, da alle genannten Organisationsebenen auf die Betriebsebene zurückzuführen sind.

Trotz der organisatorischen Trennung von betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung wird im Folgenden nachgewiesen, daß das dargestellte Mitbestimmungssystem auf einen einheitlichen Geltungsgrund

---

417 Die Bestellung des Arbeitsdirektors in dem MitbestG unterliegenden Unternehmen gem. § 33 MitbestG erfolgt im Umkehrschluß zu § 13 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG gem. §§ 31 MitbestG, 84 AktG ohne ein drohendes Veto der Arbeitnehmerbank.

418 *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 4.

419 Für kleine Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mit unter 500 Arbeitnehmern, die vor dem 10.8.1994 ins Handelsregister eingetragen worden und keine Familiengesellschaften sind, besteht sogar gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 2 S. 2 DrittelbG die vor dem Inkrafttreten des Art. 2 des Gesetzes für die kleine Aktiengesellschaft und zur Deregulierung des Aktienrechts (BGBl. I 1994, S. 1961) geltende Rechtslage fort, nach welcher unabhängig von einem Mindestschwellenwert eine Drittelbeteiligung besteht.

420 Zur Montan-Mitbestimmung siehe §§ 1 Abs. 2 Montan-MitbestG, 3 MitbestErgG.

421 *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 4.

zurückzuführen ist<sup>422</sup> und damit eine einheitliche Analyse der Mitbestimmungsebenen aus funktionaler Sicht gerechtfertigt ist.

## **I. Untersuchungsgegenstand: Das MitbestG und die Rechtsform der Aktiengesellschaft**

Im Vordergrund der Untersuchung steht die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG in Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Dies ist bedingt durch den gegenüber der Montanmitbestimmung weitaus größeren Anwendungsbereich des MitbestG einerseits und die aufgrund des deutlichen Übergewichts der Anteilseignerseite in geringerem Maße auftretenden Konflikte zwischen der Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG und dem funktionalen Ansatz des deutschen Corporate Governance-Konzepts andererseits. Die Aktiengesellschaft, insbesondere in Gestalt der börsennotierten Publikumsgesellschaft, steht entsprechend ihrer Bedeutung für den Regulierungsansatz des DCGK und des bei ihr in besonders zuge-spitzter Form auftretenden Principal-Agent-Konflikts als Kernproblem des Corporate Governance-Diskussion im Vordergrund<sup>423</sup>.

## **II. Historische Entwicklung**

Rechtshistorisch ist die Unternehmensmitbestimmung als organisatorischer Durchführungsweg und Subsystem des auf einem einheitlichen Geltungsgrund fußenden Gesamtsystems der Mitbestimmung unternehmerischer Entscheidungen durch die Arbeitnehmer des Unternehmens zu verstehen<sup>424</sup>. Nach den im Jahr 1919 erlassenen Sondergesetzen für die Kohlen- und Kaliwirtschaft, die eine sektorale Wirtschaftslenkung durch einen Reichskohlenrat bzw. Reichskalirat vorsahen, welche organisatorisch durch Entsendung der Ratsmitglieder durch ihre jeweiligen Verbände bewältigt wurde<sup>425</sup>, hat der Gesetzgeber unter Aufgabe dieser verbandsrechtlichen Anknüpfung die Komplementarität der betrieblichen und unternehmensbezogenen Mitbestimmung in den Folgegesetzen verwirklicht. Ausgehend vom Gesetzgebungsauftrag in Art. 165 Abs. 2, 3 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) vom 11.8.1919<sup>426</sup>, welcher die Einrichtung von Betriebsarbeiterräten und die Entsendung von Delegierten in Bezirksarbeiterräte und den Reichsarbeiterrat vorsah, ist in § 70 des Betriebsrätegesetzes 1920 (BRG) sowie im Durchführungsgesetz über die Ent-

422 So auch *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 41 f.; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis Rn. 111; a.A. *Thüsing*, Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: *Rieble, Volker* (Hg.) *Zukunft der Unternehmensverfassung* (2004), § 3 Rn. 21.

423 Zu Argumenten für eine freiwillige Ausrichtung mittelständischer Unternehmen am DCGK siehe *Thümmel*, *Corporate Governance – auch für mittelständische Unternehmen aktuell*, BB 27/2004, S. I.

424 *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn 41 f.; weitere Subsysteme sind die Mitbestimmung nach dem BetrVG, dem SprAuG.

425 Großkomm.AktG-Oetker, Vorbem. MitbestG Rn. 3.

426 RGBl. S. 1383.

sendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat<sup>427</sup> für alle Unternehmen, in denen bereits ein Aufsichtsrat bestand, ein Entsenderecht des Betriebsrats für ein oder zwei seiner Mitglieder mit Sitz und Stimme verankert worden<sup>428</sup>. Diese organisatorische Verknüpfung ist durch die bis zum Inkrafttreten des DrittelbG geltenden Vorschriften der §§ 76 ff. BetrVG 1952 beibehalten worden. Besonders deutlich wird dies im Organisationsweg der betrieblichen Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten gem. §§ 67 ff. BetrVG 1952 als Vorgängerregelung der §§ 106 ff. BetrVG. Die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses waren nämlich gem. § 68 Abs. 2, 3 BetrVG 1952 jeweils zur Hälfte durch den Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat einerseits, sowie durch die Unternehmensleitung andererseits zu bestimmen. Der wesentliche Unterschied zum Regelungsmodell des BRG bestand lediglich darin, daß die Beteiligung im Aufsichtsrat gem. § 76 Abs. 3 S. 1 BetrVG 1952 nicht zahlenmäßig, sondern im Verhältnis zu einem Drittel zur Zahl der Anteilseignervertreter begrenzt wurde und die Betriebsräte kein Entsenderecht, sondern lediglich ein Vorschlagsrecht für die Aufsichtsratskandidaten hatten. Die Regelungen des Montan-MitbestG vom 21.5.1951, die eine zahlenmäßig volle Parität zwischen Arbeitnehmerbank und Anteilseignerbank sowie die Wahl eines neutralen Mitglieds durch die Hauptversammlung zur Auflösung eines möglichen Stimmenpatts vorsehen (§§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 3 S. 7 Montan-MitbestG), sind demgegenüber ein aus dieser Entwicklung ausbrechender Fremdkörper, der als Sondermaßnahme zur Abwendung von Plänen der Alliierten zur Entflechtung der Stahlindustrie nach dem Zweiten Weltkrieg getroffen worden ist<sup>429</sup>. Das DrittelbG hat die organisatorische Mitbestimmungseinheit des BetrVG 1952 inhaltlich beibehalten, wie die Vorschriften der §§ 3, 4 Abs. 3 S. 4 und 6 S. 1 DrittelbG zur Besetzung der Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrats zeigen. Die endgültige<sup>430</sup> Herausnahme der Regelungen aus dem Bereich der **Betriebs**verfassung durch das DrittelbG ist demgegenüber redaktioneller Natur<sup>431</sup> und löst das Einheitsmodell nicht auf. Das MitbestG vom 4.5.1976, verstanden als normatives Produkt eines auf Arbeitnehmerrechte bezogenen „Integrationswettbewerbs“ der Wirtschafts- und Gesellschaftsmodelle der damals beiden deutschen Staaten, hat demgegenüber den inhaltlich-systematischen und personellen Zusammenhang der Mitbestimmungsebenen in seinem Anwendungsbereich gesetzestechnisch verschleiert<sup>432</sup>, da neben der Delegiertenwahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens auf Vorschlag bestimmter Quoren

427 Betriebsrätegesetz v. 4.2.1920, RGBl. S. 147; Durchführungsgesetz v. 15.2.1922, RGBl. S. 209.

428 Näher hierzu GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 12 ff.; Großkomm.AktG-Oetker, Vorbem. MitbestG Rn. 4 f.

429 Zum Sonderfall der Montanmitbestimmung Großkomm.AktG-Oetker, Einl. Montan-MitbestG Rn. 2 f.

430 Zuvor war durch das BetrVG 1972 die betriebliche Mitbestimmung zumindest aus historischer Sicht künstlich von den fortgeltenden Regelungen der §§ 76 ff. BetrVG 1952 isoliert worden.

431 Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt, DrittelbG, Rn. 18 f.

432 Schneevoigt, Die Praxis der Mitbestimmung – Wie wirkt sich die Mitbestimmung auf die Entscheidungsprozesse im Unternehmen aus?, ZfA 2005, S. 233, 235; aufgelöst wird der Zu-

der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer gem. § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 MitbestG zum einen zwingend leitende Angestellte gem. § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG und zum anderen gem. § 7 Abs. 2 MitbestG je nach Größe des Gesamtgremiums, zwei bis drei Gewerkschaftsvertreter auf Vorschlag der in den mitbestimmungsrelevanten Unternehmen vertretenen Gewerkschaften in den Aufsichtsrat zu wählen sind<sup>433</sup>. Gleiches gilt für die durch § 107 Abs. 2 S. 2 BetrVG 1972 erfolgte Abschaffung des Wirtschaftsausschusses als „gemeinsames Organ von Unternehmer und Betriebsrat“<sup>434</sup>. Durch diese Änderung hatte der Gesetzgeber einen Ersatz für die 1972 noch nicht durchsetzbare paritätische Unternehmensmitbestimmung gesucht, ohne sie freilich nach Erlass des MitbestG wieder zu streichen<sup>435</sup>.

Auf diesem Stand ist die Mitbestimmungsgesetzgebung ungeachtet der europarechtlichen Impulse durch die Vereinbarungslösungen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 EBRG, der SE-RL und der Verschmelzungsrichtlinie sowie der betriebsverfassungsrechtlich zulässigen Strukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG stehengeblieben. Wie auch das jüngste Beispiel des DrittelbG zeigt, praktiziert der Gesetzgeber seit den 70er Jahren lediglich Bestands-<sup>436</sup> bzw. Besitzstandssicherung<sup>437</sup>.

## B. Funktion der Unternehmensmitbestimmung

Diese Entwicklung ist vom BVerfG trotz der im Mitbestimmungsurteil vom Gesetzgeber geforderten Überprüfung der vor Erlass des MitbestG angestellten Prognose der wirtschaftlichen Funktionsgerechtigkeit paritätischer Unternehmensmitbestimmung<sup>438</sup> bislang weitgehend akzeptiert worden<sup>439</sup>, so daß eine Neuauflage der Ver-

---

sammenhang freilich weder funktional noch personell, siehe *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis Rn. 111 und eingehend unter § 4A.

433 Diese sind in der Praxis regelmäßig, aber nicht gesetzlich zwingend externe Vertreter, also nicht arbeitsvertraglich an das mitbestimmte Unternehmen gebunden, *Raiser*, MitbestG, § 7 Rn. 21, § 16 Rn. 3.

434 GK-BetrVG/*Oetker*, vor § 106 Rn. 5.

435 *Raiser*, Mitbestimmung im Betrieb und im Unternehmen, in: FS für Konrad Duden (1977), S. 423, 434.

436 *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 70.

437 *Roth*, Die unternehmerische Mitbestimmung in der monistischen SE, ZfA 2004, S. 431, 434. Zum in diesem Zusammenhang stehenden Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz v. 23.8.1994, BGBl. I, S. 2228, und zur temporären Mitbestimmungsbeibehaltung gem. § 325 UmwG siehe § 5B.II.4.c. und § 5B.II.4.a.

438 BVerfG, a.a.O. (Fn 47), S. 334 ff., 352.

439 In den jüngsten Entscheidungen des BVerfG zur Unternehmensmitbestimmung wurde zum einen lediglich das Unterschriftenquorum des § 12 Abs. 1 S. 2 MitbestG für Wahlvorschläge zur Delegiertenwahl wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG, für verfassungswidrig erklärt, BVerfG, Beschl. v. 12.10.2004 – 1 BvR 2130/98, AG 2005, S. 33 = AP Nr. 3 zu § 12 MitbestG; gleiches (Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG) gilt für die Regelung des Anwendungsbereichs der Mitbestimmungsausweitung gem. §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m § 16 MitbestErgG durch das Gesetz zur Sicherung der Montanmitbestimmung v. 20.12.1988 (BGBl. I S. 2312), BVerfG, Ur. v. 2.3.1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, S. 367, 397 f. = NJW 1999, 1535.

fassungsdebatte der 70er Jahre um die paritätische Mitbestimmung<sup>440</sup> nicht lohnt. Festzuhalten ist, daß nach gegenwärtigem Stand bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur die im Kern seit 1976 unverändert gebliebenen Vorschriften des MitbestG weder die Grundrechte der Anteilseigner noch der betroffenen Unternehmen aus Artt. 9 Abs. 1, 3; 14 Abs. 1; 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) verletzen. Die Frage der Vereinbarkeit der Unternehmensmitbestimmung mit dem deutschen Corporate Governance-System ist hingegen nicht auf verfassungsrechtlicher Ebene zu beantworten. Ein an dieser Frage orientierter Untersuchungsansatz muß aus funktionaler Sicht das Verhältnis von Anspruch und Wirklichkeit des deutschen Mitbestimmungsmodells untersuchen.

Der funktionale Anspruch der Unternehmensmitbestimmung ist im 1970 vorgelegten Abschlußbericht der von der damaligen Bundesregierung eingesetzten sog. „*Biedenkopf-Kommission*“<sup>441</sup>, sowie in der Begründung des Regierungsentwurfs des MitbestG aus dem Jahr 1974 formuliert worden<sup>442</sup>. Neben der Herstellung einer „gleichberechtigten und gleichgewichtigen Teilnahme von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen“ diene die Mitbestimmung der Verwirklichung der Menschenwürde der Arbeitnehmer im Unternehmen, wie sie Art. 1 Abs. 1 GG fordere. Zudem diene sie der Demokratisierung der Wirtschaft, der Gleichstellung der Faktoren Arbeit und Kapital, und dadurch letztlich der Legitimation und Kontrolle wirtschaftlicher Macht. Hiermit einher geht der neuere Versuch, der Unternehmensmitbestimmung eine effizienzsteigende Funktion zuzuschreiben und sie damit ökonomisch zu immunisieren<sup>443</sup>. Diese Positionen werden im Folgenden hinterfragt und die Kernfunktion der Unternehmensmitbestimmung bestimmt.

## I. Verwirklichung des Menschenwürdeprinzips?

### 1. Reichweite des Ansatzes

Die *Biedenkopf-Kommission* hatte die funktionale Verknüpfung von Menschenwürdegarantie und Unternehmensmitbestimmung damit begründet, „daß die Unterordnung des Arbeitnehmers unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt im Unternehmen

---

440 Siehe hierzu eingehend die Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des MitbestG, im Auftrag der Bundesregierung erstellt von *Kübler/Schmidt/Simitis* (Fn. 40), im Auftrag der BDA erstellt von *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten (1977) sowie das Mitbestimmungsurteil des BVerfG, a.a.O., (Fn. 47), S. 322 ff.

441 Kurt Biedenkopf ist im März 2005 vom Bundeskanzler erneut zum Vorsitzenden einer Kommission zur Begutachtung der Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund des deutschen Corporate Governance-Systems berufen worden. Das Gutachten soll im September 2006 vorgelegt werden, siehe FAZ v. 21.3.2005, S. 11.

442 BegrRegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 16 f. unter Bezugnahme auf BT-Drucks. VI/334, Teil IV, S. 56 ff., 64, 76 f. (Bericht der „*Biedenkopf-Kommission*“); zustimmend neuerdings *Klebe/Köstler*, FS Wissmann, S. 443, 444.

443 *Hans-Böckler-Stiftung*, Zur aktuellen Kritik an der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, S. 5, abrufbar unter: <http://www.boeckler.de/pdf/mitbestimmung-2004.pdf>.

mit seiner Selbstbestimmtheit, der ihm rechtlich zuerkannten Möglichkeit, seine Zwecke frei zu wählen und eigene Initiativen zu entfalten, nur solange vereinbar ist, als sie ihre Entsprechung in Gestalt der Freiheit der Beteiligung an den Entscheidungen findet, die den Arbeitsprozeß regeln und gestalten<sup>444</sup>. *Däubler* hat diesen Ansatz aufgegriffen und ihn zu einem „universellen Grundrecht auf Mitbestimmung“<sup>445</sup> ausgebaut. Er sieht infolgedessen die nach seiner Ansicht grundrechtlich geforderte Unternehmensmitbestimmung sogar nur als Zwischenziel auf dem Weg zu einer „Umpolung des gesamten Gesellschaftssystems auf humanitäre Bedürfnisse“<sup>446</sup>. Einen Konflikt mit dem Eigentumsgrundrecht der Unternehmenseigentümer sieht er durch die grundgesetzliche Option des Art. 15 GG „zum Hinüberwachsen in eine demokratische Wirtschaftsverfassung“<sup>447</sup> aufgehoben. Art. 1 GG i.V.m. Art. 15 GG geböten eine Auslegung des Eigentumsgrundrechts dahingehend, daß zwar die „Arbeitnehmer-Produzenten“ unternehmerische Entscheidungen nicht allein bestimmen könnten, andererseits aber „nichts gegen ihren Willen geschehen kann“<sup>448</sup>.

## 2. Stellungnahme

Terminologisch und inhaltlich negieren derartige Vorstellungen die freiheitliche Eigentumsordnung des Grundgesetzes und zielen ganz deutlich auf sozialistische Vorstellungen vergesellschafteter Produktionsbedingungen<sup>449</sup>. Eine anstattlich strukturierte Wirtschaftsordnung, die nicht mehr vom Selbstbestimmungsrecht privatautonom handelnder Mitglieder der Kapitalgesellschaft ausgeht, sondern auf eine Mischform verbandsinterner Willensbildung durch interne (Eigentümer) und externe (Nicht-Eigentümer) Gruppen setzt, ist dem Grundgesetz fremd<sup>450</sup>. Aus Art. 15 GG ist nichts Gegenteiliges zu schließen, da die Norm kein Auslegungsparameter für die Reichweite der Eigentumsgarantie vorgibt, sondern lediglich weitere Eingriffsschranken formuliert<sup>451</sup>. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG ist zudem gegenüber der Einführung gemeinwirtschaftlicher Produktionsformen i.S.v. Art. 15 GG kein Minus, sondern ein Aliud und muß folgerichtig allein an den Freiheitsrechten der Unternehmer aus Artt. 9 und 14 GG gemessen werden<sup>452</sup>.

444 BT-Drucks. VI/334, Teil III. B. I.; Teil IV., insbes. S. 56 f., 99 ff.; siehe auch RegBegr-MitbestG, BR-Drucks. 200/74 S. 15; jüngst erneut *Schmoldt*, Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht, in: Rieble, Volker (Hg.) *Zukunft der Unternehmensverfassung* (2004), § 5 Rn. 14.

445 *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl., (1975) S. 129 ff., 155 ff., 161.

446 *Däubler* (Fn. 445), Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 25.

447 *Däubler* (Fn. 445), Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 159.

448 *Däubler* (Fn. 445), Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 159 f.

449 So auch schon *Luhmann*, Grundrechte als Institution (1965), S. 122; *Ehmann*, Das Grundrecht auf Sozialismus, RdA 1976, S. 175, 183 f.

450 *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn. 503.

451 *Dreier/Wieland*, Art. 15 GG Rn. 17, 29.

452 *Maunz* in: Maunz/Dürig, Art. 15 GG Rn. 9; *Dreier/Wieland*, Art. 15 GG Rn. 25; *Huber*, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung (1970), S. 127.

Art. 1 Abs. 1 GG ist überdies ungeeignet, einen grundrechtlichen Anspruch auf Bildung bestimmter mitbestimmungsrechtlicher Strukturen gegenüber dem Gesetzgeber zu begründen. Zwar ist Art. 1 Abs. 1 GG nach ganz h.M. ein Grundrecht<sup>453</sup>. Aus ihm ein zwingendes Schutzgebot zur Einführung der Unternehmensmitbestimmung zu konstruieren, würde seine subjektiv-rechtliche Leistungskraft aber bei weitem übersteigen<sup>454</sup> und durch seinen, die gesamte verfassungsrechtliche Wertordnung prägenden Charakter eine letztlich uferlose Grundlage für Eingriffe in Freiheitsrechte anderer, im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang insbesondere der Anteilseigner, bieten. Die Bedeutung der speziellen Freiheitsgrundrechte im Rahmen der Konkretisierung des grundgesetzlichen Untermaßverbots würde hierdurch verkannt und durch ein aus der Menschenwürdegarantie gefolgertes „Recht auf Rechte“ zwangsläufig völlig mediatisiert<sup>455</sup>. Ganz auf dieser Linie hat das BVerfG unmittelbar aus der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer gem. Art. 12 Abs. 1 GG selbst in anderem Zusammenhang Schutzpflichten des Gesetzgebers abgeleitet<sup>456</sup>. Ausgangspunkt hierfür ist der durch den Arbeitnehmer, welcher sich qua Arbeitsvertrag in ein weisungsgebundenes und damit im wesentlichen fremdbestimmtes Rechtsverhältnis zum Arbeitgeber begibt, geübte Freiheitsverzicht<sup>457</sup>. Durch das grundrechtlich begründete Untermaßverbot ist der Gesetzgeber nach Ansicht des BVerfG verpflichtet, einen gewissen Ausgleich derartiger Fremdbestimmung durch die Beschränkung der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien zu schaffen<sup>458</sup>. In dieser Allgemeinheit läßt sich der Ausgleich von Fremdbestimmung durch Mitbestimmung natürlich auch auf das Menschenbild des Art. 1 Abs. 1 GG zurückführen, welches den vernunftbegabten Menschen in seiner Selbstbestimmungsfreiheit achtet und schützt<sup>459</sup>. Ob dieser staatlich zu gewährleistende Schutz aber überhaupt durch die Einführung partizipatorischer Elemente geschieht, oder in anderer Weise, etwa durch eine arbeitsvertragliche Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB oder die gerichtliche Überprüfung der Schranken der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers gem. § 315 Abs. 3 BGB erfolgt, steht dem Gesetzgeber frei<sup>460</sup>. Die systematische Verortung von Teilhaberechten auf organisatorischer Ebene der Betriebs- oder Unternehmensverfassung und ihre kon-

---

453 Statt vieler: *Herdegen* in: Maunz/Dürig, Art. 1 GG Rn. 26; a.A. Dreier, Art. 1 GG Rn. 127 ff.

454 Zu Recht auch *Herdegen* in: Maunz/Dürig, Art. 1 GG Rn. 19, 24: „Flucht aus den zwischen und innerhalb grundrechtlicher Normen angelegten Antinomien in den juristischen Abstraktionshimmel“; Großkomm.AktG-*Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 46.

455 *Herdegen* in: Maunz/Dürig, Art. 1 GG Rn. 55 f.

456 BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242, 254 f.

457 *Schwarze*, Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie – Der paternalistische Kern des Arbeitnehmerschutzes, ZfA 2005, S. 81, 91 f.

458 BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242, 254 f.

459 Zutreffend *Reichold* (Fn. 253), Sozialprivatrecht, S. 487 zur Übertragung auf die Betriebsverfassung.

460 BVerfG, a.a.O. (Fn. 458), S. 255 f.

krete Ausprägung gibt das Grundgesetz demnach erst Recht nicht zwingend vor<sup>461</sup>. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG ist folglich nicht grundrechtlich geboten.

Einmal eingeführt, dient sie selbstverständlich und unstreitig der Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Arbeitgeber, Auswirkungen unternehmerischer Entscheidungen auf Bestand und Bedingungen des Arbeitsverhältnisses im Vorfeld einer vertragsrechtlichen Umsetzung durch Partizipation an der Entscheidung selbst mitzusteuern. Die Kontrolle der Fernwirkung unternehmerischer Entscheidungen erfüllt hierbei wie gezeigt keinen Menschenwürdeanspruch des einzelnen Arbeitnehmers sondern ist ein (verfassungsrechtlich nicht zwingendes) Element der Absicherung privatautonomer Vertragsgestaltung<sup>462</sup>.

## II. Demokratisierung der Wirtschaft ?

### 1. Reichweite des Ansatzes

Nach Auffassung der *Biedenkopf*-Kommission sowie der Regierungsbegründung des MitbestG dient das MitbestG der „Sicherung des Bestands und des weiteren Ausbaus der demokratischen Gesellschaftsordnung“<sup>463</sup>. Die Herstellung zumindest partieller „Wirtschaftsdemokratie“ war folglich ordnungspolitische Leitmaxime des Gesetzgebers. Auf der Ebene des Unternehmens ist damit der Abbau der „einseitigen Machtstellung des Arbeitgeber-Unternehmens“<sup>464</sup> durch die Fernwirkung unternehmerischer Dispositionen auf den Bestand des einzelnen Arbeitsverhältnisses sowie die „insgesamt im Unternehmen gebundene Arbeitskraft als Potential“<sup>465</sup> bezweckt worden. In dieser Funktionszuordnung ist einerseits die Vorstellung enthalten, daß die Beteiligung der Arbeitnehmer an sie, und sei es auch nur höchst mittelbar, persönlich betreffenden unternehmerischen Entscheidungen Ausdruck eines aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, 3 GG bzw. dem Demokratieprinzip i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip gem. Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG folgenden Grundsatzes „partizipatorischer Demokratie“<sup>466</sup> ist. Dieser Grundsatz bein-

461 So auch das BVerfG im Mitbestimmungsurteil, a.a.O. (Fn. 47), S. 349; v. *Hoyningen-Huene*, MünchHbArbR, § 297 Rn. 3; Großkomm.AktG-*Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 48; ähnlich *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 12 GG Rn. 58.

462 I.E. ebenso *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 30, 81; *Roth* (Fn. 437), ZfA 2004, S. 431, 454 und Fn. 169.

463 BT-Drucks. VI/334, S. 65.

464 *Biedenkopf*, Demokratisierung der Wirtschaft und Mitbestimmung im Betrieb und Unternehmen, in: *Utz, Arthur F.; Streithofen, Heinrich B.* (Hg.), *Demokratie und Mitbestimmung* (1970), S. 286, 290.

465 *Biedenkopf* (Fn. 464) in: *Utz/Streithofen*, S. 286, 297.

466 Als Ableitung aus dem Demokratieprinzip heute vertreten von v. *Hoyningen-Huene*, Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung-Betriebsrat-Betrieb-Betriebszugehörigkeit, in: *FS für Eugen Stahlhacke* (1995), S. 173, 175; *ders.*, MünchenerHbArbR, § 297 Rn. 3; *ders.*, Diskussionsbeitrag, ZAAR, § 1 Rn. 80; ähnlich *Goos*, Ansätze zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der europäischen Rechtsetzung, in: *Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker* (Hg.), *FS 50 Jahre Bundesarbeits-*

halte die Vorstellung einer demokratischen und sozialen Ordnung des Grundgesetzes, welche die Beteiligung des Bürgers an praktisch allen staatlichen und gesellschaftlichen Vorgängen vorsehe und legitimiere und welche sich in der Durchdringung des gesamten Staatsaufbaus (Art. 20 GG), der Institutionen Hochschule (§§ 36 ff. HRG), Schule und Kirche sowie schließlich des Bereichs Wirtschaft und Arbeit (betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung, Unternehmensmitbestimmung) durch das demokratische Prinzip der Mitbestimmung manifestiere<sup>467</sup>.

Eine zweite, radikalere Folgerung aus dem Ansatz der Wirtschaftsdemokratie wurde vom gewerkschaftsnahen Schrifttum der 1970er Jahre vertreten und ist zuletzt im Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von *Bertelsmann Stiftung* und *Hans-Böckler-Stiftung* im Jahr 1998 angedeutet worden<sup>468</sup>. Danach sei die Unternehmensmitbestimmung Ausdruck und Triebfeder einer organisatorisch zu verwirklichenden „Gleichberechtigung von Arbeit und Kapital“ im unternehmerischen Produktionsprozeß, welche ihrerseits Wesensmerkmal der „Demokratie des Arbeitsmarktes“ sei. Das in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft verfaßte „Groß- und Größtunternehmen“ wird hiernach als „dreipolige Beziehung zwischen Arbeit und Eigentum (Kapital) als materialen Prinzipien sowie dem Unternehmen als Formprinzip“<sup>469</sup> angesehen, in welcher der „Faktor Kapital“ typischerweise ohne Investition der eigenen Arbeitskraft im Produktionsprozeß die Ausübung wirtschaftlicher Macht über den „Faktor Arbeit“ nicht legitimieren könne<sup>470</sup>. Das „Unternehmen als Sozialgebilde“ erfordere damit zum einen die organisatorische Berücksichtigung der sozialen Unternehmensträger in der Unternehmensleitung und zum anderen, entsprechend der Legitimations- und Kontrollfunktion des Souveräns nach staatsrechtlichem Verständnis, eine wirksame Machtkontrolle einer andernfalls zu Willkür und Machtmiß-

---

gericht (2004), S. 1179, 1181; *Hans-Böckler-Stiftung*, Zur aktuellen Kritik der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, S. 6, abrufbar unter: [http://www.boeckler.de/pdf/mitbestimmung\\_2004.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mitbestimmung_2004.pdf); ähnlich *Däubler* (Fn. 445), Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 161: „Gesamtschau aus Artt. 1 und 20 Abs. 1 GG“; die Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip wurde in den 1960er Jahren vertreten von *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1960), S. 16 ff., 24, 28 f.

467 v. *Hoyningen-Huene*, MünchenerHbArbR, § 297 Rn. 2; Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands v. 12.11.2004 zum Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA und BDI, S. 3, 18, abrufbar unter: [www.dgb.de](http://www.dgb.de).

468 Kommission Mitbestimmung, (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung), S. 34.

469 v. *Nell-Breuning*, Streit um Mitbestimmung (1968), S. 30, 43.

470 v. *Nell-Breuning*, Streit um Mitbestimmung (1968), S. 44, 52. Die hieraus abgeleitete Forderung nach über das Konzept des MitbestG weit hinausgehender vollparitätischer Mitbestimmung der Unternehmensleitung (also wohl bereits des Vorstands der Gesellschaft) wird letztlich sogar nur als den verfassungsrechtlichen Fesseln des Grundgesetzes geschuldeter Kompromiß angesehen. Ähnlich *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie (1970), S. 109 f.: Gleichberechtigungsanspruch „aus der Natur der Sache“.

brauch neigenden interessenmonistischen Unternehmensleitung durch Vertreter der Anteilseigner<sup>471</sup>.

## 2. Stellungnahme

### a. Inkompatibilität mit staatsrechtlichem Demokratieverständnis

Das Demokratieprinzip als Staats- und Regierungsform des Grundgesetzes<sup>472</sup> fußt bereits nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GG auf dem Prinzip der Volkssouveränität. Das Volk ist hiernach nicht nur Ursprung und Träger der politischen Herrschaftsgewalt, sondern übt die von ihr ausgehende Staatsgewalt auch selbst mittels Wahlen und qua verfassungsgebender Gewalt geschaffener Institutionen der Legislative, Exekutive und Judikative aus. Gemeint ist damit nicht ein verwässertes Verständnis von „Demokratie als Lebensform“ oder von Wirtschaftsdemokratie als Subsystem einer „demokratisierten Gesellschaft“, sondern die Legitimation und Ausübung von Staatsgewalt durch den Souverän<sup>473</sup>. Der Versuch, über die Anknüpfung an das grundgesetzliche Demokratieprinzip eine erhöhte Dignität des Partizipationsgedankens der Unternehmensmitbestimmung zu erzeugen, muß also fehlschlagen, sofern nicht durch sie mittelbar Staatsgewalt vom Staatsvolk legitimiert und ausgeübt wird.

#### [1] Staatsvolk als ausschließlicher Träger demokratischer Legitimation

Der Unternehmensmitbestimmung fehlt ebenso wie dem Durchführungsweg der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung jedoch bereits der entsprechende Legitimationsträger. Personaler Bezugspunkt des Demokratieprinzips ist gem. Art. 20 Abs. 2 GG das Staatsvolk, also die Gesamtheit der Staatsangehörigen. Wie *Böckenförde* nachgewiesen hat<sup>474</sup>, ist dieser Begriff notwendig ein geschlossener, der nur unter Preisgabe des dem demokratischen Prinzip innewohnenden Grundsatzes der Gleichheit des Mitwirkungsrechts aller Bürger zugunsten eines Verständnisses der Mitwirkung der jeweils von einer Entscheidung Betroffenen an der Entscheidungsfindung selbst gelockert werden könnte. Die Größe der Gruppe einer jeweils von Entscheidungen Dritter Betroffener ist demnach so beliebig wie für die Ableitung eines demokratischen Anspruchs aus Art. 20 GG unerheblich. Die Belegschaft eines Betriebes i.S.v. § 1 BetrVG ist infolgedessen ebensowenig wie die Gesamtheit der Arbeit-

471 v. *Nell-Breuning*, Streit um Mitbestimmung, (1968), S. 101; anders gewendet von *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie (1970), S. 111: „Befreiung des Faktors Kapital aus fortgesetzter Unrechtshandlung“; ähnlich die Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands (Fn. 467), S. 2.

472 Zur umfangreichen weiterführenden Literatur zu Historie und Ausprägung des Prinzips siehe die Nachw. bei *Hesse* (Fn. 83), Verfassungsrecht § 5 Rn. 127.

473 *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 8.

474 *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 27; ähnlich *Maihofer*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. (1994), § 12 Rn. 83.

nehmer eines Unternehmens i.S.v. § 1 MitbestG „Volksteil“<sup>475</sup> des Staatsvolkes, der für sich genommen eine staatsverfassungsrechtlich verstandene demokratische Legitimation beanspruchen könnte<sup>476</sup>. Bei international agierenden Konzernen mit Tochtergesellschaften im Ausland scheiterte der Gedanke wirtschaftsdemokratischer Legitimation zudem ohnehin am Territorialitätsprinzip als immanenter Grenze demokratisch legitimierter (Staats-)Gewalt<sup>477</sup>.

Überdies müßte man andernfalls auch anderen „binnendemokratisch“ organisierten Interessengruppen, Verbänden und Gewerkschaften qua ihrer Größe und Interessenshomogenität eine demokratische Legitimation zusprechen. Deren demokratischer Anspruch bleibt aber ebenso notwendigerweise Interessen- wie mitgliedsbezogen<sup>478</sup>. Eine „binnendemokratische Legitimation“ ist damit vor dem Hintergrund des dargelegten Verständnisses des Art. 20 GG bloße „Schein-Legitimation“<sup>479</sup>. Ein Konkurrenzverhältnis verschiedener „demokratischer“ Legitimationsträger ist weder in Art. 20 GG, noch sonst verfassungsrechtlich angelegt, da es zu einer Zersplitterung des gesamtstaatlichen Legitimationsträgers und damit zu einem Bedeutungsverfall der demokratischen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers führen müßte. Die Gefahr eines derartigen Bedeutungsverfalls hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein folgerichtig dazu veranlaßt, personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsstrukturen wegen der Verletzung des Entscheidungsrechts des demokratisch mittelbar legitimierten Verwaltungsträgers als Arbeitgeber und damit wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 2 GG für verfassungswidrig zu erklären<sup>480</sup>. Die Entscheidungsgewalt einer paritätisch aus Vertretern der Dienststelle und der Personalvertretung besetzten Einigungsstelle, die nicht durch ein Aufhebungs- und Letztentscheidungsrecht der obersten, ihrerseits mittelbar demokratisch legitimierten Dienststelle begrenzt ist, hätte eine demokratisch legitimierte Entscheidung nach zutreffender Ansicht des BVerfG nicht befördert, sondern beseitigt<sup>481</sup>.

- 
- 475 Begriff bei *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Demokratieprinzips (1993), S. 24 Fn. 30 (dort zur Gruppe der Gemeindebürger).
- 476 A.A. v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 466), FS Stahlhacke, S. 173, 175.
- 477 Siehe *Staudinger/Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 78; *Graf Vitzthum*, Handbuch des Staatsrechts II, § 18 Rn. 6.
- 478 Nicht mehr zu erklären wäre andernfalls die „demokratische Legitimation“ vertraglicher Normsetzung durch Tarifvertrag unter Beteiligung der dann ebenfalls „partikular-demokratisch legitimierten Gegenseite“, so schon *Rieble* (Fn. 223), Arbeitsmarkt, Rn. 1150; näher *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rn. 31.
- 479 *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 30.
- 480 BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995 – 2 BvR 1/92, BVerfGE 93, S. 37 ff. = DVBl. 1995, 1291.
- 481 BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995 – 2 BvR 1/92, BVerfGE 93, S. 37, 77 f. = DVBl. 1995, 1291; ähnlich *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 18; im Ansatz zutreffend auch *Isensee*, Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag, Das arbeitsrechtliche Regelungsverfahren im Öffentlichen Dienst, in: *Leisner, Walter* (Hg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat (1975), S. 23, 30 f. und

## [2] Zur „Binnenstrukturklausel“ des Art. 21 Abs.1 S. 3 GG

Die den politischen Parteien in Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG auferlegte Pflicht, ihre Binnenorganisation „demokratischen Grundsätzen entsprechend“ auszurichten, steht nicht im Widerspruch hierzu. Wie bereits das Wort „entsprechend“ deutlich macht, geht es hierbei nicht um die Verleihung einer staatsrechtlich verstandenen demokratischen Dignität, sondern um das Erfordernis einer an vereinsrechtlichen Willensbildungsstrukturen orientierten Binnenverfassung. Nur der verfassungsrechtlichen Sonderrolle der politischen Parteien als Mittler zwischen Volks- und Staatswillensbildung<sup>482</sup> ist die Forderung des Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG nach an der Willensbildung der Mitglieder von unten nach oben ausgerichteter, vereinstypischer und allein in diesem Sinne „demokratischer“ Binnenstruktur geschuldet<sup>483</sup>. Ihre Sonderrolle macht die politischen Parteien also nicht selbst zu einem demokratischen Legitimationsträger, sondern zu einem Wegbereiter demokratischer Legitimation im staatsrechtlichen Sinn. Ein Versuch, aus Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG Schlußfolgerungen für die behauptete Legitimationsfunktion der Unternehmensmitbestimmung zu ziehen, lohnt vor diesem Hintergrund nicht.

## [3] Vergleich mit Grundsätzen funktionaler Selbstverwaltung

Auch der Vergleich mit funktionaler, also aufgabenbezogener Selbstverwaltung durch Selbstverwaltungsträger wie Berufskammern, Sozialversicherungsträger oder Hochschulen führt nicht viel weiter. Die in Selbstverwaltungskörperschaften organisierten Gruppen sind wie Verbandsmitglieder vom allgemeinen Merkmal des Staatsbürgers zu unterscheidende Interessengruppen, welche die sie betreffenden Angelegenheiten nach dem Prinzip staatlich verliehener Partizipationskompetenz mitbestimmen. Eine Rückbindung an das diesem staatlichen Geltungsbefehl vorgelagerte Demokratieprinzip erfolgt hierdurch nicht<sup>484</sup>. Daß nach Ansicht des BVerfG<sup>485</sup> im Bereich staatlich verliehener und beaufsichtigter funktionaler Selbstverwaltung in wasserwirtschaft-

---

Fn. 22, der aber unzutreffend auf eine Aufhebung des Demokratieprinzips durch tarifvertragliche Bindung im öffentlichen Dienst schließt.

482 Klein, in: Maunz/Dürig, Art. 21 Rn. 169.

483 Klein, in: Maunz/Dürig, Art. 21 Rn. 335 f.

484 Böckenförde, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 33; Jestaedt (Fn. 474), Demokratieprinzip, S. 492 ff., 537 ff.; zustimmend Rieble (Fn. 116), ZAAR § 1 Rn. 17; a.A. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung (1991), S. 42 ff., welcher aber konsequenterweise schon einen (mit dem grundgesetzlichen Demokratieverständnis aber wie gezeigt inkompatiblen) offenen Begriff der „Betroffenen-Demokratie“ verfolgt.

485 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98, BVerfGE 107, S. 59, 92 = NVwZ 2003, 974; der vom BVerfG an dieser Stelle zitierte Art. 1 Abs. 1 GG läßt m.E. aufgrund des Begründungszusammenhangs nicht auf eine späte Bestätigung der Ansicht des Gesetzgebers des MitbestG zum Menschenwürdegrundsatz schließen, sondern lediglich auf die Betonung des völlig unstrittigen Zusammenhangs von Demokratieprinzip und Freiheit des Individuums. Den zumindest mißverständlichen Verweis auf Art.1 GG hätte sich das BVerfG also sparen können. Kritisch zu Recht auch Jestaedt, Demokratische Legitimation – quo vadis?, JuS 2004, S. 649, 652.

lichen Zwangsverbänden der Gedanke freier Selbstbestimmung des Bürgers als Leitmotiv des Grundgesetzes verkörpert ist, steht hierzu nicht im Widerspruch<sup>486</sup>. Das BVerfG macht hiermit nur die Selbstverständlichkeit deutlich, daß bezogen auf das Prinzip funktionaler Selbstverwaltung die Beteiligung eines Betroffenen an ihn betreffenden Entscheidungen gewisse Gemeinsamkeiten mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes hat. Beide Prinzipien greifen nämlich zu ihrer Realisierung auf die Beteiligung des Bürgers zurück. „Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander“ führt das BVerfG folglich in dieser Allgemeinheit zu Recht aus<sup>487</sup>. Zugleich macht es deutlich, daß das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaube, durch Gesetz, also einen Akt des demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers, Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen<sup>488</sup>. Nur Ersterer ist hiernach also originär demokratisch legitimiert. Der zwar ebenfalls auf der demokratischen Freiheitsidee beruhende Selbstverwaltungsgedanke<sup>489</sup> ist mithin im demokratischen Staat aufgegangen und erhält hier eine lediglich kompetenzrechtliche Bedeutung<sup>490</sup>. Selbstverwaltung ist somit nur grundgesetzlich bzw. einfachgesetzlich **vermittelt** in den Grenzen eben dieser „Transmissionsvorschriften“ denkbar und kann sich anders gewendet in diesem Rahmen gegenüber dem Regelungsanspruch anderer staatlicher Stellen behaupten.

Eine abgeleitete demokratische Legitimation der weiterhin den Partikularinteressen ihrer beitragszahlenden Mitgliedergruppen verpflichteten Selbstverwaltungskörperschaft folgt aufgrunddessen aus den Ausführungen des BVerfG zu wasserwirtschaftlichen Zwangsverbänden nicht<sup>491</sup>. Vielmehr muß der parlamentarische Gesetzgeber durch Gesetz eine Aufgabenzuweisung zur Selbstverwaltungskörperschaft vornehmen<sup>492</sup>, welche diese selbst mangels originär demokratischer Legitimation nicht vornehmen kann. Hiermit einher geht die Rückbindung an den Gesetzgeber über die Unterwerfung der Körperschaft unter die staatliche (Rechts-)Aufsicht<sup>493</sup>.

Die Aussage des BVerfG zum Prinzip funktionaler Selbstverwaltung in seiner Entscheidung zur Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Notarkassen, wo-

486 *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 20.

487 BVerfG, a.a.O., (Fn. 485); So auch BVerfG, (KammerE) Beschl. v. 7.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, S. 335, 337 = NZG 2002, 294 zur Pflichtmitgliedschaft in Industrie- und Handelskammern.

488 BVerfG, a.a.O., (Fn. 485).

489 BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62, 308/64, BVerfGE 33, S. 125, 159 = NJW 1972, 1504 zu Ärztekammern.

490 *Starck*, Handbuch des Staatsrechts II, § 29 Rn. 35; *Becker* (368), Kooperative Normsetzung, S. 444.

491 So auch *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 21; ähnlich *Unruh*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 6/98, JZ 2003, S. 1061, 1063; anders die Befürchtung von *Jestaedt* (Fn. 485), JuS 2004, S. 649, 653, der eine Tendenz des BVerfG entwicklungs-offenen, betroffenen-bezogenen Demokratieverständnis zu erkennen glaubt; in diese Richtung auch *Becker* (Fn. 368), Kooperative Normsetzung, S. 446.

492 BVerfG, a.a.O., (Fn. 485), S. 94, 100 f.

493 *Becker* (Fn. 368), Kooperative Normsetzung, S. 445 f.

nach „der Gesetzgeber sicherzustellen [hat], daß sich die verbindlich und autonom gesetzten Regelungen mit Eingriffscharakter als Ergebnis eines demokratischen Willensbildungsprozesses im Innern darstellen“<sup>494</sup>, bricht nicht mit diesen Grundsätzen. Sie ist allenfalls terminologisch unsauber, da sich das BVerfG zum einen an selbiger Stelle auf die zuvor zitierten tragenden Gründe seiner Entscheidung im 107. Band beruft und zum anderen wenig später konstatiert, daß Maßstab der verfassungsrechtlichen Kontrolle anhand des Demokratieprinzips lediglich das die Selbstverwaltungsstrukturen einführende Gesetz ist, nicht die geschaffenen Strukturen der Selbstverwaltungskörperschaft infolge des Gesetzes. Subjekt des Demokratieprinzips ist folglich der Gesetzgeber, nicht die Selbstverwaltungskörperschaft<sup>495</sup>.

#### **[4] Abkehr von staatswirtschaftlichen Vorstellungen des Art. 165 WRV**

In Art. 165 Abs. 1, 2 und 5 WRV als rechtshistorischer Keimzelle der Unternehmensmitbestimmung läßt sich zwar noch ein anderes, staatswirtschaftliches Konzept der Arbeitnehmerpartizipation finden. Den dort vorgesehenen Interessenvertretungen in Arbeiter- und Wirtschaftsräten auf der Ebene des Betriebs, des Bezirks und des Reichs konnten gem. Art. 165 Abs. 5 WRV „Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse“ übertragen werden. Sie kennzeichneten das wirtschaftsdemokratische Programm der WRV<sup>496</sup> als ein gemeinwirtschaftliches System auf Grundlage paritätischer Selbstverwaltung durch die Tarifparteien einerseits und eine „soziale Selbstverwaltungsordnung“ durch qua Verfassungsauftrag legitimierte Arbeiterräte andererseits. Dieses Programm ist aber bereits zu Weimarer Zeit nur in unterparitätischer Form im Betriebsrätegesetz umgesetzt worden<sup>497</sup>, da sich die kollektivrechtliche Gestaltungsform gegenüber dem staatswirtschaftlich-paritätischen Selbstverwaltungsdiktat des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats als flexibler und wirkungsmächtiger erwiesen hat<sup>498</sup>. Verfassungsrechtlich sind die Weimarer Vorstellungen von Wirtschaftsdemokratie ohnehin nicht mit dem Prinzip der Staatsfreiheit der Sozialpartner gem. Art. 9 Abs. 3 GG<sup>499</sup> und insbesondere nicht mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes zu vereinbaren, da sie eine nur scheinbar demokratisch legitimierte Nebenordnung der paritätischen Zwangsbündnisse aus Arbeit und Kapital neben dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber etablieren sollten.

494 BVerfG, Beschl. v. 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94, NJW 2005, S. 45, 47 = DNotZ 2004, 942.

495 BVerfG, a.a.O., (Fn. 494).

496 Vom Reichsgericht als „Grundlinien einer neuen Wirtschaftsverfassung“ bezeichnet, RG, Urt. v. 25.9.1923 – III 768/22, RGZ 107, S. 244, 245.

497 Siehe § 3A.II.

498 *Rittner*, Der 30-jährige Krieg um das deutsche Gesellschaftsrecht und seine Lehren, in: FS für Martin Peltzer (1999), S. 367, 369 f.; *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976, S. 275, 279.

499 *Rieble* (Fn. 223), Arbeitsmarkt, Rn. 1137.

Dessen wirtschaftspolitischer Handlungsspielraum würde durch eine derartige „wirtschaftsdemokratische Ordnungsmacht“ letztlich beseitigt. Die gedanklich auf *Naphtalis*<sup>500</sup> Vorstellung von „Wirtschaftsdemokratie“ als einer sich stetig ausdehnenden gewerkschaftlichen Einflußsphäre in den Organen der Wirtschaftspolitik zurückgehende Forderung der Gewerkschaftsbewegung der 1950 Jahre, ein Konsultationsorgan in Form eines „Bundeswirtschaftsrats“ zu schaffen, der die staatliche Wirtschaftspolitik beraten, mitbestimmen und damit schließlich übernehmen sollte, ist vor diesem Hintergrund zu Recht gescheitert. Es ist selbst im weitgehenden wirtschaftspolitischen Kooperationsmodell der „Konzertierten Aktion“ gem. § 3 des Stabilitätsgesetzes von 1967 nicht aufgenommen worden<sup>501</sup>. Die wirtschaftspolitische Stabilitätsverantwortung des Staates in einem Verbändestaat aufgehen zu lassen, verstieße nämlich gegen das staatsrechtliche Demokratieverständnis des Grundgesetzes und wäre verfassungswidrig<sup>502</sup>. Eine derartige „Doppelsouveränität von politischer Demokratie und Wirtschaftsdemokratie“<sup>503</sup> kann mithin ein demokratisch legitimes „Herrschaftsrecht“ von Betriebsrat und mitbestimmtem Aufsichtsrat nicht begründen<sup>504</sup>.

### [5] Privatautonomie vs. „Sozialautonomie“

Die Vision einer sozialen Selbstverwaltungsordnung durch Betriebsräte und mitbestimmte Aufsichtsräte hätte neben der aufgezeigten Rückwirkung auf das staatsrechtliche Demokratieprinzip zugleich die Folge, sich vom Grundsatz der Privatautonomie als die Vertrags- und Wirtschaftsordnung prägenden Ausfluß des grundgesetzlichen Persönlichkeitsschutzes verabschieden zu müssen. Das hinter der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie stehende Menschenbild des „*homo oeconomicus*“, der seine Rechtsverhältnisse im Ausgangspunkt frei und selbstverantwortlich, also privatautonom gestalten kann<sup>505</sup>, ist für die Befürworter einer „Sozialautonomie“ nämlich notwendig fremd. Selbstbestimmung und Mitbestimmung werden als letztlich austauschbare Größen behandelt. An die Stelle der Privatautonomie des Individuums tritt das „sozialautonome“ Mehrheitsprinzip in kor-

---

500 *Naphtali*, Wirtschaftsdemokratie, 5. Aufl. (1966), insbes. S. 137.

501 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, BGBl. I 1967, S. 592. Zur Verstaatlichung der Gesellschaft durch eine gleichrangige Kooperation der Verbände an der staatlichen Wirtschaftspolitik *Watrin*, Die Demokratisierung der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Utz, Arthur F./Streithofen, Heinrich B. (Hg.), Demokratie und Mitbestimmung (1970), S. 124 ff., speziell zur Konzertierten Aktion, S. 130 ff. Wenngleich das Instrumentarium des Stabilitätsgesetzes nach wie vor zur Verfügung steht, ist die ordnungspolitische Option der Konzertierten Aktion seit dem „Austritt“ der Gewerkschaften im Jahr 1977 zu Recht nicht mehr verfolgt worden. Zum vergleichbaren Schicksal des „Bündnis für Arbeit“ MünchHbArbR-Löwisch/Rieble, § 247 Rn. 33.

502 *Scholz* in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG Rn. 18 f.

503 *Badura* (Fn. 498), RdA 1976, S. 275, 281.

504 Zutreffend *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 19; ähnlich *Scholz* in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG Rn. 17 f.

505 *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, Art. 2 GG Rn. 101.

porativen Strukturen<sup>506</sup>. Die hiermit einhergehende und insbesondere durch *von Nell-Breuning*<sup>507</sup> in den 1950er Jahren vertretene völlige Einbindung des Individuums in Gemeinschaftsstrukturen unter Aufgabe seines Selbstbestimmungsanspruchs verstößt offensichtlich gegen das Menschenbild des Art. 2 Abs. 1 GG. Soweit mit dem Sozialautoniekonzept Unternehmen als „interessenpluralistische Gebilde“ definiert werden, die einem postulierten gesamtgesellschaftlichem Mehrheitsprinzip gemäß einen gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtszweck verfolgen, verstoßen diese Vorstellungen zusätzlich gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, da mitgliedschaftliche Partizipationsrechte der Kapitaleigner hiernach in der „Betriebsgemeinschaft“ mit den Arbeitnehmern aufgehen müßten und damit abweichend von der mit der Eigentümerstellung notwendig verbundenen Risikoallokation<sup>508</sup> zugewiesen würden. Soweit hiernach die kollektiv-autonome Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch hoheitlich geschaffene Organisationsstrukturen ersetzt werden soll, sei es durch eine allein staatlich betriebene Lohnfestsetzung oder durch die aufsichtliche Überwachung der Verbände durch pluralistische Gremien<sup>509</sup>, bedeutete dies die Gleichschaltung der Verbände und die Abschaffung der Tarifautonomie.

## [6] Zwischenergebnis

Das Demokratieprinzip läßt sich nur unter Verzicht auf terminologische Trennschärfe und inhaltliche Folgerichtigkeit als funktionales Junktim der Unternehmensmitbestimmung begreifen<sup>510</sup>. Läßt sich schon ein dem Staatsvolk auch nur vergleichbarer Legitimationsträger nicht finden, erübrigt sich die Suche nach vom mitbestimmten Aufsichtsrat ausgeübter Staatsgewalt<sup>511</sup>. Weder Betrieb noch Unternehmen ist mithin das staatsverfassungsrechtliche Demokratieverständnis überzustülpen. Der entsprechende, von *Heinrich Freese* für den eigenen Betrieb infolge einer im

506 *Brüggemeier*, „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“ – „Mischverfassungen des demokratischen Interventionskapitalismus – „Verfassungstheorie des Sozialstaats“. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze, *JbSozR* 8 (1982), S. 60 ff. nennt das geforderte Ordnungsprinzip „kollektive Dezentralität“ und läßt bezeichnenderweise im Dunkeln, ob diese Strukturen privatautonom oder hoheitlich geschaffen werden sollen. Da die hiernach als defizitär angesehene Privatrechtsordnung diese Strukturen aber nicht von sich aus geschaffen hat, muß zwangsläufig auf den umfassenden hoheitlichen Gestaltungsakt gesetzt werden; ähnlich *E. Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, *JZ* 1980, S. 153, 159; kritisch zu Recht *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, *AcP* 188 (1988), S. 101, 130 f.

507 v. *Nell-Breuning* (Fn. 471), Streit um Mitbestimmung, S. 26 ff.; *ders.*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 1, Grundfragen (1956), S. 219 ff., 227 ff.

508 Zu diesem Zusammenhang zwischen Mitgliedschaftsrecht und Eigentumsgarantie siehe § 2C.II.3.b.[2].

509 v. *Nell-Breuning* (Fn. 507), *Wirtschaft und Gesellschaft* I, S. 254 f., 256; in dieselbe Richtung geht *Brüggemeier* (Fn. 506), *JbSozR* 8 (1982), S. 60 ff.; dagegen zu Recht *Rieble* (Fn. 116), *ZAAR*, § 1 Rn. 24 f.; zuvor bereits deutlich *Rittner* (Fn. 506), *AcP* 188 (1988), S. 101, 130 f.

510 So offenbar v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 466), *FS Stahlhacke*, S. 173, 175.

Jahr 1884 mit den Arbeitnehmern vereinbarten Fabrikordnung entwickelte Gedanke vom Unternehmen als „konstitutioneller Fabrik“ ist zu Recht eine mit dem Sozialmodell der Kaiserzeit verhaftete Vorstellung geblieben<sup>512</sup>. Auf den Versuch einer derartigen Ableitung muß folglich verzichtet werden, da er eine Maßlosigkeit des demokratischen Anspruchs befördert, welche ernstgenommen in einer totalitären Durchdringung jedes Lebensbereichs durch eine ständisch korporative Ordnung enden muß<sup>513</sup>. Wäre die Ableitung aus dem Demokratieprinzip zutreffend, würde die gegenwärtige Form der Unternehmensmitbestimmung aufgrund des Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner im übrigen hinter dem herausgearbeiteten eigenen Anspruch der Gesetzesbegründung zurückbleiben und wäre vor diesem Hintergrund ohnehin defizitär.

#### **b. Untauglichkeit des Sozialstaatsprinzips**

Auch das Sozialstaatsprinzip taugt nicht als „Homogenitätsbestimmung zwischen Staat und Gesellschaft“<sup>514</sup>. Die Unternehmensmitbestimmung ist nicht die Erfüllung eines sozialstaatlichen Leistungsanspruchs und damit nicht Verfassungsvollzug, sondern eine sozialpolitische Ermessensentscheidung des Gesetzgebers. Das Sozialstaatsprinzip als Rahmen- und Korrekturmaßstab des Grundgesetzes ist restriktiv auszulegen<sup>515</sup>, da anderenfalls das Ordnungspolitische Prinzip der „offenen und liberalen Gesellschaft“<sup>516</sup> durch ein auf umfassend homogene und partizipative Organisationsstrukturen angelegtes Prinzip der „sozialen Selbstbestimmung“ verdrängt würde.

#### **c. Keine „Legitimation wirtschaftlicher Macht“ durch Unternehmensmitbestimmung**

Ebensowenig wie durch das MitbestG das staatsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip in der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft installiert worden ist, kann durch die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ein „Gleichrang der Faktoren Arbeit und Kapital“ hergestellt werden<sup>517</sup> bzw. konkreter die sich in unternehmerischen Entscheidungen des Vorstands mit mittelbarer Auswirkung auf das einzelne Arbeits-

---

511 Zum Fall zwingender kollektivrechtlicher Gestaltungsinstrumente, die vielmehr Ausdruck des Vertragsprinzips sind: § 3B.V.1.

512 *Freese*, Die konstitutionelle Fabrik (1922); zum Sozialmodell der Kaiserzeit siehe *Reichold* (Fn. 252), Sozialprivatrecht, S. 196 ff.

513 In diesem Sinne deutlich *Scheuch* in: Utz/Streithofen, S. 75, 91, 97 f.; *Rieble* (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 14; *Rittner* (Fn. 498), FS Peltzer, S. 367, 388.

514 So aber *Ridder* (Fn. 466), Verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften, S. 18; dagegen zutreffend *Zacher*, Handbuch des Staatsrechts II, § 28 Rn. 108; *Badura* (Fn. 498), RdA 1976, S. 175, 281.

515 *Herzog* in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 24 f.

516 *Herzog* in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 54 f., 61.

verhältnis manifestierte „wirtschaftliche Macht des Unternehmens“ legitimiert werden. Das nach Ansicht von *Weis*<sup>518</sup> aus der „Natur der Sache des Wirtschaftsunternehmens als Leistungsverbund“ folgende „zwingend geteilte Legitimationsrecht der Kapitaleigentümer“ läßt sich weder verfassungsrechtlich rechtfertigen, noch aus der Systematik der von der Rechtsordnung zur Regulierung wirtschaftlicher Macht zur Verfügung gestellten Institute begründen.

### [1] Zum verfassungsrechtlichen Argument

Verfassungsrechtlich bedeutete eine „zwingende Mitlegitimation der Herrschaftsrechte der Eigentümer durch Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensleitung“<sup>519</sup> ein Grundrecht derselben auf Erlaß des MitbestG. Daß ein solches nicht besteht, ist im Einklang mit der Entscheidung des BVerfG zum MitbestG bereits begründet worden<sup>520</sup>. Die Sozialbindung des Eigentums der Anteilseiger gem. Art. 14 Abs. 2 GG taugt ebenfalls nicht zur Beschränkung des Schutzbereichs des Freiheitsgrundrechts der Kapitaleigner. Ebensowenig wie die Sozialbindung eine Gemeinwohlbindung der Unternehmensorgane generieren kann<sup>521</sup>, kann sie eine „Mitlegitimation“ des Freiheitsrechts der Kapitaleigner bewirken. Das Grundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG ist kein geteiltes Grundrecht<sup>522</sup>. Der Gesetzgeber setzt vielmehr die Sozialbindung des Eigentums im Rahmen seiner Befugnis, Inhalt und Schranken des Eigentums zu definieren, um. Verfassungsrechtlich ist das organisatorische Modell der Unternehmensmitbestimmung vor diesem Hintergrund wie gezeigt lediglich ein denkbarer, aber kein zwingender Weg. Bestätigt wird dies durch den vom Gesetzgeber bei Erlaß des MitbestG herangezogenen Kompetenztitel zur Ausgestaltung des Arbeitsrechts, Art. 74 Nr. 12 GG, während die Regulierungskompetenz zur Verhinderung wirtschaftlichen Machtmißbrauchs aus Art. 74 Nr. 16 GG von vornherein außer Betracht geblieben ist<sup>523</sup>.

Selbst wenn man aber der Prämisse der Gegenansicht folgte, sähe sich der Gesetzgeber angesichts der Umsetzung der „zwingenden Mitlegitimation des Kapitals“ durch die Einführung der Unternehmensmitbestimmung schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgte in diesem Fall mangels anderer sachlicher Differenzierungsgründe nämlich sowohl ein Anspruch der Arbeitnehmer als auch der Anteilseigner mitbestimmter Unternehmen auf eine

517 I.E. auch *Windbichler*, Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz, AG 2004, S. 190, 191: „unzeitgemäße Stilisierung“.

518 *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, S. 110.

519 *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, S. 110.

520 Siehe § 3B.I.2.

521 Dazu § 2B.I.1.b.[1].

522 Deutlich auch die Absage des BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 349 an derartige Vorstellungen des „Frankfurter Gutachtens“ zum Mitbestimmungsgesetz von *Kübler/Schmidt/Simitis* (Fn. 40), S. 63 ff.

523 *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 74 GG, Rn. 162.

innere Systemgerechtigkeit des legislatorischen Konzepts<sup>524</sup>. Mit anderen Worten wäre der Gesetzgeber gehalten, die erforderliche Legitimation des Kapitals durch Unternehmensmitbestimmung „wertungshomogen“<sup>525</sup> und damit umfassend zu realisieren. Mitbestimmungsfreie Räume wie sie aufgrund der Schwellenwertlösungen gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 1 Abs. 1 DrittelbG entstehen, wären verfassungsrechtlich kaum haltbar, da die auf die Eigentümerstellung der Kapitalgeber rückbezogene wirtschaftliche Macht bei kleineren Belegschaften nicht geringer ist. Knüpfte der Gesetzgeber für die Regulierung wirtschaftlicher Macht also an die Rechtsnatur ihres Inhabers an, könnte er folgerichtig nicht die Zahl der ihr Unterworfenen zum Maßstab nehmen<sup>526</sup>.

## **[2] Systematik der Rechtsordnung zur Regulierung wirtschaftlicher Macht**

Der Gesetzgeber reguliert die Entstehung und Ausübung wirtschaftlicher Machtpositionen der vorgezeichneten Kompetenzordnung des Grundgesetzes folgend systematisch durch andere Modelle als eine „Binnenregulierung“ durch Unternehmensmitbestimmung.

### **[a] Staatliche Sicherung betrieblicher Altersvorsorge**

Eine derartige Funktion der Unternehmensmitbestimmung ist für die Phase nach dem Zweiten Weltkrieg noch mit einem Aufsichtsanspruch der Arbeitnehmer als Fremdkapitalgeber begründet worden<sup>527</sup>. Diese hätten in Zeiten schwacher Börsenkapitalisierung einen wesentlichen Anteil des anstelle fehlenden Eigenkapitals notwendigen Fremdkapitals dadurch generiert, daß sie aufgrund von Zusagen einer betrieblichen Altersversorgung durch ihre Arbeitgeber den Unternehmen die notwendige Liquidität im Wege des als Altersversorgungszusage einbehaltenen Lohns und der hierdurch möglichen Bildung gewinnmindernder und damit ausschüttungsneutraler Rückstellungen erhalten hätten. Aufgrunddessen sei eine Kontrolle der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die Grundlagen der Rentenanwartschaften gerechtfertigt<sup>528</sup>.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Zum einen haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen börsennotierter deutscher Aktiengesellschaften schon seit etwa Mitte der 1970er Jahre entscheidend gewandelt. Insbesondere hat die

---

524 Zum Kriterium der Systemgerechtigkeit in diesem Sinne *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG Rn. 29 und BVerfG, Beschl. v. 10.10.2001 – 1 BvL 17/00, BVerfGE 104, S. 74, 87 = WM 2002, 36.

525 *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 105, dort auch näher zum Folgerichtigkeitsgrundsatz.

526 Ähnlich *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 593 f.

527 *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. (1998), S. 19.

Börsenkapitalisierung deutlich zugenommen<sup>529</sup>. Zum anderen sind mit Inkrafttreten des BetrAVG am 19. Dezember 1974<sup>530</sup> unverfallbare Betriebsrentenansprüche der Arbeitnehmer zum einen für den Fall eines erzwungenen Arbeitgeberwechsels dadurch geschützt, daß sie gem. § 3 Abs. 1 S. 2-6 BetrAVG kraft Gesetzes abzufinden sind oder auf den neuen Arbeitgeber übertragbar sind, § 4 BetrAVG. Zum anderen ist das Ausfallrisiko der Arbeitnehmer in der Insolvenz durch den gem. §§ 7, 10 BetrAVG aus Arbeitgebermitteln finanzierten Pensionssicherungsverein nahezu vollständig abgedeckt. Ein durch die Unternehmensmitbestimmung „organisatorisch erfüllter Kontrollanspruch der Arbeitnehmer“, wie ihn *Kübler* nach wie vor vertritt<sup>531</sup>, ist aufgrund dessen abzulehnen.

### [b] Wettbewerbsordnung als Marktmachtkorrektiv

Anstelle der Unternehmensmitbestimmung enthält das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>532</sup> nach der Systematik der marktwirtschaftlichen Ordnung Regulative zur Begrenzung wirtschaftlicher Macht. Das GWB soll nach der Gesetzesbegründung der Erstfassung „die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.“<sup>533</sup> In der freiheitlich marktwirtschaftlichen Ordnung des Grundgesetzes ist der Wettbewerb auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten dem Verhalten der Marktteilnehmer vorgegeben und wirkt als „Entdeckungsverfahren“<sup>534</sup> aus sich heraus entmachtend, weil er die Marktteilnehmer zu ständiger Leistungsanspannung zwingt. Diese sehen sich schließlich den sich ständig wandelnden Bedingungen der eigenen sowie vor- und nachgelagerter Marktstufen, auf denen ebenfalls Wettbewerb herrscht, ausgesetzt. Das GWB schützt diese Funktion des Wettbewerbs durch das Verbot wettbewerbsbeschränkender Kartelle und ähnlicher Abreden auf horizontaler Ebene (§ 1 GWB) wie auf vertikaler Ebene (§§ 14 ff. GWB) sowie durch das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 19 f. GWB) und sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§§ 21 ff. GWB). Das GWB ist damit ein Gesetz zur

528 So *Kübler* (Fn. 527), Gesellschaftsrecht, S. 19, der eine „eigenkapitalähnliche Struktur“ bejaht und aufgrund dessen offenbar einen mitgliedschaftlich begründeten Kontrollanspruch der Arbeitnehmer bejaht.

529 *Roth* (Fn. 437), ZfA 2004, S. 431, 436 f. Siehe auch bereits § 2D.II.1.

530 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung v. 19.12.1974, BGBl. I, S. 3610; zur historischen Entwicklung der Sicherung der Pensionsanwartschaften H-BetrAV//*Uebelhack*, Teil 1, Nr. 10 Rn. 15 ff.

531 *Kübler* (Fn. 527), Gesellschaftsrecht, S. 19; *ders.* (Fn. 67), FS Zöllner, S. 321, 327; i.E. ebenfalls ablehnend *Zöllner*, Unternehmensinnenrecht: Gibt es das?, AG 2003, S. 2, 11.

532 In der Fassung der Bekanntmachung v. 26.8.1998, BGBl. I S. 2546.

533 Begr.RegE GWB 1952, S. 1, zitiert nach *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Einl. Rn. 1.

Kontrolle von Machtmißbrauch<sup>535</sup>. Damit dient es nicht nur dem objektiv-rechtlichen Gut einer funktionierenden Wettbewerbsordnung, sondern schützt mittelbar auch die subjektiven Rechte dritter Marktteilnehmer, welche als von wettbewerbswidrigen Abreden Betroffene am freien Aushandeln von Verträgen gehindert werden. Kehrseite dieses Schutzes ist wiederum die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Kartellparteien. Mittlerweile sind diese engen funktionalen Zusammenhänge zwischen Wettbewerbsordnung und Vertragsordnung weitgehend erkannt worden<sup>536</sup>. Die Wettbewerbsordnung ist danach als funktionales Junktim der Privatautonomie zu sehen. Versagen die Mechanismen des Marktes, ist damit zugleich die Vertragsfreiheit gefährdet. Die aus der Privatautonomie der Marktteilnehmer erwachsende Schutzpflicht des Staates hat zur Schaffung der sanktionsbewehrten Aufsichts befugnisse der Kartellbehörde gem. §§ 14, 32, 33 GWB geführt. Nach der Systematik des Privatrechtssystems als Einheitsordnung<sup>537</sup> sind damit der Wettbewerb am Gütermarkt und bei dessen Versagen die Aufsichtsfunktion der Kartellbehörde die maßgeblichen Mechanismen zur Dezentralisierung wirtschaftlicher Entscheidungen<sup>538</sup>.

### [c] Koalitionsfreiheit als Recht zur Gegenmachtbildung

Komplementär zur staatlich garantierten Wettbewerbsordnung der Gütermärkte wird die Ordnung des Arbeitsmarktes maßgeblich bestimmt von der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG und dem aus ihr abzuleitenden subjektiven Recht zur Gegenmachtbildung<sup>539</sup>. Auch im Kartellrecht sind zwar Ansätze des Gegenmachtprinzips zu finden, z.B. bei den Mittelstandskartellen gem. § 4 GWB und den Ausnahmen vom Empfehlungsverbot gem. § 22 Abs. 2 GWB zur Abwehr größerer Marktmacht. Das Gegenmachtprinzip tritt dort aber in seiner Bedeutung hinter das prägende Kartellverbot zurück<sup>540</sup>. Art. 9 Abs. 3 GG legitimiert demgegenüber durch die Garantie individueller und kollektiver Koalitionsgründungs- und Betätigungsfreiheit sowie durch die Institutsgarantie der Tarifautonomie von den Koalitionen getroffene Abreden zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, welche eben diese Bedingungen dem Markt entziehen. Der Verbandstarifvertrag ist

---

534 Gedanke und Begriff geprägt durch v. Hayeks Schrift „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ (1968).

535 Rieble (Fn. 223), Arbeitsmarkt, Rn. 845.

536 Zur Einheit von Vertrags- und Wettbewerbsordnung grundlegend Rieble (Fn. 223), Arbeitsmarkt, Rn. 850 ff., 904, dort auch zur mittlerweile überwundenen Vorstellung einer strikten Trennung von Vertragsrecht und Kartellrecht; zur nunmehr ganz h.M. siehe nur Immenga/Mestmäcker, GWB, Einl. Rn. 59 f., 64 ff.

537 Rieble (Fn. 223), Arbeitsmarkt, Rn. 900 ff.; ders. (Fn. 116), ZAAR, § 1 Rn. 15; i.E. auch Hanau/Ulmer, Einl. MitbestG Rn. 4.

538 Immenga/Mestmäcker, GWB, Einl. Rn. 7.

539 MünchHbArbR-Löwisch/Rieble, § 247 Rn. 7.

540 Zum Gegenmachtprinzip im Kartellrecht näher Rieble (Fn. 116), Arbeitsmarkt, Rn. 635 ff.

dementsprechend die Folge einer verfassungsrechtlichen Kartellerlaubnis<sup>541</sup>. Deutlich wurde dies bis zum Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999<sup>542</sup> einfachgesetzlich schon dadurch, daß Tarifverträge bereits vom Wortlaut des § 1 GWB, der sich auf den „Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“ beschränkte, bewußt nicht erfaßt waren. In der Sache hat sich hieran durch die weitere Fassung des Wortlauts des § 1 GWB seither nichts geändert, das Tarifvertragsrecht statuiert keinen einer Güterabwägung mit kartellrechtlichen Schutzgütern zugänglichen wettbewerbsrechtlichen Ausnahmereich, sondern es ist eine verfassungsrechtlich positiv zugelassene und durch die *leges speciales* des TVG konkretisierte Spezialmaterie<sup>543</sup>. Die Kartellwirkung des Tarifvertrags liegt darin, daß durch die Bündelung der jeweiligen Angebots- und Nachfragemacht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber in den Verhandlungspositionen der Tarifvertragsparteien die einseitige Ausübung von Marktmacht durch diese Individuen während der Vertragslaufzeit<sup>544</sup> verhindert wird. Zum Ausgleich der typisierten individuellen Schwäche der Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer wird auf dem Arbeitsmarkt die wirtschaftlich potentere Nachfrageseite mit der kollektiven Gegenmacht der Angebotsseite konfrontiert. Den einzelnen Arbeitgebern gewährt Art. 9 Abs. 3 GG demgegenüber das Recht, sich zur „Gegen-Gegenmachtbildung“<sup>545</sup> verbandlich zu organisieren und zu betätigen. Das in der Koalitionsfreiheit verankerte Gegenmächtsprinzip des Arbeitsmarktes ist damit ein in seiner Wirkungsweise dem Prinzip kartellrechtlicher Entmachtung wirtschaftlicher Potenzen diametral zuwiderlaufendes Prinzip des Individualschutzes durch „Vermachtung“<sup>546</sup> der Marktteilnehmer. Dennoch dient gerade auch das vertraglich realisierte Gegenmächtsprinzip des Arbeitsmarktes der Regulierung wirtschaftlicher Macht. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG erlaubte „Vermachtung“ der jeweiligen Marktgegenseite ist notwendiges Zwischenziel, um ein im Ausgang annähernd chancengleiches Ringen der (Tarif-) Vertragsparteien um den vertraglichen Interessenausgleich zu ermöglichen. *Schmidt-Rimplers* Zweifel an der Funktionsfähigkeit seines Modells vertraglicher Richtigkeitsgewähr bei Tarifverträgen, deren Parteien typischerweise für das von ihnen vertretene Kollektiv nicht endgültig auf die Gegenleistung des anderen Teils verzichten könnten und deren letztes Konfliktlösungsinstrument in Form des Arbeitskampfes, welcher „die Partei mit dem

541 MünchHbArbR-Löwisch/Rieble, § 247 Rn. 8; Rieble (Fn. 116), Arbeitsmarkt, Rn. 1108.

542 BGBl. I 1998, S. 2546.

543 *Immenga/Mestmäcker-Zimmer*, § 1 GWB, Rn. 304; Rieble, Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung, in: GS für Walter Eucken (2000), S. 199, 201; gleiches gilt zu Recht nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH im Verhältnis zu Art. 81 EG, Urt. v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96 „Kantongerecht Arnheim“, ZIP 2000, S. 34, 38 f. = AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag, mit zust. Anm. *Büdenbender*, ZIP 2000, S. 44 f. m.w.N. zur mittlerweile überholten Gegenansicht.

544 Das verbleibende einseitige „Machtinstrument“ des Arbeitskampfes zur Erzwingung von Konzessionen der Gegenseite ist in dieser Phase durch die Friedenspflicht sanktioniert, Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 378.

545 Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 119.

546 Rieble, Arbeitsmarkt, Rn. 630; MünchHbArbR-Löwisch/Rieble, § 247 Rn. 7.

längeren Atem bevorzugt<sup>547</sup>, außerhalb des vertraglichen Regelungsmodells stehe, sind unbegründet. Insbesondere kann der Arbeitskampf marktkonform vor allem in Zeiten eingeschränkter Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt als notwendige Form kollektiver Angebotsverknappung verstanden werden<sup>548</sup>. Nur im Fall des völligen Versagens des Vertragsprinzips, d.h. bei Nichtexistenz oder einer bloßen Minderheitenrepräsentation einer verbandlichen Organisation der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber in einem Wirtschaftszweig, nicht aber schon bei bloßer Nichtregelung trotz versuchter Einigung, steht dem Gesetzgeber gem. § 1 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952<sup>549</sup> der Weg zur staatlichen Intervention offen. Eine ähnliche Ausnahme gilt grundsätzlich nach § 19 HAG für bindende Entgeltfestsetzungen durch den Heimarbeitsausschuß, der ebenfalls ein Organ staatlicher Lohnsteuerung in tarifvertragsersetzender Funktion im Anwendungsbereich des HAG ist<sup>550</sup>. Hieran wird deutlich, daß das System wirtschaftlicher Machtkontrolle dem entmachtenden Ringen der Vertragsparteien um die interessengerechte Regelung ihrer Beziehungen grundsätzlich den Vorzug vor binnenorganisatorischen Interventionen gibt. Bestätigt wird dies durch die Realität in Deutschland mitbestimmungsfrei agierender Gesellschaften ausländischen Rechts vergleichbarer Größe und Arbeitnehmerzahl: Bedürftten diese Gesellschaften zwingend der binnenorganisatorischen Machtlegitimation, hätte der Gesetzgeber ihrer mitbestimmungsfreien Koexistenz ein Ende bereiten müssen.

### III. Inkompatibilität von Mitbestimmung und Gemeinwohlbindung

In engem Zusammenhang mit der widerlegten These des Gesetzgebers des MitbestG, die Unternehmensmitbestimmung sei Ausdruck des Demokratieprinzips, steht die These einer durch die Einführung der Unternehmensmitbestimmung erzeugten Gemeinwohlbindung der Unternehmensorgane<sup>551</sup>. Folgt man ihrer Prämisse, ist diese Schlußfolgerung folgerichtig: sofern die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat demokratisch legitimierte Repräsentanten der Unternehmensbelegschaft als „Teilvolk“ des Staatsvolkes wären, käme ihnen wie dem demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber eine Gemeinwohlverantwortung zu. Über diese wären die Leitungsentscheidungen des durch sie überwachten Vorstands der Aktiengesellschaft am Maßstab der Gemeinwohlkompatibilität zu messen. Infolgedessen müßte auch die Antwort auf die Frage nach einer Handlungsmaxime des Vorstands

---

547 *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, S. 3, 13 unter Bezugnahme auf seine grundlegenden Ausführungen zum Vertragsmechanismus in AcP 147 (1941) S. 140, 152 f.

548 So zu Recht *Rieble*, GS Eucken, S. 199, 204.

549 BGBl. I S. 17.

550 Siehe Heimarbeitsgesetz v. 14.3.1951 (BGBl. I S. 191). Durch das staatliche Letztentscheidungsrecht des Vorsitzenden des Heimarbeitsausschusses gem. § 4 Abs. 3 S. 2 HS. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 HAG bleibt dem im übrigen paritätisch besetzten Heimarbeitsausschuß eine lediglich tarifsimulierende Funktion; zutreffend *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 9 und Fn. 12.

551 Siehe Begr.RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

der Aktiengesellschaft zugunsten des abgelehnten interessenpluralistischen Ansatzes ausfallen. Gegen eine Kompatibilität von Unternehmensmitbestimmung und Gemeinwohlbindung sprechen hingegen die im Folgenden als Kompetenzproblem und Definitionsproblem identifizierten Argumente.

### 1. Das Kompetenzproblem

Daß der Prämisse einer demokratischen Legitimation des mitbestimmten Aufsichtsrats nicht gefolgt werden kann, ist bereits dargelegt worden. Hiermit steht und fällt aber die Legitimation einer Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft qua mitbestimmten Aufsichtsrats. Da ausschließlich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, die erforderliche Rückkopplung auf das Staatsvolk in seiner Gesamtheit aufweist und die Arbeitnehmervertreter einer mitbestimmten Aktiengesellschaft zwar gem. §§ 9 ff. MitbestG durch Wahlakt in den Aufsichtsrat entsandt werden, der formale Wahlakt unabhängig von der Belegschaftsgröße aber nichts an der notwendig gruppenbezogenen Rückkopplung der Interessenvertretung ändert, ließe sich eine Erweiterung ihres Vertretungsanspruchs allenfalls rechtfertigen, sofern die Rechtsordnung dies in anderen, strukturell gleich gelagerten Fällen anerkennt.

#### a. Zur Gemeinwohlbindung kommunaler Selbstverwaltungsträger

Die Rechtsordnung erkennt eine Gemeinwohlbindung, ohne daß sie unmittelbar auf das Staatsvolk in seiner Gesamtheit zurückzuführen ist, im Fall der kommunalen Selbstverwaltungshoheit an. In diesem Sonderfall beruht sie aber auf einer zur demokratischen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers „analogen Legitimationsstruktur“<sup>552</sup>. Diese ist als solche bereits in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG angelegt, wonach „das Volk“ auch auf Kreis- und Gemeindeebene Vertretungen haben muß, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Die kommunale Selbstverwaltungshoheit erstreckt sich danach gem. Art. 28 Abs. 2 GG auf „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ und vermittelt insofern eine Gemeinwohlbindung der Selbstverwaltungskörperschaft. Die analoge Legitimationsstruktur ist notwendig begrenzt. Dies wird dadurch deutlich, daß die kommunale Selbstverwaltung in den Rahmen der vom gesamten Staatsvolk legitimierten Gesetze eingebunden bleibt und der staatlichen Aufsicht unterliegt<sup>553</sup>.

Die Unternehmensmitbestimmung läßt sich mit dem Legitimationsmodell der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie schon im Ansatz nicht vergleichen. Während die wahlberechtigten Kreis- und Gemeindeangehörigen eine nur durch ihre Ortsansässigkeit im Gemeindegebiet vom Gesamtvolk abzugrenzende, ansonsten aber vergleichbar interessenheterogene Gruppe bildet, läßt sich dies von der Belegschaft des

---

552 Böckenförde, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 32; zum Homogenitätserfordernis *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 28 GG Rn. 27.

553 *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts II, § 24 Rn. 32.

Unternehmens nicht behaupten, da diese das gemeinsame Partikularinteresse am Erhalt bzw. Ausbau ihres speziellen, an den Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen gekoppelten sozialen Status quo verfolgt. Selbst wenn der Staat gesetzlich den Gemeinwohlvertretungsanspruch auf den Aufsichtsrat delegierte, müßte er diese Kompetenz durch entsprechende Aufsichtsstrukturen an die eigene demokratische Legitimation rückkoppeln<sup>554</sup>. Derartige Aufsichtsstrukturen würden jedoch die bestehende Eigentumsordnung, die den Aktionären über ihre Satzungscompetenz die Definition des Gesellschaftszwecks garantiert, maßgeblich verändern<sup>555</sup>. Über die Beaufsichtigung eines Gemeinwohlanspruchs der Leitungsorgane wäre das Tor zur staatswirtschaftlichen Unternehmenslenkung geöffnet und die durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierte Gestaltungsfreiheit des Unternehmens (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) wie des Aktionärs gefährdet.

#### **b. Zur Gemeinwohlbindung des Rundfunkrats**

Ähnliches gilt für die Gemeinwohlbindung der Rundfunkräte als Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunkanstalten der Bundesländer. Die Rundfunkräte setzen sich aus Repräsentanten der ihrerseits vorwiegend verbandlich organisierten gesellschaftlich relevanten Gruppen zusammen<sup>556</sup>. Nach der Leitescheidung des BVerfG zum WDR-Gesetz sind die Rundfunkräte Sachwalter des Gemeinwohls: „Sie sollen die für die Programmgestaltung maßgeblichen Personen und Gremien darauf kontrollieren, daß alle bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte oder Gruppen im Gesamtprogramm angemessen zu Wort kommen können, das Programm nicht einseitig einer Partei oder Gruppe, einer Interessengemeinschaft, einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung dient und in der Berichterstattung die Auffassungen der betroffenen Personen, Gruppen oder Stellen angemessen und fair berücksichtigt werden.“<sup>557</sup> Ungeachtet des Umstands, daß die Mitglieder der Kontrollgremien überwiegend selbst Interessenvertreter sind, sollen sie im Rundfunkrat „gerade keine partikularen Interessen zu Geltung bringen“<sup>558</sup>. Die hiermit notwendige Rollendifferenzierung sieht das BVerfG zu Recht als „schwierig“ und vom Gesetzgeber selbst allenfalls zu begünstigen, nicht aber zu garantieren an. Der nach der Rechtsprechung des BVerfG allein verfassungsrechtlich zulässige Weg einer derartigen verbandlichen Interessenrepräsentation ist folglich ein „unvollkommenes Instrument zu Sicherung der Gemeinwohlinteressen und daher nur unter der Bedingung einer weitestmöglichen Heterogenität der Interessenvertreter unter Ermöglichung des Einbezugs auch und gerade besonders durchsetzungs-

---

554 Zu diesem Prinzip Krebs, Handbuch des Staatsrechts III § 69 Rn. 40 ff.

555 Zu dieser Konsequenz für eine Gemeinwohlbindung des Vorstands bereits unter § 2B.I.2.d.

556 Siehe etwa Art. 111a Abs. 2 BayVerf für die Rundfunkkontrolle im Freistaat Bayern.

557 BVerfG, Urt. v. 5.2.1991 – 1 BvR 1/85, 1/88, BVerfGE 83, S. 238, 333 = NJW 1991, 899; bestätigt durch Beschl. (KammerE) v. 7.11.1995 – 1 BvR 209/93, NVwZ 1996, S. 781, 782 = DVBl. 1996, 97; ThürVerfGH, Urt. v. 19.6.1998 – VerfGH 10/96, LKV 1999, S. 21, 24 f. = VerfGE 8, 337.

schwacher Minderheiten oder sogar Einzelinteressen zu gewährleisten<sup>559</sup>. Der Rundfunkrat unterliegt allein deshalb nicht staatlicher (Fach-)Aufsicht, weil er aufgrund seines besonderen Auftrags eine Unabhängigkeit des Rundfunks von staatlichen Entscheidungsgremien als Voraussetzung der Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gerade garantieren soll und dieses Ziel mit staatlichen Weisungsrechten notwendig konfliktieren würde. Eine völlige Rücknahme der staatlichen Aufsicht ist aufgrund der erforderlichen Rückbindung hoheitlicher Gewalt an die Grundsätze des Art. 20 Abs. 2 GG aber auch gegenüber dem Rundfunkrat nicht zu gerechtfertigt<sup>560</sup>.

Daß die durch die §§ 7, 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG vorgesehene Aufsichtsratszusammensetzung den für die Zusammensetzung des Rundfunkrats geltenden Heterogenitätserfordernissen nicht entspricht und nach den Aussagen des BVerfG im Mitbestimmungsgesetz zur Eigentumsгарantie der Anteilseigner auch nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand: Neben den Anteilseignervertretern sind für die Arbeitnehmerbank zum einen Belegschaftsvertreter, darunter mindestens ein Vertreter der leitenden Angestellten und zum anderen je nach Unternehmensgröße zwei oder drei externe Gewerkschaftsvertreter berufen. Folgte man den Proporz-kriterien des BVerfG für den Rundfunkrat, müßten zumindest die nach dem Territorialitätsprinzip des MitbestG von der Repräsentation im deutschen Konzernaufsichtsrat ausgeschlossenen Belegschaftsvertreter ausländischer Konzerntöchter<sup>561</sup> repräsentiert sein. Zudem müßten als Gegenspieler der Gewerkschaftsvertreter Vertreter der Arbeitgeberverbände vertreten sein<sup>562</sup>, ganz zu schweigen von Frauenvertretern, kirchlichen Repräsentanten, kulturellen Gruppen, Ausländerbeauftragten etc. Im übrigen ist zusätzlich hierzu das bereits gegen eine Vergleichbarkeit mit den Grundsätzen kommunaler Selbstverwaltung sprechende Erfordernis aufsichtlicher Kontrolle der staatlich delegierten Gemeinwohlbindung zu beachten.

### c. Zur Gemeinwohlbindung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien

Ein weiteres Beispiel für die Anerkennung eines gemeinwohlgebundenen Gremiums unabhängig von der personell-demokratischen Legitimation seiner Mitglieder ist die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien gem. § 17 JuSchG<sup>563</sup>. Sie entscheidet gem. § 17 Abs. 2 JuSchG in Wahrnehmung des in Art. 5 Abs. 2 GG als

558 BVerfG, a.a.O. (Fn. 557), S. 334.

559 BVerfG, a.a.O. (Fn. 557), S. 335 f.

560 So auch *Krebs*, Handbuch des Staatsrechts III § 69 Rn. 42.

561 Zu diesem vermeintlichen „Legitimationsdefizit“ siehe § 3B.V.3.a. und Fn. 694 m.w.N zur europarechtlichen Dimension der Frage.

562 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß diese Gruppe schon durch die Anteilseignerbank hinreichend repräsentiert wäre, denn gleiches gilt bereits jetzt für die Gewerkschaftsvertreter, die gem. § 7 Abs. 2 MitbestG sogar unabhängig vom Organisationsgrad im Unternehmen Aufsichtsratsvertreter stellen.

Schranke der Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit erscheinenden Jugendschutzauftrags über die Indizierung jugendgefährdender Medien oder umgekehrt die Streichung derartiger Medien aus dem Index. Entsprechend der ihr kraft Gesetzes zukommenden Definitionshoheit hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Jugendgefährdung als Gemeinwohlbelang, die von den Verwaltungsgerichten nur auf eine grobe, willkürliche Verkennung ihrer Kompetenzen überprüfbar ist, fordert der Gesetzgeber die personelle Besetzung der Bundesprüfstelle nach dem Prinzip der höchstmöglichen Interessenpluralität<sup>564</sup>. Die vom Bundesministerium für Familie, Frauen und Jugend bzw. von den Landesregierungen zu benennenden Vorsitzenden, Stellvertreter und Beisitzer sind den in § 19 Abs. 2 Nrn. 1-8 JuSchG genannten gesellschaftlichen Gruppen zu entnehmen bzw. auf Vorschlag dieser durch die in § 20 Abs. 1 JuSchG aufgezählten Verbände repräsentierten Gruppen zu wählen. Damit entspricht das vom Gesetzgeber im JuSchG verfolgte Prinzip größtmöglicher Heterogenität des über Gemeinwohlbelange entscheidenden Gremiums der bereits beim Rundfunkrat festgestellten Struktur.

Eine derartige Pluralität erreicht der mitbestimmte Aufsichtsrat wie ausgeführt bei weitem nicht, so daß eine Ausweitung eines Gemeinwohlvertretungsanspruchs abzulehnen ist. Vergleichbar mit der fehlenden fachaufsichtlichen Überwachung des Rundfunkrats ist auch die Bundesprüfstelle gem. § 19 Abs. 4 JuSchG nicht weisungsgebunden. Dies liegt ebenfalls in ihrer Funktion, einen fern von staatlicher Zensur i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG liegenden Jugendschutz durch Spiegelung der gesellschaftlich betroffenen Gruppen im Entscheidungsgremium zu gewährleisten, begründet. Eine derartige Rücknahme staatlicher Verantwortung trotz Übertragung hoheitlicher Entscheidungskompetenzen ist aber genauso wie im Rundfunkrecht die Ausnahme der für die Kommunalaufsicht exemplarisch dargelegten Regel. Eine Übertragung derartiger Legitimationsstränge auf den mitbestimmten Aufsichtsrat ist mithin nicht gerechtfertigt.

## 2. Das Definitionsproblem

Neben das Kompetenzproblem tritt das bereits gegen die These einer interessenpluralistischen Leitungsmaxime des Vorstands sprechende Definitionsproblem bei unterstellter Gemeinwohlbindung. Auch hier lautet die Frage: Wer definiert das Gemeinwohl und für welchen Zweck? Die Kompetenzfrage ist beantwortet, allein der Gesetzgeber ist hierzu in der Lage. Die Frage nach dem Zweck einer Gemeinwohlbindung ist folglich die Frage nach Inhalt und Grenzen von Staatsaufgaben. Daß diese Definition nicht den Unternehmensorganen überlassen werden kann, ist

---

563 Jugendschutzgesetz (JuSchG) v. 23. Juli 2002, BGBl. I S. 2730.

564 BVerwG, Urt. v. 3.3.1987 – 1 C 16/86, NVwZ 1987, S. 1429, 1431 = NJW 1987, 1429; BVerwG, Urt. v. 16.12.1971 – I C 31/68, NJW 1972, S. 596, 598 = JZ 1972, 204 (dort jeweils noch zur Vorgängerregelung des § 9 Abs. 2 GjS).

damit an sich gleichzeitig klargestellt<sup>565</sup>. Denkbar ist allenfalls noch, daß der Gesetzgeber den Begriff des Gemeinwohls selbst so vorprägt, daß Unternehmen ein abgeschlossenes Konzept lediglich vollziehen müssen. Daß der Gesetzgeber eine derartige geschlossene Gemeinwohldefinition bislang nicht vorgenommen hat, ist allgemeine Meinung<sup>566</sup>. Engel<sup>567</sup> hat darüber hinaus nachgewiesen, daß geschlossene Gemeinwohldefinitionen geradezu staatsgefährdend sind, da sie notwendig apodiktisch und damit entwicklungsresistent sind und die Frage der Abwägung der unterschiedlichen entscheidungsrelevanten Interessen innerhalb eines Gemeinwesens durch die Frage nach der Wahrheit einer Idee ersetzen, die im Konfliktfall nur noch gewaltsam erstritten oder behauptet werden kann.

Der Gesetzgeber hat sich daher, beginnend mit der Aktienrechtsnovelle des Jahres 1965, zu Recht enthalten hinsichtlich der Formulierung abstrakter Gemeinwohlansprüche gezeigt.

Zum einen werden im gegenwärtigen Aktienrecht die Unternehmensorgane nicht mehr an einen abstrakten Gemeinwolauftrag wie er noch in § 70 AktG 1937 für den Vorstand zu finden war, gebunden<sup>568</sup>. Der Aufsichtsrat ist im Gegenteil gem. § 111 Abs. 3 S. 1 AktG im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe an das „Wohl der Gesellschaft“ gebunden. Dieses Wohl ist, wie die Verknüpfung mit der Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung zeigt, aktionärsbezogen und weist keinen unmittelbaren Gemeinwohlbezug auf.

Daß in Abs. 3 S. 9 der Präambel des DCGK eine Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das „Unternehmensinteresse“ erfolgt ist, bedeutet nichts Gegenteiliges, da hiermit lediglich die begrifflich unscharfe und in der Sache unzutreffende h.M. zur Frage der Berücksichtigung der Interessen anderer Stakeholder bei der Ermittlung der Handlungsmaxime des Vorstands der Aktiengesellschaft von der Kodex-Kommission kritiklos übernommen worden ist<sup>569</sup>. Zur Frage der Erweiterung des Aufsichtsratsauftrags auf die Gewährleistung einer abstrakten Gemeinwohlbindung

565 *Isensee*, Handbuch des Staatsrechts III, § 57 Rn. 29, 134; auch *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, S. 889, 894 zum entsprechenden Problem der Definitionsmacht der Tarifvertragsparteien. Thüsing unternimmt im folgenden (S. 902 ff.) aber den untauglichen Versuch, genau dieses Kompetenzproblem über die Abwälzung auf die Justiz zu lösen. Letztere ist freilich genausowenig zur Definition des Gemeinwohls berufen wie die Unternehmen. Im übrigen versagt die von Thüsing befürwortete Gemeinwohlbindung schon nach eigenem Dafürhalten in der wichtigsten Fallgruppe des Flächentarifs (S. 906). Die Interessen Dritter und die Grenzen der Tarifmacht werden vielmehr von den Gerichten systemgerecht wie im allgemeinen Vertragsrecht durch eine Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB gewahrt. Letzteres ist ganz h.M., siehe stellvertretend *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 53 m.w.N.

566 Siehe nur *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 771 ff., 773 m.w.N.; *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23, 33; Ein Gegenbeispiel für kurios anmutende Versuche einer geschlossenen Definition findet sich bei *Küchenhoff*, § 49 BetrVG 1952 Rn. 10.

567 *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23, 32 f., 51 f.

568 Siehe § 2B.1.2.d.

569 Kritisch auch *Marsch-Barnier/Schäfer-Vetter*, Handbuch börsennotierte AG, § 29 Rn. 7.

durch die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat hat sich die Kodex-Kommission aber bereits deshalb nicht geäußert, weil schon die *Baums*-Kommission als Vorgängerkommission Fragen der Unternehmensmitbestimmung auftragsgemäß aus der Entwicklung des DCGK herausgehalten hat<sup>570</sup>. Die bei *Ulmer*<sup>571</sup> anklingende These, eine Gemeinwohlbindung sei durch den Erlaß des MitbestG jedenfalls mittelbar vom Gesetzgeber dadurch umgesetzt worden, daß er durch die Unternehmensmitbestimmung ein Gegengewicht zur einseitigen aktienrechtlichen Ausrichtung des Vorstands auf Anteilseignerinteressen setzen wollte, überzeugt nicht. Dieses Vorgehen wäre schlechthin unvereinbar mit der Anknüpfung des Anwendungsbereiches der Unternehmensmitbestimmung an Schwellenwerte einer bestimmten Belegschaftsgröße. Daß der Gesetzgeber einer abstrakten Gemeinwohlbindung durch Arbeitnehmermitbestimmung ablehnend gegenübersteht, zeigt sich ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>572</sup> auch in der Abschaffung einer Gemeinwohlbindung von Arbeitgeber und Betriebsrat wie sie in § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 zu finden war, durch § 2 Abs. 1 BetrVG 1972. Nach § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 arbeiteten noch „Arbeitgeber und Betriebsrat im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl des Betriebs und seiner Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Gemeinwohls zusammen.“<sup>573</sup> Der Gesetzgeber hat mithin auch im BetrVG als Teil des einheitlichen Mitbestimmungsweges das Repräsentationsgremium der Arbeitnehmer von über die Interessen der Repräsentierten hinausgehenden Gemeinwohlsprüchen befreit<sup>574</sup>. Die Kritik von *Kraft/Franzen*<sup>575</sup> am Verweis des Gesetzgebers des BetrVG 1972 auf das normative Vorbild der Abschaffung der Gemeinwohlbindungsklausel des § 70 AktG 1937 in § 76 AktG 1965 geht ins Leere, da der Gesetzgeber sowohl bei der Aktienrechtsnovelle von 1965, als auch bei der BetrVG-Novelle von 1972 offensichtlich das Definitionsproblem **und** das Kompetenzproblem zum Anlaß der Streichung der Gemeinwohlklausel genommen hat.

---

570 *Baums*, Kommissionsbericht, S. 6.

571 *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143, 158, 160.

572 BR-Drucks. 715/70, S. 35, BT-Drucks. VI 2729, S. 9 f., 18 f. unter Verweis auf die entsprechende Abschaffung der Gemeinwohlklausel des § 70 AktG 1937 durch die Aktienrechtsnovelle von 1965.

573 Dazu aus damaliger Sicht *Bulla*, RdA 1965, S. 121, 124 f.; *Galperin/Siebert*, BetrVG 1952, § 49 Rn. 13.

574 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 446; ähnlich i.E. *Richardi*, BetrVG, § 2 Rn. 16; GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 2 Rn. 43; a.A. *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, S. 889, 905; DKK-Berg, § 2 BetrVG Rn. 7. Letzterer bejaht insofern sogar wider die Gesetzesbegründung und den Wortlaut der Norm einen Allgemeinvertretungsanspruch des Betriebsrats.

575 Siehe GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 2 Rn. 45, die auf die „schwierige Justitiabilität“ des Gemeinwohlbegriffs abheben und die „Überforderung der Betriebspartner“ mit der Bestimmung von Gemeinwohlbelangen im Einzelfall verweisen.

#### IV. Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung ?

Sind die zuvor widerlegten Thesen zur Funktion der paritätischen Unternehmensmitbestimmung auf rechtlicher Ebene angesiedelt, so muß die im gewerkschaftlichen Schrifttum vertretene Ansicht<sup>576</sup>, die Unternehmensmitbestimmung steigere die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung, empirisch zu belegen sein.

##### 1. Ergebnisse empirischer Untersuchungen

Das Gegenteil ist hingegen der Fall. Zwar hat es an ökonomischen Studien nicht gefehlt, die sich mit den Zusammenhängen zwischen dem Erlaß des MitbestG im Jahr 1976<sup>577</sup> bzw. der Klagen von Arbeitgeberverbänden und einzelner Unternehmen gegen das MitbestG und der Verkündung der Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG<sup>578</sup> auf der einen Seite und der Profitabilität des Unternehmens und der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes auf der anderen Seite auseinandergesetzt haben. Hierbei wollen einige Analysten, namentlich *Benelli/Loderer/Lys, Gurdon/Rai* sowie *FitzRoy/Kraft* in der zweiten Studie aus dem Jahr 2004 positive Einflüsse festgestellt haben, während die erste Studie von *FitzRoy/Kraft* aus dem Jahr 1993 keine bzw. negative Profitabilitätsentwicklungen im Untersuchungszeitraum feststellen konnte und auch die juristisch/ökonomische Ereignisstudie von *Baums/Frick* keine signifikanten Auswirkungen auf das untersuchte Dividendenaus-schüttungsverhalten und den Börsenwert des Unternehmens nachweisen konnte<sup>579</sup>. Das sich aus den Studien ergebende Bild ist also uneinheitlich. Unter den sich mit der Bewertung der Ergebnisse der Ereignisstudien auseinandersetzen den Autoren, herrscht aber Einigkeit dahingehend, daß gegenüber allen Studien deutliche methodische Vorbehalte bestehen, die zum Teil die Kürze des untersuchten Zeitintervalls von nur 18 Monaten und weniger, zum Teil seine Länge von bis zu acht Jahren betreffen<sup>580</sup>. Zu diesen methodischen Bedenken kommt hinzu, daß in allen untersuchten Unternehmen Mitbestimmungsstrukturen nicht nur auf der Ebene des Aufsichtsrats, sondern auch auf betrieblicher Ebene verankert waren. Damit werden Kausalitätsprognosen nahezu unmöglich, da sich die Durchführungswege der betrieblichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung sowohl recht-

576 Hans-Böckler-Stiftung, Zur aktuellen Kritik an der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, S. 5, abrufbar unter: <http://www.boeckler.de/pdf/mitbestimmung-2004.pdf>; Kommission Mitbestimmung, (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung), S. 60, 64.

577 So die Studien von *Benelli/Loderer/Lys*, JoB 60 (4) 1987, S. 553 ff.; *Gurdon/Rai*, JEB, 42 (4) 1990, S. 289 ff.; *FitzRoy/Kraft*, SJE 95 (3) 1993, S. 365 ff.; *dies.*, Co-Determination 2004, S. 13 ff., 19 (Periodengewinn laut Bilanz als Profitabilitätsindikator); tabellarisch zusammengefaßt von *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, S. 110, 128 f.

578 So die juristisch-ökonomische Studie von *Baums/Frick*, Market Value, S. 206, 211 ff.

579 Siehe im Einzelnen die in Fn. 577 und Fn. 578 nachgewiesenen Studien.

580 *Fleischer*, AcP 204 (2004) S. 502, 537 f.; v. *Werder*, AG 2004, S. 166, 167; *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, S. 110, 131 f.; *Sadowski/Junkes/Lent*, Mitbestimmung, S. 34, 45.

lich-kompetenziell, als auch faktisch-personell in vielfältiger Form überlagern<sup>581</sup>. Ähnlichen Bedenken begegnet die Monokausalität des Erklärungsansatzes, welcher die organisatorische Komponente des Unternehmenserfolges gegenüber marktbezogenen Faktoren wie Geschäftsstrategie, Produktqualität und Wettbewerbslage isoliert. Zudem wird es auch in absehbarer Zukunft unmöglich sein, aussagekräftige empirische Daten zu finden, da gegenwärtig schlicht mitbestimmungsfreie Unternehmen derselben Gesellschaftsform bei vergleichbarer Belegschaftsgröße als notwendige Vergleichsgruppe fehlen<sup>582</sup>. Diesem Problem haben zwar die Studie von *Gurdon/Rai* und die Studie von *FitzRoy/Kraft* aus dem Jahr 1993 durch eine Längsschnittbetrachtung der Profitabilitätsentwicklung derselben Unternehmen vor und nach Verabschiedung des MitbestG begegnen wollen. Hierbei ist jedoch unberücksichtigt geblieben, daß zum einen bereits vor Erlaß des MitbestG die voraussehbare Rechtsentwicklung vom Kapitalmarkt aufgegriffen worden sein kann bzw. die Kursentwicklung nach Erlaß des MitbestG nicht ohne weiteres von den genannten weiteren Faktoren isoliert werden kann. Gegenüber einer echten Kontrollgruppenstudie bleibt die in Längsschnittstudien erlangten Datengrundlage mithin notwendig artifiziell und damit von bloß geringer Aussagekraft. Damit ist die These der Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung durch Unternehmensmitbestimmung bisher nicht methodisch seriös empirisch nachgewiesen worden<sup>583</sup>.

## 2. Als der Unternehmensmitbestimmung beigemessene Funktion

### a. Argumente der Mitbestimmungsbefürworter

Die auch ohne empirische Rückendeckung der Unternehmensmitbestimmung zugeschriebenen positiven Wirkungen sind dennoch zahlreich<sup>584</sup>. Sie gehen theoretisch auf soziologische Theorien vom Unternehmen zurück, die bereits im Ansatz das dieser Arbeit zugrundegelegte Modell des „*homo oeconomicus*“ als Ausgangspunkt der Vertragstheorie als zu kurz greifend betrachten und einer Gesamtbetrachtung des Beitrags der Arbeitnehmer zum Unternehmenserfolg den Vorzug geben<sup>585</sup>. Ganz

---

581 Siehe § 4A; Ähnlich *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 271, 273; *Henssler*, ZHR-Sonderheft 72, 2004, S. 133, 149; *Rebhahn*, ZAAR, § 2 Rn. 57.

582 So auch *Franz*, ZAF 2005, S. 268, 274 f.; *Rebhahn*, Diskussionsbeitrag, ZAAR, § 2 Rn. 101.

583 Freilich konnte empirisch seriös auch das (allerdings in dieser Pauschalität auch nicht vertretene) Gegenteil signifikant negativer Auswirkungen auf Profitabilität und/oder Unternehmenswert, nicht festgestellt werden; so auch v. *Werder*, AG 2004, S. 166, 167; *Kraushaar*, BB-Spezial 1/2005, S. 14 f.; zu entsprechenden Befunden für die betriebliche Mitbestimmung siehe *Dilger*, Ökonomik betrieblicher Mitbestimmung, S. 159 ff., 192; *Jirjahn*, ZAF 2005, S. 241, 245 ff. Die zum Beweis des Gegenteils von *Hank*, FAZ v. 25.8.2005, S. 11 zitierte Studie von *Gorton/Schmid* aus dem Jahr 2000 ist ähnlichen methodischen Bedenken ausgesetzt, da sie Unternehmen, die der Drittelbeteiligung unterliegen mit dem MitbestG unterfallenden Unternehmen vergleicht, vgl. *Gorton/Schmid*, S. 25 f., 42.

584 Zu den folgenden Argumenten zusammenfassend *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, S. 110, 114; *Göbel*, Neue Institutionenökonomik, S. 234 ff.

585 Näher *Pistor*, Handbuch CG, S. 157, 168 ff.

grundsätzlich wird hierbei entsprechend der Diskussion um den Rang von Shareholder- und Stakeholder value die spezifische Humankapitalinvestition der Arbeitnehmer in „ihr Unternehmen“ betont, die ohne Unternehmensmitbestimmung schutzlos der Disposition der Anteilseigner ausgesetzt sei<sup>586</sup>. Es trage im übrigen zur Transaktionskostenreduzierung bei, daß die zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bestehenden impliziten vertraglichen Erwartungen (etwa Erwartung einer Beförderung, Gehaltserhöhung, Nichtversetzung etc.) nicht vertraglich expliziert werden müßten. Ein ähnlich gelagerter positiver Umstand sei, daß unzufriedene Arbeitnehmer, anstatt das Unternehmen zu verlassen, in mitbestimmten Unternehmen die „Voice-Option“ wählen würden, also wahrgenommene Mißstände gegenüber ihren Repräsentanten kommunizieren würden und damit ebenfalls mittelbar die mit einer Kündigung für das Unternehmen verbundenen Kosten reduzieren helfen würden<sup>587</sup>. Zudem werde durch eine infolge der Existenz der Unternehmensmitbestimmung unterstellte erhöhte Kommunikation im Unternehmen das Vertrauen in die Unternehmensführung gefördert, welches es in wirtschaftlich schlechteren Zeiten erleichtere, Verzichtsforderungen gegenüber der Belegschaft durchzusetzen<sup>588</sup>. Zudem wirke die Unternehmensmitbestimmung nicht nur auf Ebene des Betriebes oder Unternehmens konfliktdämpfend, sondern bewirke über die zwingende Wahl von externen Gewerkschaftsvertretern nach § 7 Abs. 2 MitbestG auch eine geringere Streikbereitschaft der Gewerkschaften<sup>589</sup>. Zudem werde die Motivation der Belegschaft gesteigert und damit die Wahrscheinlichkeit einer Produktivitätssteigerung erhöht<sup>590</sup>. Schließlich hülfe die Arbeitnehmervertreter durch ihre vermeintliche Unabhängigkeit von den Interessen der Vertreter der Anteilseignerseite und des Managements die im Principal-Agent-Konflikt beschriebene Opportunismusooption des Managements zu begrenzen<sup>591</sup> und damit die Kontrolleffizienz des Aufsichtsrats zu erhöhen.

- 
- 586 Göbel, Neue Institutionenökonomik, S. 236 f.; Sadowski/Junkes/Lent, Mitbestimmung, S. 26; zur rechtsökonomischen Relativität dieser These bereits unter § 2B.I.2.c.
- 587 So das Ergebnis einer Befragung der leitenden Angestellten durch Jürgens/Lippert für eine Studie des Deutschen Führungskräfteverbands, 2005, S. 70, 80 auf der Basis des partizipationstheoretischen Ansatzes der Kommission Mitbestimmung, (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung), ähnlich Henssler, ZHR-Sonderheft 72, 2004, S. 133, 149.
- 588 Oechsler, Handbuch CG, S. 305, 316; ähnlich das Argument bei MüKoBGB-Reuter, vor § 21 Rn. 75, durch Mitbestimmung werde ein „internes soziales Gewissen“ installiert, welches die bei juristischen Personen reduzierte externe persönliche Verantwortlichkeit für „sozial mißbilligte Entscheidungen“ kompensiere.
- 589 Köstler, ZGR 2003, S. 800, 801; Schmoldt, ZAAR, § 5 Rn. 11; Säcker, AG 2004, S. 180, 184; Kübler/Schmidt/Simitis, S. 158 ff., 209 ff.; Kreutz, NZA 2001, S. 472, 477 (für die betriebliche Mitbestimmung).
- 590 Dies war bereits ausweislich der Gesetzesbegründung des Betriebsrätegesetzes 1920 bereits die Ansicht des historischen Gesetzgebers, zitiert nach: RG, Urt. v. 25.9.1923 – III 768/22, RGZ 107, S. 221, 224.
- 591 Gerum, Mitbestimmung, S. 50.

## b. **Stellungnahme**

Da sich die genannten Argumente für positive Wirkungen der Unternehmensmitbestimmung empirisch nicht verifizieren lassen, sind sie im Folgenden auf ihre Schlüssigkeit hin zu untersuchen.

### [1] **Ökonomischer Selbstwiderspruch zwingender Unternehmensmitbestimmung**

Entwaffnend wirkt hierbei von vornherein, ohne sich auf die Bewertung der dargestellten partizipationsökonomischen Thesen einlassen zu müssen, das Argument von

*Jensen/Meckling*<sup>592</sup>, die aufgrund der Prämisse rational handelnder Unternehmensrepräsentanten zu dem Ergebnis kommen, daß derart geleitete Unternehmen, träfen die der Unternehmensmitbestimmung unterstellten positiven Wirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung zu oder wären sie zumindest überzeugend, die Unternehmensmitbestimmung bereits freiwillig eingeführt hätten:

*„If co-determination is beneficial to both stockholders and labor, why do we need laws which enforce firms to engage in it? Surely they would do so voluntarily. The fact that stockholders must be forced by law to accept co-determination is the best evidence we have that they are adversely affected by it“.*

Dieses müßte insbesondere für ausländische Töchter mitbestimmter deutscher Konzernmuttergesellschaften gelten, können diese doch unmittelbar die unterstellten positiven Auswirkung der Unternehmensmitbestimmung auf die Corporate Governance der Muttergesellschaft beobachten.

Insbesondere von *Gerum/Wagner*<sup>593</sup> ist hiergegen eingewandt worden, daß sich aufgrund bestehender Informationsdefizite unter den Entscheidungsträgern der Unternehmen über die tatsächlich positiven Effekte keine Basis für eine flächendeckende freiwillige Einführung der Unternehmensmitbestimmung bilden könne. Im Gegenteil sei zu befürchten, daß sich einzelne risikofreudigere Unternehmen, die sich zur Einführung der Unternehmensmitbestimmung entschlossen, einerseits dem Phänomen ausgesetzt sähen, daß sie nur die wenig motivierten Arbeitskräfte anzögen, die auf eine höhere Arbeitsplatzsicherheit bei einem geringen unternehmensinternen Lohngefälle setzten (sog. „*Adverse Selektion*“) und andererseits die am besten qualifizierten Kräfte leichter von Unternehmen abgeworben werden könnten, die keine Unternehmensmitbestimmung, dafür aber ein stark leistungsbezogenes Lohngefälle aufwiesen. Aufgrund dieses auf Informationsdefiziten der Marktteilnehmer

---

592 *Jensen/Meckling*, JoB 52 (1979), S. 469, 474; zustimmend *Eidenmüller*, FS Heldrich, S. 581, 588 f.

beruhenden Marktversagens könne das von *Jensen/Meckling* beschriebene Szenario nicht wirken.

Der Einwand überzeugt m.E. nicht. Ihm ist entgegenzuhalten, daß bereits die Prämisse der befürchteten Abwanderungsbewegungen darauf beruht, daß Unternehmensmitbestimmung und geringes Lohngefälle in der Unternehmenswirklichkeit Hand in Hand gehen. Dieser Zusammenhang ist empirisch nicht belegt. Ohne eine entsprechende Vergleichsgruppe mittelgroßer bis großer Aktiengesellschaften, die nicht von einer gesetzlich zwingenden Unternehmensmitbestimmung erfaßt ist, wird er auch in Zukunft nicht zu belegen sein. Im übrigen wäre es Ausdruck eines merkwürdigen Solidaritätsverständnisses und sachlich nicht zu rechtfertigen, daß ein freiwilliger Weggang qualifizierter und informierter Arbeitskräfte zu einem Unternehmen mit vermeintlich größerem Lohngefälle bei erhöhten Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers mittelbar über eine flächendeckende Einführung der Unternehmensmitbestimmung verhindert werden soll<sup>594</sup>. Selbst wenn man die Richtigkeit des von *Gerum/Wagner* beschriebenen Entscheidungsdilemmas unterstellte, könnte diese allenfalls<sup>595</sup> ein Argument für die **Einführung** der Unternehmensmitbestimmung auf gesetzlicher Grundlage liefern, nicht aber für die gegenwärtig bestehende zwingende **Verordnung** der Unternehmensmitbestimmung ohne jederzeitige Ausstiegsmöglichkeit der von ihr betroffenen Unternehmen. Daß das Management von der Entscheidung für oder gegen die Einführung der Unternehmensmitbestimmung „als Diener zweier Herren“ überfordert sein könnte, da es zwischen den Interessen der Anteilseigner und der Arbeitnehmerschaft entscheiden müßte<sup>596</sup>, ist unschlüssig. Zum einen beruht das Argument bereits auf der unzutreffenden Prämisse, daß der Vorstand überhaupt für eine derartige Strukturentscheidung zuständig wäre. Wie die Regelungen des § 119 Abs. 1 Nrn. 1 und 5 AktG zeigen, überantwortet der Gesetzgeber Entscheidungen mit weitreichenden Folgen für das Organgefüge der Aktiengesellschaft aber systemgerecht der Hauptversammlung, nicht den Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands<sup>597</sup>. Im Rahmen einer zu unterstellenden rationalen Entscheidung würde sich die Hauptversammlung zudem den ökonomischen Sachargumenten für die Einführung der Unternehmensmitbestimmung beugen, sofern diese so überzeugen könnten wie von der Gegenansicht behauptet. Gegenwärtig ist aber die Entscheidung des Gesetzgebers, eine sowohl als wirtschaftlich vorteilhaft angesehene, als auch für den

---

593 *Gerum/Wagner*, Co-Determination, S. 341, 346 f.; zustimmend *Pistor*, Handbuch CG, S. 157, 163; ähnlich *Rehberg*, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 6 Rn. 81; auch *Jirjahn*, ZAF 2005, S. 241, 257 f. (für die betriebliche Mitbestimmung).

594 Zutreffend *Roth*, ZGR 2005, S. 348, 365, 370.

595 Zur generell fehlenden Tragfähigkeit staatlich verordneter Unternehmensführungsgrundsätze sogleich unter § 3B.IV.3.

596 So *Kreutz*, NZA 2001, S. 472, 477.

597 Zutreffend *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417.

„sozialen Bedürfnissen“ der betroffenen Arbeitnehmer gerecht werdend angesehene Organisationsentscheidung nicht den Marktteilnehmern zu überlassen, ein ökonomischer Selbstwiderspruch. Sie macht deutlich, daß der Gesetzgeber offenbar den behaupteten positiven Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung selbst nicht traut.

## [2] Begründungslast der Mitbestimmungsbefürworter

Die vielbeschworene Effizienzwirkung der Unternehmensmitbestimmung als Motivationsfaktor und Generator von Vertrauen in die Unternehmensführung bleibt ohne empirische Nachweisbarkeit ein bloßes Postulat, dem man ebensogut Glauben schenken kann wie der gegenteiligen Behauptung<sup>598</sup>. Im Gegenteil ist von den Befürwortern der Unternehmensmitbestimmung der Nachweis für die postulierten Effizienzwirkungen einzufordern<sup>599</sup>. Schließlich beschränkt die zwingende Unternehmensmitbestimmung die unternehmerisch-organisatorische Handlungsfreiheit massiv. Der Frage der Begründungslast kann auch nicht mit dem Hinweis auf den „erheblichen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers“ ausgewichen werden<sup>600</sup>, da die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zwar bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit des MitbestG ein die Verhältnismäßigkeitsprüfung begrenzendes Moment sein kann. Auf der Ebene der seriösen funktionalen Analyse einer belastenden organisatorischen Regelung darf es hingegen nicht zur Immunisierung der Befürworter der Belastung gegen die Forderung nach verifizierbaren Argumenten verwendet werden<sup>601</sup>. Durch die Betonung der Entscheidungsfreiheit der Unternehmen werden im übrigen auch nicht legitime Arbeitnehmerinteressen einseitig zugunsten der Anteilseignerseite vernachlässigt, da erstere zum einen auf vertraglicher Ebene geschützt werden und eine dauerhafte Verankerung der Mitbestimmung in der Unternehmensverfassung, sofern diese überzeugend begründet werden könnte, von rational handelnden Unternehmensleitungen ohnehin vorgenommen werden würde.

## [3] Systemwidrigkeit der behaupteten Überwachungseffizienzsteigerung

Auch das Argument des durch die Unternehmensmitbestimmung erzielten Kontrollvorteils ist un schlüssig. Zum einen haben die Anteilseigner zur Kontrolle des Managements eigene Vertreter im Aufsichtsrat. Eine erhöhte Kontrolleffizienz durch die Arbeitnehmervertreter erfolgt zudem schon deshalb nicht, weil die Arbeitnehmerbank durch das Letztentscheidungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden bei einem Stimmenpatt gem. § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG keine von der Anteilseignerseite

---

598 Vorsichtiger v. *Werder*, AG 2004, S. 166, 169: „aus Praktikabilitätsgründen auszuklammern“.

599 I.E. auch *Schwalbach*, AG 2004, S. 166, 167.

600 So aber *Rehberg*, in: Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 6 Rn. 82.

601 Weiterführend *H.Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 107 f. (zur Präponderanz der Freiheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung staatlicher Eingriffsakte).

unabhängige Kontrollentscheidungen treffen kann. Der jedenfalls nach dieser Prämisse naheliegende Schluß, eine Ausweitung der Kontrollkompetenzen der Arbeitnehmervertreter zu befürworten, ist hingegen systemwidrig. Durch die Arbeitnehmermitbestimmung tritt nämlich zum einen zu einem bereits bestehenden Principal-Agent-Konflikt ein entsprechender Konflikt zwischen den Anteilseignern und den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat hinzu, der den Kontrollkostenanteil erhöht. Zum anderen wird aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ein Fremdkörper im institutionellen Steuerungsmodell der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft implementiert, da Nichtmitgliedern mitgliedschaftsähnliche Kontrollrechte eingeräumt werden. Das gilt wie gezeigt bereits für unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter<sup>602</sup>. Erst Recht systemfremd ist aber die Beteiligung externer Gewerkschaftsvertreter, deren Kontrollberechtigung selbst vom partizipationstheoretischen Ansatz nicht zu erklären ist, da diese Repräsentanten weder spezifische Humankapitalinvestitionen erbringen, die mit einer Kontrollpartizipation belohnt werden könnten, noch als Nicht-Betroffene Vertrauen in, ihre persönliche Lage völlig unberührt lassende, Managemententscheidungen entwickeln können. Der Aussage des BVerfG im Mitbestimmungsurteil, die nach §§ 7 Abs. 2, 16 Abs. 2 MitbestG zu wählenden Gewerkschaftsvertreter seien „noch gesellschaftsfremder“ als die Belegschaftsvertreter, ist daher beizupflichten<sup>603</sup>. Die anschließende Aussage, die Gewerkschaftsvertreter trügen zur Qualifikationssteigerung der Arbeitnehmerbank und zur Begrenzung eines möglichen „Betriebsegoismus“ bei, ist nicht unter Effizienzgesichtspunkten getroffen worden, sondern betraf die Frage, ob hierdurch eine Aussteuerung kurzfristiger Belegschaftsinteressen möglich ist. Eine effizienzsteigernde Wirkung hat das BVerfG der Unternehmensmitbestimmung keineswegs unterstellt. Gerade umgekehrt wird deutlich, daß es bei der Entsendung externer Gewerkschaftsvertreter offenbar nur um Binnenkorrekturen als Notlösung des Problems einer an sich systemfremden und ineffizienten Kontrollbeteiligung der Arbeitnehmer geht<sup>604</sup>.

#### [4] Verhinderung „interkollektiver Konflikte“ ?

Der behauptete Zusammenhang zwischen der gesetzlichen Unternehmensmitbestimmung und der in Deutschland im EU-Durchschnitt verhältnismäßig geringen Streikbereitschaft der Arbeitnehmer ist empirisch nicht zu belegen<sup>605</sup>. Nach für die alten EU-Mitgliedstaaten vor der Osterweiterung vorliegenden Zahlen vom April

---

602 Dazu unter § 2C.II.3.

603 BVerfG, a.a.O., (Fn. 47) S. 361.

604 Ganz deutlich im Sinne einer derartigen Gegensteuerung für die zwingende Repräsentation der leitenden Angestellten nach § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG auch *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 191.

605 So auch *Pistor*, Handbuch CG, S. 157, 166; *Rebhahn*, ZAAR, § 2 Rn. 50; *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 28.

2004<sup>606</sup> für Erhebungen aus den Jahren 1993 bis 2002 lag der EU-Durchschnitt bei 64 streikbedingten Fehltagen je 1.000 Arbeitnehmer. Deutschland lag mit fünf Fehltagen zwar zusammen mit anderen Mitgliedstaaten wie Österreich (ein Fehltag), Schweden (29 Fehltag) und den Niederlanden (19 Fehltag), die eine Organbeteiligung von Arbeitnehmern in Kapitalgesellschaften kennen, deutlich unter diesem Durchschnitt. Da aber mit Dänemark (177 Fehltag) und Finnland (110 Fehltag) weitere Mitgliedstaaten mit Organbeteiligung deutlich überdurchschnittliche Fehlzahlen aufwiesen und andererseits andere Mitgliedstaaten ohne Organbeteiligung wie Großbritannien (24 Fehltag), Belgien (22 Fehltag) und Portugal (22 Fehltag) deutlich unter dem EU-Durchschnitt liegen, ist die behauptete Korrelation nicht zu belegen. Daß insbesondere mit Italien und Spanien (131 Fehltag) zwei Mitgliedstaaten ohne Organbeteiligung der Arbeitnehmer an der Spitze lagen, ist seriös weniger mit der fehlenden Organbeteiligung als vielmehr mit einer kulturell bedingten höheren gesellschaftlichen Konfliktbereitschaft gegenüber der traditionell stärker institutionalisierten und konsensorientierten Konfliktkultur in Deutschland zu erklären<sup>607</sup>.

Hinter der Vorstellung eines Zusammenhangs von Streikzurückhaltung und Unternehmensmitbestimmung steht im übrigen die bereits abgelehnte Ansicht eines als Wirtschaftsdemokratie apostrophierten einheitlichen gesellschaftspolitischen Durchführungswegs der Mitbestimmung über die „Grundpfeiler“ der Koalitionsfreiheit, der Tarifautonomie und der Unternehmensmitbestimmung. Diese Vorstellung vernachlässigt im vorliegenden Zusammenhang, daß auch die Arbeitgeber und ihre Verbände Träger des Grundrechts der Koalitionsfreiheit sind und schon daher kein bruchloser Durchführungsweg zwischen kollektivrechtlichen Befugnissen und Organbeteiligung der Arbeitnehmer in der Kapitalgesellschaft nachzuweisen ist<sup>608</sup>. Schon das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil die Ansätze des Ringens der entgegengesetzten Interessen im Vorfeld der tariflichen Einigung einerseits und das Konsensprinzip der Unternehmensmitbestimmung andererseits unterschieden<sup>609</sup>. Der Arbeitskampf ist dieser Unterscheidung folgend als Ausfluß der Grundentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG die *ultima ratio* der Konfliktlösung eines Regelungsstreits zwischen tariffähigen Koalitionen und gegebenenfalls einzelnen Arbeitgebern um die ihrer Regelungsautonomie zugänglichen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen<sup>610</sup>. Hierzu gehören die in § 1 Abs. 1 TVG festgelegten Belange, nicht jedoch die Gestaltung der

---

606 Siehe UK Office for National Statistics, labor market trends april 2004, abrufbar unter: <http://www.statistics.gov.uk/articles>.

607 *Rebhahn*, ZAAR, § 2 Rn. 51.

608 *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 420; *Badura*, RdA 1976, S. 275, 281, sowie § 3B.II.2.c.[2][c] zur systematischen Bedeutung des Gegenmächtsprinzips; diese Trennlinie verwischt *Rüthers*, NJW 2003, S. 546, 547.

609 BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 371 f.

610 *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 170.1 Rn. 37 stellvertretend für die ganz h.M.; weiter nur *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 GG Rn. 316.

Unternehmensverfassung<sup>611</sup>. Daß in Deutschland mithin Streiks rechtmäßig nur um in diesem Sinne tariflich regelbare Ziele gem. § 1 Abs. 1 TVG geführt werden dürfen und der „politische“ Streik rechtswidrig ist<sup>612</sup>, daß also die Unternehmensmitbestimmung nicht erstreikbar ist, ist mithin weder eine Kompensation für die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat, noch läßt sich der umgekehrte Schluß halten<sup>613</sup>. Vielmehr ist dies die Folge der grundgesetzlich beschränkten Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien.

### 3. Keine Rechtfertigung für staatlich verordnete Mitbestimmung

Unterstellt, der empirische Nachweis der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der Unternehmensmitbestimmung sei aufgrund valider Vergleichsgruppendaten zu erbringen, so ist gleichwohl die Frage zu beantworten, ob der Gesetzgeber seine wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle derjenigen der Marktteilnehmer setzen, diesen mithin die Unternehmensmitbestimmung verordnen darf. Daß ein derartiges Vorgehen eine „Zwangsbeglückung“<sup>614</sup> der Unternehmen im Wege einer staatlich exekutierten Unternehmensberatung wäre, liegt auf der Hand, beantwortet die Frage nach der Legitimation staatlichen Handelns jedoch noch nicht. Das Grundgesetz selbst beantwortet die Frage weder ausdrücklich, noch implizit. Es kennt ebenso wenig wie die Vorgabe einer bestimmten Wirtschaftsordnung<sup>615</sup> einen Verfassungsauftrag zur Gewährleistung ökonomisch effizienter Märkte oder Unternehmen<sup>616</sup>. Festzuhalten ist damit, daß die Zwangsbeglückung mit Unternehmensmitbestimmung nichts anderes als verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgegebener rechtlicher Paternalismus<sup>617</sup> ist. Durch ihn wird in die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre der Anteilseigner sowie der betroffenen Unternehmen gem. Artt. 14 Abs. 1 (i.V.m. 19 Abs. 3) GG, 9 Abs. 1 GG eingegriffen. Dieser Eingriff ist vom Gesetzgeber des MitbestG mit dem Schutz der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer und der Beförderung des Demokratieprinzips im Organgefüge von Kapitalgesellschaften begründet worden. Absolut gesetzt, birgt derartiger rechtlicher Paternalismus, zumal wenn er mit der Schutzpflicht des Staates gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG begründet wird, erhebliche Gefahren für die Grundausrichtung der freiheitlichen Demokratie, die im Gegensatz zu anderen Staatsformen die Freiheit des Einzelnen bei der Suche nach individueller Wohlfahrt als oberste Maxime im Gegen-

---

611 *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417; *Beuthien*, ZfA 1988, S. 1, 9; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 55; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 48; a.A. *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 443 f.

612 *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht § 170.1 Rn. 37 f.

613 Ähnlich *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 400.

614 *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 29; *Roth*, ZGR 2005, S. 348, 365.

615 *Scholz*, Handbuch des Staatsrechts VI, § 151 Rn. 22 f.

616 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 445.

617 Zur Legitimation eines rechtlichen Paternalismus eingehend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 365 ff.

satz zu Fremdbestimmung und Zwangsbeglückung setzt<sup>618</sup>. Um die Uferlosigkeit staatlicher Beglückungsversuche zu begrenzen, müssen sich derartige Vorhaben an den Grundprinzipien der freiheitlichen Werteordnung selbst messen lassen. Mit anderen Worten ist, wie *Eidenmüller* nachgewiesen hat<sup>619</sup>, rechtlicher Paternalismus lediglich dann legitim, wenn er individuell freiheitsfördernd wirkt (Autonomieprinzip) oder unverfügbare Attribute der Persönlichkeit des Individuums definiert (Persönlichkeitsprinzip). Beides ist im Fall der zwingenden Verordnung der Unternehmensmitbestimmung nicht der Fall: Die zwingende Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG schließt privatautonom getroffene Vereinbarungen der Aktionäre über ein unterparitätisches Mitbestimmungsregime in der Satzung ebenso aus, wie interkollektive Vereinbarungen der Tarifparteien oder anderer Verhandlungsgremien<sup>620</sup>. Sie wirkt also insofern freiheitsbeschränkend, nicht freiheitsfördernd. Der Freiheitsgrad der einzelnen Arbeitnehmer in mitbestimmten Unternehmen wird durch das MitbestG ebenfalls nicht erhöht. Schließlich hat der einzelne Arbeitnehmer keine Einwirkungsmöglichkeiten auf Entscheidungen eines mitbestimmten Aufsichtsrats. Seine Einwirkungsrechte erschöpfen sich im Einfluß auf die personelle Zusammensetzung des Gremiums durch die Ausübung seines Wahlrechts gem. § 9 MitbestG<sup>621</sup>. Selbst dieser Einfluß ist jedoch dadurch beschränkt, daß gem. §§ 7 Abs. 2, 16 Abs. 2 S. 1 MitbestG je nach Unternehmensgröße zwei bis drei Arbeitnehmervertreter nur auf Vorschlag der Gewerkschaften gewählt werden können. Auch unverfügbare Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers werden durch die Unternehmensmitbestimmung nicht gesichert. Bereits das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil festgestellt, daß die Unternehmensmitbestimmung nur ein denkbarer, aber kein zwingender Durchführungsweg der Mitbestimmung ist und ein Grundrecht auf (Unternehmens-)Mitbestimmung abgelehnt<sup>622</sup>. Auch zum Schutz der privatautonom Gestaltungsfreiheit der Arbeitnehmer ist der Staat nicht berufen, unternehmensberatend tätig zu werden, da dieser Schutz, die behaupteten ökonomische Vorteile unterstellt, von rational handelnden Unternehmensträgern ohnehin gewährleistet würde. Es ist mithin, ohne daß bislang ein spezifisches Marktversagen in Märkten für freiwillige Vereinbarungen über Mitbestimmungsmodelle nachweisbar ist<sup>623</sup>, nicht zu rechtfertigen, daß der Staat sich berufen fühlt, die ökonomisch sinn-

---

618 Eingehend *Maihofer*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 12 Rn. 135 ff.; am Beispiel des wertediktatorischen Systems der ehemaligen DDR auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 373.

619 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 374 ff., 391.

620 Siehe § 5B.I.2.b.

621 *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 11.

622 Dazu bereits § 3B.I.2.

623 I.E. auch *Fleischer*, AcP 204 (2004), S. 502, 539; *Roth*, ZGR 2005, S. 348, 365 f. Die von Roth angeführten geringen Zahlen freiwillig eingeführter Mitbestimmungslösungen in Frankreich sind für sich genommen kein Argument für ein Marktversagen, sondern können eben auch auf tatsächlich fehlende ökonomische Vorteile der Unternehmensmitbestimmung zurückzuführen sein.

vollste Entscheidung den Parteien potentieller Mitbestimmungsvereinbarungen zu diktieren.

## V. Teilhabefunktion

Haben sich die der Unternehmensmitbestimmung vom Gesetzgeber und Teilen des Schrifttums beigemessenen Funktionen als nicht haltbar erwiesen, so bleibt als „Kondensat“ die Teilhabefunktion der Mitbestimmung. Daß durch Mitbestimmung, unabhängig von ihrer Verortung auf individual- oder kollektivvertraglicher Ebene oder der Ebene einer institutionell-repräsentativen Vermittlung durch Betriebsrat bzw. mitbestimmten Aufsichtsrat, eine Teilhabe des Arbeitnehmers an Entscheidungen des Arbeitgeber-Unternehmens ermöglicht wird, ist bereits im Wortsinn begründet und daher für sich genommen eine triviale Erkenntnis. Insoweit sind sich auch Mitbestimmungsbefürworter, ihre Kritiker sowie das BVerfG völlig einig<sup>624</sup>. Zu fragen ist hingegen zum einen nach dem hinter dem Teilhabegedanken stehenden materiellen Wertungsprinzip, da nur auf diese Weise der Geltungsgrund von Mitbestimmungsrechten und insbesondere ihre Grenzen ermittelt werden können. Zum anderen ist die formale Legitimationsgrundlage des spezifischen Durchführungswegs der Teilhabe über Repräsentanten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu begründen, da diese Aufschluß über Bestandskraft oder Entwicklungsfähigkeit des gegenwärtigen Modells der Unternehmensmitbestimmung gibt.

### 1. Schutzzweck als materielles Wertungsprinzip

Übertragen auf den konkreten Durchführungsweg der Teilhabe in mitbestimmten Unternehmen realisiert die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat eine Mitwirkung des von einer unternehmerischen Entscheidung Betroffenen an ihrem Zustandekommen. Zwar garantiert das MitbestG den Arbeitnehmern keine unmittelbare Teilhabe an der Geschäftsführung des Vorstands, da das MitbestG keinen mit dem Vetorecht des § 13 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG vergleichbaren gesetzlich garantierten Einfluß auf die Bestellung des Arbeitsdirektors als Vorstandsmitglied kennt<sup>625</sup>. In der Praxis hat freilich nicht zuletzt das Beispiel der Bestellung der IG Metall-Gewerkschafter *Hartz* und *Neumann* als Personalvorstände der *Volkswagen AG* gezeigt, daß ungeachtet des Fehlens derartiger Partizipationsgarantien der faktisch-personelle Einfluß der Gewerkschaften über den Aufsichtsrat mitbestimmter Aktiengesellschaften auch außerhalb der Montanindustrie längst im Vorstand angekommen ist<sup>626</sup>.

Über die vom Aufsichtsrat wahrgenommenen Bestellungs-, Beratungs- und Überwachungsfunktionen partizipiert die Belegschaft des mitbestimmten Unternehmens

---

624 Zusammenfassend BVerfG, a.a.O., (Fn. 47), S. 350.

625 *Raiser*, MitbestG, § 33 Rn. 1 f.

626 So auch *Klosterkemper*, FS Wissmann, S. 456, 466.

an einzelnen unternehmerischen Entscheidungen zudem mittelbar durch die Mitwirkung an der Bestellung der Vorstandsmitglieder gem. § 84 Abs. 1, 4 AktG, 33 MitbestG sowie unmittelbar durch die Beratung und Überwachung des Vorstands über dessen Berichtspflichten gem. § 90 AktG sowie über im Einzelfall zugunsten des Aufsichtsrats bestehende Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Zweck dieser Beteiligung der Arbeitnehmer kann nach der Verneinung aller anderen Ableitungsversuche nur der Schutz des Arbeitnehmers vor einer möglicherweise nachteiligen Fernwirkung der unternehmerischen Entscheidung auf den Fortbestand und die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsvertrags<sup>627</sup> sein.

#### a. Verhältnis von Schutzzweck und Teilhabefunktion

Der Schutz vor den das Vertragsverhältnis zum Arbeitgeber berührenden Fernwirkungen unternehmerischer Entscheidungen, etwa der Schließung von Produktionsstätten oder ihre Verlagerung ins Ausland soll durch die Teilhabe der Arbeitnehmer am Entscheidungsprozeß realisiert werden. Schutzzweck und Teilhabezweck unternehmerischer Mitbestimmung haben mithin eine komplementäre Funktion<sup>628</sup>. Diese Komplementarität folgt aus dem subjektiv-rechtlichen Hintergrund der Arbeitnehmerpartizipation an unternehmerischen Entscheidungen. Sieht man – in dieser Allgemeinheit wie gezeigt völlig zu Recht – die gesetzlich geschaffene Mitwirkung der von einer unternehmerischen Entscheidung Betroffenen an ihrem Zustandekommen als Ausdruck der grundgesetzlich gewährleisteten Achtung der Subjektstellung der Arbeitnehmer<sup>629</sup>, so wird nämlich deutlich, daß der Schutzzweck allein institutionalisierte Mitwirkungsformen der Betriebs- oder Unternehmensverfassung nicht hinreichend erklären kann, sondern des Teilhabegedankens bedarf, um eben dieser Subjektivität des Individuums gerecht zu werden<sup>630</sup>.

#### [1] Rechtfertigung des Schutzzwecks

Rechtfertigungsgrund des Schutzzwecks ist die potentielle Auswirkung einer Entscheidung auf das Arbeitsverhältnis des einzelnen Arbeitnehmers. Die Rechtfertigung einer Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen ist an sich naheliegend: Ist eine unternehmerische Entscheidung einmal gefallen, so greifen die sonstigen gesetzlichen Schutz- und Beteiligungsrechte des **einzelnen** Arbeitnehmers nur postventiv: Die Rechte etwa, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Arbeitgeber infolge eines Betriebsübergangs gem. § 613 a Abs. 6 BGB zu widersprechen oder nach §§ 1 ff. KSchG eine betriebsbedingte Kündigung durch Kündigungs- oder Änderungsschutzklage auf ihre Rechtswirksamkeit überprüfen zu

---

627 Rieble, ZAAR, § 1 Rn. 30.

628 Für die betriebliche Mitbestimmung Wiese, ZfA 2000, S. 117, 124; GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 85.

629 Zur weit hierüber hinausgehenden, abzulehnenden Vorstellung eines „Grundrechts auf Mitbestimmung“ siehe aber bereits § 3B.I.2.

630 Ähnlich Wiese, ZfA 2000, S. 117, 121 f. für die betriebliche Mitbestimmung.

lassen, sind erst gegeben, nachdem die unternehmerische Entscheidung bereits Auswirkungen auf das einzelne Arbeitsverhältnis (zumindest im Sinne einer konkreten Gefährdung des Status quo) gezeitigt hat. Gleiches gilt im Prinzip für das Anhörungsrecht des Betriebsrats im Vorfeld einer Kündigung gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG, welches zwar auch eine Art „präventiven Kündigungsschutz im Individualinteresse“<sup>631</sup> gewährleistet, aber voraussetzt, daß sich der Arbeitgeber im Grunde bereits zur Kündigung entschlossen hat, mag er infolge der Anhörung im Einzelfall auch noch von ihm abrücken können. Komplementär zum nachgelagerten Individualschutz vor Einwirkungen auf den Arbeitsvertrag kann die Unternehmensmitbestimmung als Form des Präventivschutzes durch Beteiligung an der kollektiven Entscheidungsebene des Aufsichtsrats gesehen werden.

## [2] Grenze des Schutzzwecks als Grenze der Teilhabefunktion

Damit ist gleichzeitig die Grenze der Teilhabefunktion markiert. Sachlich liegt sie in einer denkbaren Auswirkung unternehmerischer Entscheidungen auf die Arbeitsverhältnisse der beschäftigten Arbeitnehmer und der Möglichkeit, diese über die gesetzlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats steuern zu können. Unvereinbar hiermit ist die gegenwärtig nur durch die verfassungsrechtlich gebotene Grenze des letztentscheidenden Zweitstimmrechts des von der Anteilseignerseite bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden (§§ 31 Abs. 4 S. 1, 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG) eingeschränkte Mitwirkung an der Bestellung der Vorstandsmitglieder gem. §§ 25 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG, 84 AktG. Da insofern ein konkreter Bezug zu den Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer von vornherein ausscheidet, ist die Teilhabe an der Bestellung der Vorstandsmitglieder zweckwidrig. Die bloße Möglichkeit, daß sich einzelne zu bestellende Vorstandsmitglieder als „harte Sanierer“ entpuppen könnten, rechtfertigt eine Teilhabe an ihrer Bestellung keineswegs. Durch die Teilhabe der Arbeitnehmervertreter über die Berichtspflicht des Vorstands gem. § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG an einer konkreten Vorstandsplanung mit Personalbezug sowie über das durch § 111 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AktG dem Aufsichtsrat gewährte Recht, über Zustimmungsvorbehalte Einfluß auf bestimmte Arten von Geschäften, „welche die Vermögens-, Finanz-, oder Ertragslage der Unternehmens grundlegend verändern“<sup>632</sup>, zu gewinnen, sind vielmehr im Aktiengesetz bereits gegenwärtig Kriterien für einen sachgerechten Entscheidungsbezug der Teilhabe angelegt. Umgekehrt ist eine Beratung und Kontrolle des Vorstands bei Investitionsentscheidungen, Vermögens- oder Beteiligungsumschichtungen ohne derartige konkrete Auswirkungen auf Bestand und Entwicklung der Arbeitsverträge der beschäftigten Arbeitnehmer vor dem Hintergrund des Teilhabegedankens ebenso systemfremd wie

631 GK-BetrVG/Raab, § 102 Rn. 3.

632 So die ergänzende Formulierung in Nr. 3.3 S. 2 DCGK, die bereits von der Baums-Kommission empfohlen worden war, Baums, Kommissionsbericht, Rn. 35.

eine Beteiligung an der Festlegung der Vorstandsbezüge gem. § 87 AktG oder an der Abschlußprüfung. Diese Entscheidungen betreffen allein aus mitgliedschaftlichen Positionen der Anteilseigner folgenden Kontrollansprüche<sup>633</sup>.

Personell ist der Teilhabeanspruch zudem nur dann folgerichtig umgesetzt, wenn die potentiell von der Entscheidung Betroffenen über selbstgewählte Repräsentanten an der Entscheidung teilhätten. Die gegenwärtige „Zwangswahl“ von unternehmens-externen Gewerkschaftsvertretern auf Vorschlag der Gewerkschaften gem. §§ 7 Abs. 2, 16 Abs. 2 MitbestG überschreitet somit ebenfalls die Grenzen der Teilhabe-funktion<sup>634</sup>.

#### **b. Ausgleichsfunktion als spezifische Funktion „kollektiver Teilhabe“**

Zu kurz griffe es, die Teilhabe auf kollektiver Entscheidungsebene auf eine rein individualschützende Funktion der im Arbeitsvertrag zum Ausdruck gekommenen privatautonomen Entscheidung des Arbeitnehmers zu reduzieren.

#### **[1] Rechtfertigung durch Notwendigkeit des Interessenausgleichs**

Dies würde zum einen vernachlässigen, daß die Belegschaft eines Betriebes, erst Recht die Arbeitnehmerschaft eines Unternehmens oder gar mehrerer Konzernunternehmen keine interessenhomogenen Einheiten sind, sondern höchst heterogene, faktische Kollektive mit divergierenden Einzelinteressen oder Interessengruppen. Letztere können durch eine einheitliche Entscheidung des Aufsichtsrats unmöglich gleichzeitig voll zur Geltung gebracht werden. Ebenso stieße es auf unüberwindliche organisatorische Schwierigkeiten, wollte man jedem einzelnen Arbeitnehmer eine präventive Beteiligung an unternehmerischen Planungsentscheidungen mit möglicherweise nachteiliger Auswirkung auf sein Arbeitsverhältnis zuerkennen. Ein derartiges Verständnis der Teilhabe könnte überdies nicht erklären, warum bei Individualnützigkeit der Teilhabe ein „kollektiver“ Durchführungsweg über die Organbeteiligung im Aufsichtsrat gewählt worden ist.

Systemgerecht wäre in diesem Fall allein eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf individualvertraglicher Ebene etwa durch die Gewährung von Informations- und Mitwirkungsrechten, da die Rechtsordnung ansonsten ausschließlich individualschützende Verfahrensrechte nicht durch kollektive Gremien vermittelt. Der Schutz vertraglicher Selbstbestimmung wird von der Rechtsordnung schließlich durch die Möglichkeit richterlicher Kontrolle und Korrektur einseitiger Akte der Fremdbestimmung wie Leistungsbestimmungen des Arbeitgebers aufgrund der ihm zustehenden Direktionsbefugnis gem. § 315 Abs. 3 BGB realisiert<sup>635</sup>. Weitere Bestätigung er-

---

633 Siehe § 2C.II.3.a.

634 So auch *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 59.

635 *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 35.

führt der Individualschutz des Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers durch den Aufdrängungsschutz in § 613 a Abs. 6 BGB in Form des Widerspruchsrechts gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs<sup>636</sup>. Gleiches gilt für den Schutz vor einseitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch das Kündigungsschutzrecht, zumal dieses nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht auf den gesetzlichen Schutz im betrieblichen Anwendungsbereich des KSchG beschränkt ist, sondern in Gestalt eines Mindestschutzes auch unterhalb der Schwellenwerte des § 23 KSchG über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB in Kleinbetrieben Anwendung findet<sup>637</sup>. Auch die richterliche Inhaltskontrolle eines einseitig durch den Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrages insbesondere über § 307 BGB, welche mit der Abschaffung der Bereichsausnahme in § 23 AGBG seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1.1.2002 gem. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB möglich ist, sichert die Selbstbestimmung des Arbeitnehmers gegen vom Arbeitgeber diktierte Arbeitsbedingungen und damit gegen ein Übermaß der Fremdbestimmung und die hierdurch gestörte Vertragsparität<sup>638</sup>.

Selbst betriebsverfassungsrechtlich werden dem Arbeitnehmer durch die §§ 81 ff. BetrVG individuelle Anhörungs- und Beschwerderechte bei konkreten Auswirkungen betrieblicher Maßnahmen oder Zustände auf seinen Arbeitsplatz eingeräumt. Der Betriebsrat nimmt in diesen Angelegenheiten aber lediglich beratende Funktionen wahr. Zwar räumt § 85 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat das Recht ein, auch bei Individualbeschwerden eine Einigungsstellenentscheidung zu erzwingen. Hierdurch wird aber kein kollektives Mitbestimmungsrecht in individuellen Angelegenheiten geschaffen<sup>639</sup>, sondern nur die Durchsetzung eines individuellen Abhilfeverlangens des Arbeitnehmers erleichtert.

Die weitere Funktion der Teilhabe auf der kollektiven Ebene des Aufsichtsrats ist aber nicht allein den unüberwindlichen organisatorischen Schwierigkeiten der Beteiligung jedes einzelnen Arbeitnehmers an möglicherweise sein Arbeitsverhältnis beeinflussenden unternehmerischen Entscheidungen geschuldet. Im Vordergrund steht der Gedanke, daß durch die arbeitsteilige Organisation moderner Unternehmen der einzelne Arbeitnehmer in seiner Interessenwahrnehmung mit den Interessen anderer Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern in vielfältiger Weise konfligiert, mag es jedenfalls zeitweise auch zur Bildung großer Interessengruppen bei partieller Identität von Einzelinteressen (etwa Erhalt der Arbeitsplätze an einem bestimmten Standort) kommen. Diesem Bedürfnis nach Ausgleich der miteinander konfligierenden Einzelinteressen wird die Ausgleichsfunktion der Teilhabe durch ein kollektives

---

636 MünchHbArbR-Buchner, § 39 Rn. 31.

637 BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1BvL 15/87, BVerfGE, 97, S. 169, 178 (dort auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG gestützt); zustimmend Thüsing, FS Wiedemann, S. 559, 565.

638 Thüsing, FS Wiedemann, S. 559, 565; Rieble, ZAAR, § 1 Rn. 35.

Gremium gerecht<sup>640</sup>. Sie ist neben dem Individualschutzzweck mithin die zweite durch die Teilhabe im Kollektivgremium gewährleistete Funktion. Ausgleich bedeutet dabei immer auch, daß notwendigerweise einzelne Interessen zugunsten anderer Interessen zurückzutreten haben. Das dargestellte Bedürfnis nach Ausgleich der Interessen im Unternehmen rechtfertigt diese Unterordnung<sup>641</sup>. Der Interessenausgleich dient mithin dem Schutz eines Kollektivinteresses und ist so die spezifische Ausprägung der Schutzfunktion der Teilhabe durch ein Kollektivorgan. Dies gilt auf betrieblicher Ebene für den durch den Betriebsrat zu leistenden Interessenausgleich prinzipiell in gleicher Form wie für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat, da beide Mitbestimmungswege nicht nur historisch<sup>642</sup>, sondern auch funktional Teile eines einheitlichen Mitbestimmungszwecks sind. Ähnlichkeiten bestehen auch hinsichtlich des Verfahrens, durch welches der Interessenausgleich erreicht wird. Die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat ermittelt ähnlich wie der Betriebsrat auf betrieblicher Ebene<sup>643</sup> durch Ausgleich der divergierenden Individualinteressen der von ihm repräsentierten Arbeitnehmer des Unternehmens oder Konzerns ein Kollektivinteresse für die im Einzelfall zu treffende Entscheidung mit Teilhabebezug. Das durch Ausgleich der vertretenen Individualinteressen gefundene Kollektivinteresse ist im Anschluß daran in Einklang zu bringen mit den Interessen des Arbeitgeber-Unternehmens.

## [2] Grenzen der Ausgleichsfunktion als Grenzen der Teilhabefunktion

Die Ausgleichsfunktion auf Unternehmensebene ist durch die Verortung in einem Organ der Unternehmensverfassung systemimmanenten Schranken in Form der einheitlichen Entscheidungsmaxime der Aufsichtsratsmitglieder sowie des Konsensprinzips ausgesetzt.

### [a] Entscheidungsmaxime der Aufsichtsratsmitglieder

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind daran gehindert, das ermittelte, die Partikularinteressen der Arbeitnehmer des Unternehmens ausgleichende Kollektivinteresse in Situationen mit Teilhabebezug einseitig zu vertreten. Der Aufsichtsrat als Gesamtorgan sowie jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist nämlich an das „Wohl des Unternehmens“ bzw. das „Unternehmensinteresse“ gebunden. Das ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Aktiengesetz, ist aber als ungeschriebener Grund-

---

639 *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 85 Rn. 25; *Fitting*, § 85 BetrVG Rn. 12.

640 *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 36 (für die Unternehmensmitbestimmung); *Wiese*, ZfA 2000, S. 117, 122 ff.; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2, Rn. 57; *H. Hanau*, Individualautonomie, S. 105 ff. (jeweils für die betriebliche Mitbestimmung).

641 Für die betriebliche Ebene GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 86; *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 135, 148.

642 Siehe § 3A.II.

643 GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 86; *ders.*, ZfA 2000, S. 117, 123; a.A. *H. Hanau*, Individualautonomie, S. 109 f. (Ausdruck der Schutzfunktion)

satz allgemein anerkannt<sup>644</sup> und als Leitmaxime guter Corporate Governance in Abs. 4 S. 4 der Präambel sowie Nr. 3.1 des DCGK festgeschrieben. Auf den ersten Blick erscheint die Wahrnehmung der Ausgleichsfunktion durch Betriebsrat und mitbestimmten Aufsichtsrat somit identischen Grundsätzen zu folgen, da ersterer in § 2 BetrVG auch das „Wohl des Betriebs“ zu beachten hat. Mehrere grundlegende Unterschiede zwischen beiden Teilhabeebenen geben jedoch Anlaß, an der funktionsgerechten Wahrnehmung der Teilhabe durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu zweifeln. Zunächst sind die Arbeitnehmervertreter, anders als der Betriebsrat im Verhältnis zum Arbeitgeber<sup>645</sup>, durch die Koppelung an das Unternehmensinteresse an dieselben Entscheidungsparameter wie der Vorstand gebunden<sup>646</sup>. Dies geht über ein dem § 2 BetrVG entnommenes Obstruktionsverbot<sup>647</sup> weit hinaus. Auch der Aufsichtsrat als Organ und damit die Anteilseignervertreter in gleicher Weise wie die Arbeitnehmervertreter haben mithin ebenso wie der Vorstand den Vorrang der Anteilseignerinteressen an der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes zu beachten<sup>648</sup>. Das ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der zitierten Passagen des DCGK, der weder einen Unterschied zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, noch zwischen mitbestimmten und mitbestimmungsfreien Aufsichtsräten macht. Zum anderen erfordert die gesetzliche Allzuständigkeit aller Aufsichtsratsmitglieder für Fragen mit und ohne Teilhabebezug eine einheitliche Leitungsmaxime, um überhaupt die Handlungsfähigkeit des Gesamtorgans zu erhalten. Das bereits als Leitungsmaxime des Vorstands untaugliche Konkordanzprinzip zur Koordination grundsätzlich gegensätzlicher Gruppeninteressen ist auch für den Aufsichtsrat kein taugliches Steuerungsinstrument und somit aus denselben Gründen wie für den Vorstand auch für den Aufsichtsrat abzulehnen<sup>649</sup>. Aus dem jeweils gruppenbezogenen Wahlrecht für Anteilseignervertreter gem. §§ 8 MitbestG, 101 AktG und Arbeitnehmervertreter gem. §§ 15 f. MitbestG, 101 Abs. 1 AktG ist deshalb entgegen *Raiser* nicht zu folgern, daß die „Grenze für die Wahrnehmung von Partikularinteressen für Arbeitnehmervertreter weiter zu ziehen ist“<sup>650</sup>. Die Funktion des gruppenbezogenen Wahlrechts liegt vielmehr allein darin, daß sie eine Teilhabe der Arbeit-

644 Siehe nur *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 93 ff.; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 109 ff.

645 Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit dem § 2 Abs. 1 BetrVG ist ein auf das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezogene „Verfahrensmaxime“, welche die grundsätzlichen Interessengegensätze nicht verdecken kann und zudem nur die Organe der Betriebsverfassung, nicht aber die einzelnen Betriebsratsmitglieder bindet; *Fitting*, § 2 BetrVG Rn. 17, 21; GK-BetrVG/*Kraft*, § 2 Rn. 14.

646 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1096; *Mülbert*, ZGR 1997, S. 129, 142; *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 605; *Schilling*, BB 1997, S. 373, 376.

647 GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 2 Rn. 43.

648 *Marsch-Barner/Schäfer/Vetter*, Handbuch börsennotierte AG, § 29 Rn. 7; zuvor schon *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 95; *Wiedemann*, BB 1978, S. 5, 11.

649 Siehe dazu § 2B.I.2.b; a.A. Großkomm.AktG-*Oetker*, § 25 MitbestG Rn. 22; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 112.

650 *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 114; so auch *Henssler*, 50 Jahre BGH, S. 387, 419; zutreffend dagegen zuvor *Raiser*, FS Duden, S. 423, 428.

nehmer im Aufsichtsrat erst ermöglicht, da verhindert wird, daß die Arbeitnehmerbank von der Anteilseignerseite mitbestimmt wird. Der im Aufsichtsratsamt der Arbeitnehmervertreter angelegte Zwiespalt zwischen der Wahrnehmung von Teilhabeinteressen und der Verpflichtung auf die langfristige Steigerung des Unternehmenswerts wird so zum Dilemma, unter der die Teilhabefunktion notwendig leiden muß. So haben sich die Arbeitnehmervertreter bei einer unternehmerischen Entscheidung, die zwar den Unternehmenswert nachhaltig zu steigern verspricht, andererseits aber den Abbau wesentlicher Arbeitsplatzkapazitäten zur Folge hat, etwa der Entscheidung über die Übernahme von Teilen des „eigenen“ Unternehmens durch ein fremdes Unternehmen oder über eine Fusion mit einem anderen Unternehmen, wegen der Verpflichtung auf den Vorrang der Anteilseignerinteressen grundsätzlich für die Durchführung der Entscheidung zu entschließen, obwohl sie sich dadurch gegen die Interessen der von ihnen Vertretenen wenden würden<sup>651</sup>.

### **[b] Konsensprinzip als defizitäre Konfliktsteuerungsmaxime**

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der institutionellen Umsetzung der Ausgleichsfunktion der Teilhabe durch den Betriebsrat einerseits und den mitbestimmten Aufsichtsrat andererseits besteht in der verfahrensrechtlichen Durchsetzung des Kollektivinteresses. Im Aufsichtsrat bestimmt nämlich das Konsensprinzip anstelle des Vertragsprinzips den Ausgleich der Interessen mit der Arbeitgeberseite. Zwar drückt sich ein Konsens auch beim Vertragsprinzip im Verhandlungsergebnis in Form des Vertrags aus. Das hier gemeinte Konsensprinzip ist vom Vertragsprinzip aber dadurch zu unterscheiden, daß der Konsens nicht das Ergebnis des Verfahrens prägt, sondern bereits den Verhandlungsweg selbst. Die Tatsache, daß eine Einigung über Arbeitnehmerbelange mit den Anteilseignervertretern im selben Organ stattfinden muß, behindert nämlich eine offene Sachdiskussion beider Aufsichtsratsbanken und zuvor bereits die Einigung auf die jeweils einer Gruppe eigene Sachposition. In der Praxis werden dementsprechend die Verhandlungen des Gesamtaufwichtsrats als weit hinter der Diskussionskultur angelsächsischer, also mitbestimmungsfreier *Board*-Verhandlungen zurückbleibend und sogar diskussionsfeindlich wahrgenommen<sup>652</sup>. Folge dieser Entwicklung ist neben einer Beeinträchtigung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats<sup>653</sup>, insbesondere eine immanente Begrenzung der Teilhabefunktion. Aus verhandlungstheoretischer Sicht muß nämlich eine Organstruktur, in der Einzel- und Gruppeninteressen nicht getrennt nach Interessengruppen ausverhandelt werden, bevor ein Ausgleich mit der Gegenseite gesucht

---

651 Für Entscheidungen zulasten defizitärer, nicht sanierungsfähiger Konzernunternehmen auch *Windbichler*, *Arbeitsrecht im Konzern*, S. 556.

652 *Hoffmann/Preu*, *Aufsichtsrat*, Rn. 142 f.

653 v. *Werder*, *Kodex-Komm.*, Rn. 388; zur Konsequenz der Ablösung des Konsensmodells durch den Wandel der Managementparadigmen weiterführend *Oechsler*, *FS Wächter*, S. 29, 31 ff.; zu den Folgen für die Aufsichtsratsfunktionen im Einzelnen siehe § 4B.I.

wird, notwendig als defizitär angesehen werden: Entwicklung der eigenen Verhandlungsposition und Kompromißsuche fallen in dieser Organstruktur nämlich zusammen, so daß regelmäßig weder eine optimale Zuspitzung der Verhandlungsposition einer Gruppe (Anteilseignerbank wie Arbeitnehmerbank) erreicht wird, noch die Wahrnehmung von Minderheitspositionen wie etwa Interessen einzelner Standorte oder bestimmter Interessengruppen von Arbeitnehmern (z.B. Frauen, Pendler, Facharbeiter) gelingt<sup>654</sup>. Der *Schmidt-Rimpler* Erkenntnis über den Vertrag als verhandlungstheoretisches Optimum des Interessenausgleichs und der bestmöglichen Gewährung privatautonomer Entscheidungsrechte<sup>655</sup> zugrunde liegenden Prämisse getrennter Verhandlungsebenen wird das Konsensprinzip im paritätisch besetzten Aufsichtsrat mithin nicht gerecht.

Zwar darf nicht übersehen werden, daß auch den Verhandlungspartnern in bipolaren Vertragsverhandlungen Einigungshindernisse in multipler Form begegnen können, die neben rational-wirtschaftlichen Gründen regelmäßig insbesondere auf Kommunikationsstörungen hinsichtlich der maßgeblichen Verhandlungsposition und Interessenlage der jeweiligen Gegenseite sowie auf sonstige kognitions- und sozialpsychologische Störungen zurückgeführt werden können<sup>656</sup>. Im Unterschied zu paritätisch besetzten Verhandlungsgremien können Parteien in bipolaren Vertragsverhandlungen aber zumindest die eigene Interessenlage „gegnerfrei“ ermitteln, wogegen Erstere regelmäßig **zusätzlich** zum Problem der fehlenden Gegnerfreiheit des Verhandlungsgremiums auch den als Einigungshindernis in bipolaren Verhandlungen identifizierten Kommunikationsstörungen ausgesetzt sind.

Im Betriebsverfassungsrecht regiert demgegenüber grundsätzlich das Vertragsprinzip, da in Fällen der Ausübung paritätischer Mitbestimmungsrechte oder auf freiwilliger Grundlage eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als gegnerfreien, getrennten Organen der Betriebsverfassung vertraglich formlos in eine Regelungsabrede oder förmlich in eine Betriebsvereinbarung mündet, sofern nicht die Einigungsstelle bei Verhandlungsversagen der Parteien gem. § 76 BetrVG den Regelungsstreit kraft gesetzlicher Regelungskompetenz durch Beschluß entscheidet. Bezeichnenderweise hat die Kodex-Kommission in Nr. 3.6 DCGK in Form einer Anregung getrennte Vorverhandlungen der Aufsichtsratsbänke mitbestimmter Aufsichtsräte vorgesehen, um den genannten Defiziten zu begegnen und das Konsensprinzip durch Entflechtung der Interessengegensätze dem Vertragsprinzip anzunähern<sup>657</sup>. Die große Umsetzungsdichte der Anregung in deutschen Unternehmen im Jahr 2004 belegt das Bedürfnis mitbestimmter Aufsichtsräte nach im Ansatz

---

654 Ähnlich *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 37.

655 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130, 152 f.: „wechselseitige Einwirkung zum Richtigen hin“.

656 Weiterführend hierzu die empirische Studie von *Leiss* zu Zweck und Erfolgsaussicht von Mediationsverfahren im Wirtschaftsrecht, vgl. *Leiss*, Effizienz außergerichtlicher Verfahren, insbes. S. 127 ff.

657 v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 404.

getrennter Suche nach einem Interessenausgleich<sup>658</sup>. Die Kritik an dieser Entwicklung, die hierin die Gefahr einer Beförderung des „Denkens in Bänken“ und einer „Spaltung des Aufsichtsrats“ sieht<sup>659</sup>, ist, sofern man sie auf die Teilhabefunktion der Unternehmensmitbestimmung bezieht, unbegründet, da sie lediglich phänomenologisch die Prämisse des Vertragsprinzips beschreibt, ohne es allerdings als wirksamste Form des Interessenausgleichs zu erkennen. Richtig ist nur, daß sich durch die Einführung getrennter Vorbesprechungen der beiden Gruppen an der defizitären, konsensorientierten Organstruktur nichts ändert, sondern nur an den Symptomen des Problems kuriert wird.

### **c. Kernbereich unternehmerischen Handelns als äußerste Grenze der Teilhabe**

Die äußerste Grenze jeder Teilhabe der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen ist ohnehin durch die Hauptversammlungszuständigkeit für Liquidationsentscheidungen gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 8, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG sowie für die Umwandlung als liquidationsähnliche Strukturmaßnahme gem. § 119 Abs. 1 AktG, die Änderung des Gesellschaftszwecks gem. §§ 23 Abs. 3 Nr. 2, 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG oder eine Sitzverlagerung ins Ausland §§ 5 Abs. 1, 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG und ähnlich weitreichende Strukturmaßnahmen<sup>660</sup> gekennzeichnet. Diese Abgrenzung läßt sich nicht allein als formalrechtliche Zuständigkeitszuordnung zur Herstellung einer Machtbalance der Organe in der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft verstehen<sup>661</sup>, sondern ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Mindestschutzes der Anteilseigner wie der Unternehmen, die über die grundlegenden Strukturmaßnahmen ihrer Unternehmung mitbestimmungsfrei entscheiden können müssen. Dieses Prinzip wird zudem in § 32 MitbestG für die Ausübung von Beteiligungsrechten mitbestimmter Konzernobergesellschaften an ebenfalls mitbestimmten Untergesellschaften zur Vermeidung einer kaskadenartigen Kumulation von Mitbestimmungsrechten aufgegriffen und damit aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht bestätigt. Der Durchführungsweg des § 32 MitbestG über die künstliche Trennung der Aufsichtsratsbänke und die alleinige Ermächtigung der Anteilseignerbank zur Ausübung der Beteiligungsrechte an der Untergesellschaft macht aber ebenfalls deutlich, daß jede Mitbestimmung im Unternehmen, die den Kernbereich unternehmerischen Handelns unberührt lassen muß, den von ihr verfolgten Schutzzweck nur

---

658 Die Akzeptanz der Empfehlung lag laut v. *Werder/Talaulicar/Kolat*, DB 2004, S. 1377, 1381 unter den DAX-Unternehmen bei 96,4%, bei 83,3% im Tec-DAX 71% im MDAX, 73,1% im SDAX, 78,9% im Prime Standard und 56,7% im General Standard.

659 Derartige Bedenken äußern neben den erkannten Vorteilen des Vertragsprinzips *Hoffmann/Preu*, Aufsichtsrat, Rn. 142 und v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 406.

660 Dazu *MüKoAktG-Kubis*, § 119 Rn. 41. Ähnliches gilt wie gezeigt (§ 2C.II.2.b.[2]) für das „unternehmerische Kerngeschäft“ des Vorstands, freilich mit der bedeutenden Ausnahme, daß der Aufsichtsrat einzelne Maßnahmen gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG an seine Zustimmung koppeln kann.

661 *Hüffer*, AktG, § 119 Rn 1.

unvollkommen erreicht<sup>662</sup>. Vom Schutzzweck der Teilhabe her gedacht, sind es nämlich gerade die genannten mitbestimmungsfreien Entscheidungen, die besonders weitgehende Auswirkungen auf Bestand und Entwicklung des Arbeitsvertrags haben. Im eigenen Regelungssystem des Mitbestimmungsgesetzes ist die von § 32 MitbestG vorgenommene Trennung der Entscheidungskompetenzen im übrigen ebenfalls systemwidrig, da das Konsensprinzip (wegen der verfassungsrechtlichen Schranken notwendigerweise) aufgebrochen werden muß<sup>663</sup>.

#### d. Abkehr vom Ordnungsgedanken

Vom Gedanken, daß Mitbestimmung in Kollektivorganen wie Betriebsrat oder Aufsichtsrat<sup>664</sup> Ordnungsfunktionen erfüllt, ist aufgrund der erläuterten Teilhabedimensionen der Mitbestimmung Abstand zu nehmen<sup>665</sup>. Soweit mit der Ordnungsfunktion neben der Ordnung des Verhältnisses von Arbeitnehmer und Arbeitgeber die „Koordination der Arbeitnehmerinteressen untereinander“<sup>666</sup> verstanden wird, ist dieser Aspekt mit der Ausgleichsfunktion kollektiver Teilhabe identisch und besteht daher eine rein terminologische Differenz. Aus Gründen terminologischer Klarheit sollte man sich vom Begriff der Ordnungsfunktion in diesem Zusammenhang gänzlich lösen, da der Begriff des Ausgleichs genauer benennt, worum es der Mitbestimmung geht. Soweit aber die Ordnungsfunktion im erstgenannten Sinne mit der Ordnung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber etwa durch den Betriebsrat als „Organ der Betriebsgemeinschaft“ mit dem Zweck der Herstellung von „Ruhe und Ordnung im Betrieb“ verstanden wird<sup>667</sup>, wird hiermit ein korporatives Verständnis der Betriebs- oder Unternehmensbelegschaft als rechtlich verfaßter Zwangsgemeinschaft vertreten. Die so verstandene Ordnungsfunktion wäre nichts anderes als Ausdruck einer der Belegschaft als körperschaftsähnlicher Gemeinschaft im Rahmen funktionaler Selbstverwaltung verliehenen Regelungsautonomie. Sie führt zurück auf die Vorstellung einer qua Demokratieprinzip legitimierten Selbstverwaltungsbefugnis. Daß weder die Belegschaft des Unternehmens noch die des einzelnen Betriebs körperschaftliche Strukturen aufweisen und hierauf gegründete mitgliedschaftliche Selbstverwaltungsrechte mithin nicht zu rechtfertigen sind, ist aber ebenso wie die gefährliche Uferlosigkeit einer derartigen demokratischen Scheinlegitimation bereits dargelegt worden. Eine Ordnungsfunktion im genannten

662 Zu weiteren Argumenten gegen das Konzept des § 32 MitbestG siehe § 4A.III.

663 I.E. zutreffend auch *Raiser*, MitbestG, § 32 Rn. 3.

664 Speziell für die Unternehmensmitbestimmung: BegrRegE MitbestG, BT-Drucks. 7/2172 S. 17.

665 Ablehnend i.E. auch *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 182 ff., 843; *Wiese*, FS Kissel, S. 1269, 1279 Fn. 51, 1280 (jeweils zu Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung).

666 So *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 507 f., der selbst aber beide Aspekte für Funktionen der (betrieblichen) Mitbestimmung hält; auch schon *Canaris*, AuR 1966, S. 129, 130 f. zum BetrVG 1952; *Kreutz*, Betriebsautonomie, S. 198 f. identifiziert die Ordnungsfunktion mit dem Interessenausgleich der Arbeitnehmer untereinander.

Sinn kommt demzufolge weder der betrieblichen Mitbestimmung, noch der Unternehmensmitbestimmung zu.

## 2. Vertragsrechtsakzessorietät der Mitbestimmung als zweites Wertungsprinzip

Ist die Teilhabefunktion der Mitbestimmung einmal auf ihren materiellen Kern, das Schutzprinzip gegenüber dem einzelnen qua Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen verbundenen Arbeitnehmer und dem durch Interessenausgleich der Partikulärinteressen gefundenen Kollektivinteresse der Arbeitnehmer des Unternehmens zurückgeführt, so tritt das von *Reichold* für die Betriebsverfassung entwickelte, hinter dieser Schutzfunktion stehende Prinzip der Vertragsrechtsakzessorietät als zweites Wertungsprinzip der Mitbestimmung deutlich hervor<sup>668</sup>.

Weder die Existenz eines Betriebsrats, noch eines mitbestimmten Aufsichtsrats oder gar die faktische Eingliederung des Arbeitnehmers in arbeitsteilige Prozesse des Betriebs oder Unternehmens können wie gezeigt den Gedanken mitgliedschaftsähnlicher Beteiligungsrechte des Arbeitnehmers im Unternehmen plausibel machen und die Bedeutung des Arbeitsvertrags als Ausgangs- und Bezugspunkt jeden Teilhabeanspruchs zurückdrängen<sup>669</sup>. Die individualschützenden arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer sowie die den Arbeitsvertrag voraussetzenden gesetzlichen Schutzpflichten und die durch eine entsprechende gesetzliche Anordnung gewährleistete justizielle Kontrolldichte gegenüber Weisungen des Arbeitgebers, vorformulierten Vertragsbedingungen und Kündigungen werden durch die Partizipation des Arbeitnehmers mittels kollektiver Gremien ergänzt. Das akzessorische Verhältnis kollektiver Partizipationsformen zum Arbeitsvertrag läßt sich nicht mit dem Argument verdrängen, sie seien keine Antwort auf eine vertragliche, als vielmehr auf eine betriebliche- oder Unternehmensabhängigkeit, da beide Ebenen miteinander verschränkt sind und sich schlechthin nicht völlig trennen lassen. Nichts anderes bedeutet Akzessorietät. Die Voraussetzung der Wahrnehmung der Ausgleichsfunktion der Teilhabe auf kollektiver Ebene ist die Festlegung der Essentialia der Leistungsbeziehung durch die Parteien des Arbeitsvertrags. Diese Individualautonomie ist gleichzeitig Grenze des Ausgleichsanspruchs. Auf betrieblicher Ebene wird dies durch das arbeitnehmer-

---

667 *Rüthers*, Mitbestimmungsrecht, S. 7, 34 f.; BAG, Urt. v. 7.9.1956 – 1 AzR 646/54, BAGE 3, S. 207, 213.

668 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 486 ff.: zur Betriebsverfassung, S. 526 ff.: als systemübergreifendes Wertungsprinzip; zuvor schon *Beuthien*, ZfA 1988, S. 1, 14; zustimmend *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1418 ff.; auch *Wiese*, FS Kissel, S. 1269, 1284; als allgemeines Prinzip der Mitbestimmung ebenfalls identifiziert von *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 9 = AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG.

669 Siehe § 2C.II.3.

schützende Günstigkeitsprinzip als bedingtem<sup>670</sup> Freiraum für privatautonome Gestaltungen jenseits zwingender betriebsautonomer Gestaltungen sowie durch den persönlichkeitsrechtlichen Schutz kollektivfreier Individualsphären des Arbeitnehmers belegt. Gleiches gilt umgekehrt für die dem Arbeitgeber als Ausfluß von Art. 12 Abs. 1 GG zustehende Einstellungs- und Kündigungsautonomie. Mit anderen Worten dient die Ausgleichsfunktion der kollektiven Teilhabe auf betrieblicher Ebene der Herstellung einer Gleichbehandlung und Verteilungsgerechtigkeit in Ergänzung einer im Kern mitbestimmungsfreien Entscheidung des Arbeitgebers unter Einwirkung auf die vertragliche Leistungsbeziehung, etwa der Entscheidung des Arbeitgebers, eine arbeitslohnbezogene Sozialleistung zu gewähren oder zu erhöhen<sup>671</sup>. Neben dem Leistungsinteresse schützt die kollektive Teilhabe auf betrieblicher Ebene das Integritätsinteresse der Arbeitnehmer, wie besonders deutlich die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nrn. 7 und 8 belegen<sup>672</sup>. Hierbei geht es um die Intensivierung vertraglicher oder gesetzlicher Schutzpflichten des Arbeitgebers, der durch betrieblich-organisatorische Maßnahmen in besonderer Weise, nämlich gegenüber einer Vielzahl von betroffenen Arbeitnehmern, auf deren individuelle Schutzinteressen einwirkt. Die Akzessorietät der Teilhabe zum Arbeitsvertrag ist in derartigen Fällen nicht gelöst, sondern lediglich gelockert, da zwar nicht die vertragliche Primärleistungsbeziehung selbst betroffen ist, die durch die Teilhabe intensivierten Schutzpflichten des Arbeitgebers aber die vertragliche Bindung voraussetzen<sup>673</sup>.

Übertragen auf den Durchführungsweg der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, realisiert die Teilhabe ebenfalls den Schutz der Leistungsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Durch die präventive Beteiligung über die Informationsrechte des § 90 AktG und mögliche Zustimmungsvorbehalte des mitbestimmten Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bei grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen wie Standortvergrößerungen oder -verkleinerungen, Betriebsverlagerungen im In- oder ins Ausland oder weitreichenden Outsourcing-Entscheidungen, wird ein vorgelagertes Rücksichtnamegebot des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer installiert, den derartige Entscheidungen in seinem Interesse am Fortbestand und an der Weiterentwicklung seines Arbeitsvertrags betreffen. Dieses Rücksichtnamegebot wird durch den Aufsichtsrat unter Beteiligung der Arbeitnehmervertreter gegenüber dem die unternehmerische Entscheidung im Rahmen seiner Leitungskompetenz gem. § 76 AktG treffenden Vorstand wahrgenommen. Damit dient die Unternehmensmit-

---

670 Die Reichweite des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht ist im Einzelnen sehr streitig, dazu näher unter Darstellung des Meinungsstands *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 503 ff.; *Wiese*, ZfA 2000, S. 117, 138 ff.

671 Weitere Beispiele zu den Kompetenzen des Betriebsrats aus § 87 BetrVG bei *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 514 ff.

672 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 524.

bestimmung einem Schutzinteresse der Arbeitnehmer am Bestand der Leistungsbeziehung und ist folglich ebenfalls vertragsrechtsakzessorisch zu verstehen.

Das Wertungsprinzip der funktional zu verstehenden Vertragsrechtsakzessorietät ist damit das Korrelat zum materiell-rechtlichen Schutzprinzip der Teilhabe. Aus beiden Prinzipien kann eine ins Uferlose weisende scheidemokratische, verbandsrechtliche Begründung der Unternehmensmitbestimmung mit im Vordergrund stehenden Ordnungsaufgaben nicht abgeleitet werden.

### **3. Formale Legitimation der Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen**

Ist die Teilhabefunktion der Unternehmensmitbestimmung als der einzig sachlich begründbare Rechtfertigungsweg einer präventiven Partizipation an unternehmerischen Entscheidungen erkannt, so ist die Frage nach ihrer formalen Legitimationsbasis gegenüber den von ihren Wirkungen Betroffenen, mithin sowohl den Arbeitgeber-Unternehmen wie den beschäftigten Arbeitnehmern, zu beantworten. Durch die zwingende Unternehmensmitbestimmung wird nämlich wie gezeigt einerseits die Handlungsfreiheit der Unternehmensleitungen in ihrer Arbeitgeberposition beschränkt und andererseits über den Ausgleich der Partikularinteressen innerhalb der Belegschaften des Unternehmens auch die Position einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen beeinflußt, deren Interessen hinter dem gefundenen Kollektivinteresse zurücktreten müssen. Mitbestimmung und Fremdbestimmung gehen mithin in zweierlei Hinsicht Hand in Hand. Als Legitimationsgrundlage dieser Fremdbestimmung bieten sich zwei Begründungsansätze an. Zu prüfen ist, ob die Fremdbestimmung durch eine Beteiligung der Arbeitnehmer über die unmittelbare oder mittelbare Wahl ihrer Vertreter im Sinne einer „binnendemokratischen“ Legitimation gleichsam „von unten“ gerechtfertigt werden kann, oder ob allein der staatliche Geltungsbefehl durch den Erlaß des MitbestG eine taugliche Legitimationsgrundlage bildet.

#### **a. Wahl der Arbeitnehmervertreter als Legitimationsgrundlage**

Der Gedanke, daß das Recht der (inländischen) wahlberechtigten Arbeitnehmer, die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsvertreter gem. §§ 9, 10 ff., 15 MitbestG direkt oder im Wege der Delegiertenwahl zu bestimmen, als formelle Legitimationsgrundlage der Unternehmensmitbestimmung dienen muß, könnte sich aus der Übertragung entsprechender Vorstellungen zur Legitimation betrieblicher Rechtsetzung durch normativ wirkende Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) ergeben. Formal betrachtet liegt eine derartige Übertragung nicht fern, da der Gesetz-

---

673 Ähnlich *Fikentscher*, Schuldrecht, § 8 Rn. 31, S. 35 f.: „Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht ist nichts Sekundäres“.

geber des MitbestG gerade im Bereich des Wahlverfahrens umfangreiche Verweisungen auf die entsprechenden Vorschriften des BetrVG vorgenommen hat. So wird der Arbeitnehmer- und Betriebsbegriff des BetrVG durch § 3 i.V.m. § 9 MitbestG ebenso übernommen, wie die Wahlgrundsätze des § 14 Abs. 1, 2 S. 1 BetrVG und die Anforderungen an die Wahlberechtigung gem. § 7 BetrVG durch § 10 Abs. 1, 2 MitbestG aufgegriffen werden. Gleiches gilt für die Anforderungen an das passive Wahlrecht gem. §§ 7 Abs. 3, 10 Abs. 3 MitbestG i.V.m. § 8 BetrVG. Durch diese Verknüpfungen wird darüber hinaus inhaltlich auf die für die staatsverfassungsrechtliche Ebene die personell-demokratische Legitimation der Bundestagsabgeordneten sichernden Wahlgrundsätze der Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, § 12 BWG Bezug genommen.

In der Sache geht diese Vorstellung der formalen Legitimation **betrieblicher** Rechtsetzung auf eine Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 16.3.1956 zurück<sup>674</sup>, in dem dieser den persönlichen Anwendungsbereich einer Betriebsvereinbarung nur auf die jeweilige Aktivbelegschaft des Betriebs unter Ausschluß der aus dem Betrieb ausgeschiedenen Arbeitnehmer (im konkreten Fall: der Ruheständler) erstreckt hat. Begründet hat das BAG dies neben den selbstbezüglichen und damit untauglichen Kategorien des „Wesens“ und des „normativen Charakters“ einer Betriebsvereinbarung mit dem allein auf die Aktivbelegschaft beschränkten Wahlrecht der „Belegschaftsmitglieder“<sup>675</sup>. In einer neuen Entscheidung spricht das BAG nun auch explizit bei Wahlvorschlägen zur Aufsichtsratswahl von „demokratischer Legitimation“<sup>676</sup>.

Ein Teil des Schrifttums ist dem gefolgt und sieht im Wahlrecht allein oder jedenfalls ergänzend zur privatautonom-arbeitsvertraglichen Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb eine notwendige binnendemokratische Rückbindung der normsetzenden Gewalt des Betriebsrats an die Betriebsangehörigen als normbetroffenes „Wahlvolk“<sup>677</sup>. Dies werde zum einen dadurch bestätigt, daß der deutsche Gesetzgeber durch die Einbeziehung von länger als drei Monate im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmern gem. § 7 S. 2 BetrVG eine „Repräsentationslücke“ durch Ausweitung des Kreises der Wahlberechtigten geschlossen habe. Zum anderen habe der europäische Verordnungsgeber dem Wahlrecht der Betriebsbelegschaften in Art. 8

674 BAG, Großer Senat, Beschl. v. 16.3.1956 – GS 1/55, BAGE 3, S. 1 ff. = AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG.

675 BAG, a.a.O. (Fn 675), S. 5, 9; ausdrücklich aufrechterhalten durch Beschl. v. 13.5.1997 – 1 AZR 75/97 – EzA § 77 BetrVG Ruhestand Nr. 1, unter I 2 = AP Nr. 65 zu § 77 BetrVG 1972; zuletzt offen gelassen im Beschl. v. 28.7.1998 – 3 AZR 100/98 – EzA § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 18, unter B I 2 = AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Überversorgung; dazu jeweils kritisch *Kreutz*, ZfA 2003, S. 361, 365 ff., 375 ff.

676 BAG, Beschl. v. 25.5.2005 – 7 ABR 42/04, NZA 2005, S. 1250, 1252 = AP Nr. 1 zu § 20 MitbestG.

677 *Hänlein*, RdA 2003, S. 26, 28, 31: „Binnendemokratie als Kompensation für faktisch fehlende Vertragspartnerwahlfreiheit der Arbeitnehmer“; *Friese*, ZfA 2003, S. 237, 248 f.; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, S. 205 f. (alle jeweils für ergänzende Legitimation); *Zöllner*, Rechtsnatur der Tarifnormen, S. 19 (umfassende Legitimation); zuletzt auch GK-BetrVG/Kraft/Franzen, § 1 Rn. 64.

S. 2 der Freizügigkeitsverordnung EWG 1612/68 ein Gewicht beigemessen, welches sich kaum erklären ließe, wenn dem Wahlrecht nicht die behauptete legitimierende Funktion zukäme<sup>678</sup>.

#### **b. Staatlicher Geltungsbefehl als Legitimationsgrundlage**

Dieser Ansicht wird von anderen Autoren zunächst Inkonsequenz bezogen auf die normative Umsetzung ihrer Prämisse entgegengehalten<sup>679</sup>, da von normativ wirkenden Betriebsvereinbarungen ganz unstreitig zum einen auch Arbeitnehmer erfaßt würden, die mangels Volljährigkeit nicht wahlberechtigt seien oder die umgekehrt zwar wahlberechtigt, aber erst nach Abschluß der Betriebsvereinbarung in den Betrieb eingetreten seien. Zudem sei anerkannt, daß gem. § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG wie Betriebsvereinbarungen wirkende Sozialpläne auch bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer erfassen könnten. Im übrigen sei auch der Gesetzgeber der Betriebsverfassungsgesetznovelle des Jahres 2001 offensichtlich dem behaupteten Legitimationsmoment des Wahlrechts der Arbeitnehmer nicht gefolgt, da er die originäre Kompetenz von Gesamt- und Konzernbetriebsrat zum Abschluß normativ wirkender Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 4 S. 1 i.V.m. §§ 51 Abs. 5, 50 Abs. 1 S. 1 HS 2 BetrVG (Gesamtbetriebsvereinbarung) bzw. gem. § 77 Abs. 4 S. 1 i.V.m. §§ 59 Abs. 1, 51 Abs. 5, 58 Abs. 1 S. 1 HS 2 BetrVG (Konzernbetriebsvereinbarung) sogar auf Betriebe ohne Betriebsrat und die in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer erstreckt habe<sup>680</sup>.

Positiv gewendet sieht die Gegenposition<sup>681</sup> die hinreichende formale Legitimation betrieblicher Rechtsetzungsmacht allein in ihrer Anordnung durch den Gesetzgeber des BetrVG. Kraft seiner eigenen parlamentarisch-demokratischen Legitimation schaffe der Gesetzgeber Mitbestimmungsstrukturen, die dem Betriebsrat paritätische Mitbestimmungsrechte zuwiesen. Diese Rechte nehme der Betriebsrat gleichsam als „Vertragshelfer der Arbeitnehmer“<sup>682</sup> etwa durch den Abschluß einer Betriebsvereinbarung mit dem Arbeitgeber wahr. Damit werde durch die gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung sowohl eine verfahrensrechtliche Angemessenheitskontrolle der dem Arbeitgeber möglichen Einwirkungen auf die vertraglichen Interessen der Arbeitnehmer installiert, als auch der notwendige Interessenausgleich der Arbeitnehmerinteressen untereinander gleichsam mitgeregelt<sup>683</sup>. Das dementsprechend als

678 *Hänlein*, RdA 2003, S. 26, 31.

679 *Kreutz*, ZfA 2003, S. 361, 363f.; *ders.*, GK-BetrVG, § 77 Rn. 180.

680 *Kreutz*, ZfA 2003, S. 361, 364 Fn. 15; zur berechtigten Kritik an dieser systemwidrigen Ausdehnung betrieblicher Mitbestimmung GK-BetrVG/*Kreutz*, § 50 Rn. 48.

681 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 499, 542 ff., insbesondere S. 545; *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 31; *ders.*, Arbeitsmarkt, Rn. 1422, 1434; i.E. ähnlich, freilich ohne explizit vertragsakzessorischen Ansatz *Kreutz*, ZfA 2003, S. 361, 383 f.; *Loritz*, ZfA 1991, S. 1, 8.

682 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 549.

683 *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 545, der diesen Gedanken allerdings mit dem „Ordnungszweck“ identifiziert; anders *Rieble*, Arbeitsmarkt, Rn. 1423, der im Verhältnis zu den nur mittelbar von der

Teil der Privatrechtsordnung zu verstehende, arbeitnehmerschützende und vertragsrechtsakzessorische Mitbestimmungsrecht unterliege im übrigen keinem „Demokratiegebot“, das durch die Übertragung staatsverfassungsrechtlicher Wahlrechtsprinzipien verwirklicht werden könnte<sup>684</sup>. Aufgrund des einheitlichen Durchführungswegs von betrieblicher- und Unternehmensmitbestimmung sei eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Mitbestimmungslösung durch das MitbestG gerechtfertigt<sup>685</sup>.

### c. Stellungnahme

Die letztgenannte Position überzeugt. Der Wahlakt der Arbeitnehmer kann die Unternehmensmitbestimmung nicht legitimieren. Bereits im Ansatz griffe dies zu kurz, da wie gezeigt Legitimationssubjekt nicht nur die Unternehmensbelegschaft, sondern insbesondere auch das vom „Mitbestimmungseingriff“ betroffene Arbeitgeber-Unternehmen ist. Letzteres, bzw. genauer: die Kapitaleignerseite, bestimmt aber nach der Konzeption des MitbestG ihrerseits nicht die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat mit.

Das gegenteilige Konzept ist überdies lückenhaft, da es, wie die Vertreter eines entsprechenden Legitimationsanspruchs auf betrieblicher Ebene im übrigen selbst einräumen<sup>686</sup>, schlechthin die Er Streckung von Mitbestimmungskompetenzen von Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat auf betriebsratslose Betriebe nicht erklären kann.

Auch die Diskussion um die gewillkürte Betriebsverfassung nach § 3 BetrVG hat gezeigt, daß es der Gesetzgeber des BetrVG ist, der die Tarifvertragsparteien, freilich ungeachtet deren lediglich mitgliedsbezogener Legitimation zur Einsetzung eines Betriebsrats mit Wirkung auch für Nichtorganisierte ermächtigt<sup>687</sup>. Diese Fremdbestimmung wird nicht etwa durch die nachfolgende Wahl des Betriebsrats durch die Belegschaft „geheilt“, da sich die Arbeitnehmer der Normsetzungsgewalt betrieblicher Organe nicht individuell-autonom qua Wahlakt unterwerfen<sup>688</sup>. Hierzu müßte der einzelne Arbeitnehmer nämlich zunächst freiwillig eine mitgliedschaftliche Beitrittsentscheidung zur „Belegschaft als Zweckverband“ treffen. Daß Letztere insbesondere nicht qua arbeitsvertraglicher Bindung an das Arbeitgeber-Unternehmen

---

Freiheitsbeschränkung des Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmern keine legitimationsbedürftige Fremdbestimmung erkennen will.

684 Rieble, Zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, unveröffentlichtes Gutachten für die BDA, S. 22 f., zitiert nach GK-BetrVG/Kreutz, § 50 Rn. 48.

685 So deutlich allein Rieble, ZAAR, § 1 Rn. 31.

686 So Friese, ZfA 2003, S. 237, 249 Fn. 55; Hänlein, RdA 2003, S. 26, 31.

687 Zum Verfassungsrechtsstreit um § 3 BetrVG siehe GK-BetrVG/Kraft/Franzen, § 3 Rn. 69 f. m.w.N.

688 Insoweit zutreffend Rolf, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur, S. 194 f., der den Wahlakt auf Ebene der Unternehmensverfassung aber fälschlicherweise als „geeignete Legitimationsquelle“ ansieht. Demgegenüber zu Recht differenzierend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 79; Hüffer, AktG, § 23 Rn. 36.

erfolgt, ist an anderer Stelle bereits belegt worden<sup>689</sup>. Eine „kollektiv-autonome“ Entscheidung kann in der Wahl des Betriebsrats durch Mehrheitsentscheidung ebenfalls nicht gesehen werden, da die Wahlentscheidung lediglich die Unterwerfung unter den Mehrheitswillen dokumentiert. Letzterer ist für den Einzelnen aber nicht Ausdruck autonomer Selbst-, sondern heteronomer Fremdbestimmung<sup>690</sup>. Den Einigungsstellenspruch als Entscheidung einer staatlich verordneten Schlichtungsinstanz, deren Vorsitzender gem. § 76 Abs. 2 S. 2 BetrVG im Dissensfall staatlich implementiert wird und die gem. § 76 Abs. 5 S. 1 BetrVG auch allein auf Antrag des Arbeitgebers tätig wird, können gegenteilige Autonomiekonzepte überdies ohnehin nicht plausibel erklären<sup>691</sup>.

Auf der Ebene der Unternehmensmitbestimmung bestünde zudem eine entsprechende, bislang nicht geschlossene „Legitimationslücke“, da aufgrund des Territorialitätsprinzips<sup>692</sup> des MitbestG Belegschaften ausländischer Konzernunternehmen *de lege lata* nicht wahlberechtigt sind<sup>693</sup>. Der Gegenansicht ist zwar zuzugeben, daß weitere „Legitimationslücken“ wie die Altersschwelle der Volljährigkeit als Wahlrechtsbeschränkung und die Erstreckung der Wirkungen bereits erlassener Normen nach Eintritt des Normunterworfenen in ihren Geltungsbereich auf staatsrechtlicher Ebene nichts Ungewöhnliches ist, wie § 12 Abs. 1 BWG für das auf volljährige deutsche Staatsbürger beschränkte Wahlrecht auf Bundesebene exemplarisch zeigt. Der Vergleich mit dem staatsverfassungsrechtlichen Demokratieprinzip und seinen Ausflüssen im Wahlrecht der Bürger zu den Volksvertretungen ist aber schon deshalb untauglich, weil die Unternehmensmitbestimmung wie gezeigt derartige Funktionen nicht erfüllen kann. Der Vergleich macht im Gegenteil nur deutlich, daß hinter dem Legitimationsargument die alte Vorstellung eines gesamtgesellschaftlichen Demokratieprinzips steht. Die Unternehmensbelegschaft ist aber wie ge-

---

689 Siehe § 2C.II.3.b.[1] und § 2C.II.3.c (zur mitgliedschaftsrechtlichen Bedeutung von Belegschaftszugehörigkeit und Arbeitsverhältnis). Die zu § 3 BetrVG von *Thüsing*, ZIP 2003, S. 693, 696 vertretene a.A. führt zurück auf den abgelehnten Ansatz mitgliedschaftsrechtlicher Bedeutung der Belegschaftszugehörigkeit.

690 *Rolf*, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur, S. 195. Zur Verfassungswidrigkeit „sozial-autonomer“ Legitimationsmodelle siehe zudem bereits § 3B.II.2.a.[5].

691 So auch bereits *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung, S. 367.

692 Ganz h.M., stellvertretend *Großkomm.AktG-Oetker*, § 1MitbestG Rn. 17; a.A. *Lubitz*, Unternehmensmitbestimmung, S. 137 ff.

693 Kritisch *Fleischer*, AcP 204 (2004), S. 502, 542 f. unter Verweis auf die bereits von *Steindorff*, ZHR (141) 1977, S. 457, 460 f. geäußerten europarechtlichen Bedenken eines mittelbaren Verstoßes gegen das allgemeine Diskriminierungsgebot des (jetzigen) Art. 12 Abs. 1 EG; angedeutet auch bei *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 70; *Klebe/Köstler*, FS Wissmann, S. 443, 449 f.; ablehnend *Lubitz*, Unternehmensmitbestimmung, S. 128 ff.; zur „Kompensation“ in der Praxis *Seibt*, AG 2005, S. 413, 421. Da m.E. zum einen die Repräsentation oder Unterrepräsentation einzelner Belegschaftsteile im Aufsichtsrat schon keine Legitimationsfrage ist, da dem Wahlakt bereits keine quasidemokratische Legitimationswirkung zukommt und zum anderen die Beantwortung der Repräsentationsfrage auch keine erkennbaren Auswirkungen auf die Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen hat, wird das

zeigt weder „Teilvolk“ des Gesamtvolkes, noch eigenständiges „Wahlvolk“ in diesem Sinne. Die von *Hänlein* vertretene Vorstellung, die Mitbestimmung kraft Wahlaktes sei der faktischen Vertragsunfähigkeit der Arbeitnehmer geschuldet, die in der gegenwärtigen Lage des Arbeitsmarktes nicht in der Lage seien, sich bei empfundener Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber privatautonom für die „Exit-Option“, also das Verlassen des Unternehmens zu entscheiden, ist ebenfalls abzulehnen. Sie sieht im Wahlakt eine Form „repräsentativer Autonomie“. Der zu ihrer Begründung angeführte Vergleich mit einem „monopoloiden Verein“, bei dem aus grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates heraus binnendemokratische Strukturen gefolgert werden müßten, mit deren Hilfe die Interessen der vertragsunfähigen Vereinsmitglieder verwirklicht werden und damit eine „autonom-mitgliedschaftliche Legitimation“ erzeugt werden könnte<sup>694</sup>, geht an der Sache vorbei. Wie gezeigt, begründet das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer allein ebensowenig wie die Einbindung der Arbeitnehmer in betriebliche oder unternehmensinterne Kooperationsstrukturen einen körperschaftlich-mitgliedschaftlichen Beteiligungsanspruch. Im Prinzip könnte daher die allein kraft gesetzlicher Funktionszuweisung legitimierte Rolle des Betriebsrats oder der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat auch durch ein anderes Gremium wahrgenommen werden, da der Gesetzgeber in der Ausgestaltung des Teilhabeweges grundsätzlich Freiheit genießt. Die unabhängig von der Frage nach einer formalen Legitimationswirkung bestehende Bedeutung des Wahlaktes darf demgegenüber gleichwohl nicht verkannt werden. Einerseits ist dieser die einzig plausible Form, die Arbeitnehmervertreter durch die infolge ihrer Beteiligung an unternehmerischen Entscheidungen Geschützten zu bestimmen<sup>695</sup>. Zudem kann dieser Weg jedenfalls die Wahrscheinlichkeit einer breiten Akzeptanz der notwendigen Ausgleichsfunktion und der durch die Arbeitnehmervertreter ausgeübte Fremdbestimmung innerhalb der Belegschaften erhöhen. Einer derartigen Prognose<sup>696</sup> zu folgen oder nicht, ist aber Sache des Gesetzgebers, der durch seinen Gestaltungswillen den konkreten Mitbestimmungsweg legitimiert.

---

Problem im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter beleuchtet, sondern nur – wie hier geschehen – als Hilfsargument verwendet.

694 *Hänlein*, RdA 2003; S. 26, 31, unter Bezugnahme auf Reuters Forderung nach innerverbandlicher Opposition im monopoloiden Verein, *MüKoBGB-Reuter*, vor § 21 Rn. 71, 115.

695 Dies erklärt auch die von Hänlein besonders betonte Regelung des Art. 8 Abs. 2 der VO (EWG) 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABI. Nr. L 245 v. 26.8.1992, S. 1; eine weitergehende Dignität mißt der europäische Normgeber dem Wahlverfahren generell nicht bei, wie die Regelung des Art. 3 Abs. 2 lit. b der SE-RL (Nachw. in Fn. 260) zeigt, der die Ausgestaltung des Wahl- oder Bestellungsverfahrens zum besonderen Verhandlungsgremium allein den Mitgliedstaaten überläßt.

696 Kritisch zu einer absolut verstandenen „Legitimation durch Verfahren“ zu Recht *Loritz*, ZfA 1991, S. 1, 7 f.; ebenso wegen einer in der Praxis rapide abnehmenden Wahlbeteiligung *Schneevoigt*, ZfA 2005, S. 233, 241 f.

### **C. Zwischenergebnis**

Die Funktionen, die der Gesetzgeber und Teile der Literatur der Unternehmensmitbestimmung zugeordnet hatten, haben sich bis auf die Teilhabefunktion als nicht tragfähig erwiesen. Weder verfassungsrechtlich noch wirtschaftlich ist die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat geboten. Als Durchführungsweg der Teilhabe ist die Unternehmensmitbestimmung vertragsrechtsakzessorisch zu verstehen. Ihren materiellen Ausgangspunkt sowie eine innere Grenze hat sie in der möglichen Auswirkung unternehmerischer Entscheidungen auf den Bestand und die Fortentwicklung der arbeitsvertraglichen Bindung der Parteien. Weitere Grenzen sind in der verfassungsrechtlichen Freiheit der Gegenseite, der individualautonomen unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgeber-Unternehmens gem. Artt. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG, sowie den aufgrund von Art. 14 Abs. 1 GG teilhabefrei bleibenden Hauptversammlungskompetenzen zu sehen. Ein weiteres Hindernis für die effektive Wahrnehmung von Teilhabepositionen liegt in ihrer Verortung in einem Organ der Unternehmensverfassung, in dem Anteilseignervertreter wie Arbeitnehmervertreter umfassend für teilhaberelevante wie nicht teilhaberelevante Sachfragen zuständig sind. Arbeitnehmervertreter wie Anteilseignervertreter sind so einerseits derselben Entscheidungsmaxime ausgesetzt und können eigene Entscheidungspräferenzen schon nicht kompromißfrei bilden, wie es in einem gegnerfreien Beschlußgremium möglich wäre. Die formale Legitimation der Unternehmensmitbestimmung liegt im privatrechtsregulierenden Eingriff des Gesetzgebers. Der abzulehnende Begründungsansatz einer Legitimation qua Wahlakt führt zurück auf die bereits abgelehnte Übertragung demokratietheoretischer Konzepte.

## § 4 Konflikte zwischen dem Corporate Governance-System und der Unternehmensmitbestimmung

Nachdem das deutsche Corporate Governance-System in seiner rechtlich-institutionellen sowie seiner marktorientierten Dimension vorgestellt und eine Reduktion der funktionellen Ansprüche an die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG auf die Teilhabefunktion vorgenommen wurde, sind im Folgenden mögliche Konfliktfelder zwischen den Funktionen des Corporate Governance – Systems und der Realität mitbestimmter Aufsichtsräte zu untersuchen. Hierzu ist zunächst zu fragen, welche Folgen das regelmäßige Zusammentreffen von Mitbestimmungsstrukturen auf der Ebene der Betriebsverfassung mit solchen auf der Ebene der Unternehmensverfassung einer Aktiengesellschaft bzw. bei Unternehmensbeteiligungen mitbestimmter Gesellschaften an anderen mitbestimmten Gesellschaften das Zusammentreffen mehrerer geschlossener Mitbestimmungssysteme für die Leistungsfähigkeit des Corporate Governance-Modells hat. Sodann sind Funktionsdefizite mitbestimmter Aufsichtsräte aufgrund der grundsätzlich umfassenden Kompetenz der Arbeitnehmervertreter für sämtliche dem Aufsichtsrat gesetzlich zugewiesenen Aufgaben zu prüfen.

### A. Übererfüllung der Teilhabefunktion

Um eine mögliche Übererfüllung der Teilhabefunktion der Mitbestimmung in der mitbestimmten Aktiengesellschaft feststellen zu können, sind zunächst die Ebenen der betrieblichen Mitbestimmung aufgrund des BetrVG und der Unternehmensmitbestimmung aufgrund des MitbestG zu vergleichen. Zudem sind Unternehmensbeteiligungen mitbestimmter Aktiengesellschaften an anderen, ebenfalls mitbestimmten Unternehmen auf mögliche Kumulationen zu untersuchen.

### I. Kumulation von Teilhaberechten durch betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung

Die Diskussion um eine Kumulation der Mitbestimmungsebenen des BetrVG und des MitbestG bei von beiden Teilhabeebenen betroffenen Unternehmen ist bereits in den 1970er Jahren intensiv geführt worden<sup>697</sup>. Das Ziel der Debatte war damals freilich ein anderes, nämlich die wissenschaftliche Vorbereitung bzw. Begleitung des Mitbe-

---

697 Siehe die Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des MitbestG: *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 98 ff. (aus Unternehmens- und Verbändesicht), *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 168 ff. (Position der Bundesregierung); sowie die Gutachten von *Scholz*, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 67 ff. und *Raiser*, Grundgesetz, S. 24 ff. (jeweils im Auftrag der Bundesregierung); Literaturstimmen: *Raiser*, FS

stimmungsurteils des BVerfG vom 1.3.1979. Umstritten war daher insbesondere die Frage der Verfassungsmäßigkeit des MitbestG. Die Debatte um eine mögliche Kumulation der Teilhabe auf betrieblicher- und Unternehmensebene wurde hierbei um die Frage geführt, ob das Zusammentreffen beider Regelungsebenen zu einer „Überparität“ im Sinne eines gegen die Grundrechte der Anteilseigner bzw. der Unternehmen aus Artt. 14 Abs. 1, 9 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GG) verstoßenden Entscheidungsübergewichts der Arbeitnehmer führt<sup>698</sup>. Die Antwort des BVerfG hierzu ist negativ ausgefallen<sup>699</sup>. Auch insofern lohnt es in diesem Zusammenhang nicht, erneut die Verfassungsfrage zu stellen<sup>700</sup>. Zu beantworten ist vielmehr vor dem Hintergrund der Vereinbarkeit der Unternehmensmitbestimmung mit den Ansprüchen an eine gute Corporate Governance die Frage, ob eine mögliche Dopplung von Teilhaberechten die effektive Funktionswahrnehmung durch den Aufsichtsrat behindert.

### 1. Vergleichbarkeit der Mitbestimmungsebenen

Voraussetzung der Analyse einer funktionswidrigen Kumulation von Teilhaberechten ist die Vergleichbarkeit der Regelungsebenen des BetrVG und des MitbestG.

Daß historisch die Organisationsebenen der Teilhabe in Betrieb und Unternehmen als Subsysteme eines einheitlichen Durchführungswegs zu sehen sind, ist bereits begründet worden<sup>701</sup>. Aber auch funktional sind beide Mitbestimmungsebenen eng verwandt, da sie durch den bezweckten Individualschutz und Ausgleich divergierender Partikularinteressen einem einheitlichen materiellen Wertungsprinzip folgen. Auch der Gedanke der Vertragsrechtsakzessorietät als Ausgangspunkt und Grenze des Teilhabeanspruchs ist beiden Mitbestimmungssystemen gemeinsam.

Die organisatorischen Ebenen der betrieblichen Mitbestimmung weisen zudem einen engen Bezug zur Ebene des Unternehmens und mitunter des Konzerns auf<sup>702</sup>. So ist gem. § 47 Abs. 1 BetrVG in Unternehmen mit mehreren Betriebsräten zwingend ein Gesamtbetriebsrat zu bilden, welcher gem. § 50 Abs. 1 S. 1 HS 1 BetrVG originär für Angelegenheiten zuständig ist, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe

---

Duden, S. 423, 425 ff.; *Richardi*, AG 1979, S. 29, 34 ff.; *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 406 ff.; *Martens*, ZGR 1977, S. 422, 425 ff.; zusammenfassend *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 59.

698 Siehe dazu beispielhaft die entgegengesetzten Positionen von *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 129 ff. und *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 180 ff.

699 BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 327 f.

700 Demgegenüber jüngst erneut für Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung der Tarifautonomie *Klosterkemper*, FS Wissmann, S. 456, 464.

701 Siehe § 3A.II.

702 Da den betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsebenen des Gesamt- und Konzernbetriebsrats keine inhaltlich weitergehenden Kompetenzen als dem Betriebsrat zugewiesen werden, lassen sich Mitbestimmungskumulationen zunächst ohne Differenzierung nach der gesellschaftsrechtlichen Organisation als Unternehmen oder Konzern betrachten. Besonderheiten aufgrund mehrerer mitbestimmter Unternehmen in einem Unternehmensverbund werden unter § 4A.III dargestellt.

betreffen und die nicht auf Betriebsebene geregelt werden können. Zudem kann gem. § 54 BetrVG in Konzernen i.S.v. § 18 Abs. 1 AktG ein Konzernbetriebsrat gebildet werden, welcher in diesem Fall gem. § 58 Abs. 1 S. 1 HS 1 BetrVG originär für Angelegenheiten des Gesamtkonzerns oder mehrerer Konzernunternehmen zuständig ist, die nicht durch einzelne Gesamtbetriebsräte auf Unternehmensebene geregelt werden können. Die Unternehmens- und/oder Konzernleitung sieht sich somit auf derselben Entscheidungsebene, bei unterstellter Existenz und Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats, neben den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat einem oder mehrerer mit dem vollen Kompetenzkatalog erzwingbarer Mitbestimmungstatbestände des BetrVG versehenen Mitbestimmungsorgane konfrontiert<sup>703</sup>. Hinzu kommt, daß die jeweiligen Mitbestimmungsträger im Aufsichtsrat und auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene aufgrund der in der Praxis gegebenen, weitgehenden Personenidentität auch personell eng miteinander verflochten sind<sup>704</sup>. Unzutreffend ist daher die Feststellung im Bericht der „*Biedenkopf*-Kommission“ aus dem Jahr 1970, daß „die Mitbestimmung im Unternehmen [...] ihrem Ausgangspunkt, ihrem Gegenstand, ihrem Adressaten und damit auch ihrer normativen Qualität nach von der betrieblichen Mitbestimmung verschieden sei“<sup>705</sup>. Soweit hiermit eine typologische Reduktion der betrieblichen Mitbestimmung auf die Organisationsebene des Betriebs vorgenommen werden sollte, wäre diese Sicht wie gezeigt verkürzt und damit falsch. Sofern die Aussage lediglich auf die Trennung der Mitbestimmungsgesetze BetrVG und MitbestG bezogen sein sollte, wäre diese Betrachtung formal und selbstbezüglich, da es ja gerade die sachlich-kompetenziellen Zusammenhänge und Überlagerungen beider Mitbestimmungsebenen trotz ihrer formalgesetzlichen Trennung zu untersuchen gilt. Im Ergebnis besteht demgemäß auch in der Literatur Einigkeit darüber, daß eine abstrakte Trennung der Regelungsebenen in eine ausschließlich auf die Begrenzung der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers im Einzelarbeitsverhältnis und dessen Einordnung in die betriebliche Arbeitsteilung reduzierte betriebliche Mitbestimmung und eine ausschließlich die organisatorische und wirtschaftliche Strukturentscheidung beeinflussende Unternehmensmitbestimmung den funktionalen Zusammenhängen derartiger Ent-

703 Die wenigen Ausnahmen von diesem Prinzip betreffen v.a. den Konzernbetriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten, da dieser jedenfalls originär nicht für die Vereinbarung eines Interessenausgleichs oder Sozialplans zuständig ist und wegen § 107 Abs. 2 S. 2 HS 1 BetrVG und des Rechtsträgerbezugs auf das Unternehmen in § 106 ff. BetrVG auch keinen Wirtschaftsausschuß bilden kann, *Fitting*, BetrVG, § 58 Rn. 16 f.; a.A. *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 332 f. (Bildung nicht geboten, aber möglich gem. §§ 59 Abs. 1, 27 Abs. 3, 28 BetrVG).

704 *Klosterkemper*, FS Wissmann, S. 456, 465; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, Rn. 111; auch schon *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 133; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 434.

705 BT-Drucks. VI/334, S. 61.

scheidungen nicht gerecht werden kann<sup>706</sup>. Die Mitbestimmungsebenen nach dem BetrVG und dem MitbestG sind somit vergleichbar.

## 2. Mitbestimmungskumulation in wirtschaftlichen Angelegenheiten

Eine kompetenzielle Verflechtung beider Mitbestimmungsebenen liegt bereits terminologisch dort am nächsten, wo das BetrVG wie in seinem sechsten Abschnitt in den §§ 106 ff. die Teilhabe in „wirtschaftlichen Angelegenheiten“ regelt<sup>707</sup>. Ein weiteres terminologisches Indiz ist, daß - wenn auch mit Ausnahme des § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG - die in den §§ 106 ff. BetrVG vorgesehenen Teilhaberechte nicht mehr auf den „Arbeitgeber“, sondern auf den „Unternehmer“, also die natürliche oder juristische Person als Rechtsträger der Organisationsform Unternehmen<sup>708</sup> bezogen sind. Damit wird zwar in der Sache die Vertragsrechtsakzessorietät betriebsverfassungsrechtlicher Teilhaberechte zum Arbeitsvertrag nicht aufgelöst, aber zumindest angedeutet, daß die Teilhabe an wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens über die Gremien des BetrVG von ihrer aufgezeigten Primärfunktion, der Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers, gelöst ist. Statt dessen werden die organisatorischen Vorwirkungen einer unternehmerischen Entscheidung auf die Struktur des Betriebs und damit mittelbar auf die Arbeitsverträge der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer in Bezug genommen. Die Überschneidung dieser Funktion mit der dargelegten Teilhabefunktion der Unternehmensmitbestimmung, die ebenfalls eine Steuerung der Fernwirkungen unternehmerischer Entscheidungen auf Bestand und Fortentwicklung der Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer leisten soll, ist somit bereits auf den ersten Blick erkennbar. Da die Stärke der Beteiligungsrechte der §§ 106 ff. BetrVG aber differiert, ist zur Feststellung von Mitbestimmungskumulationen im Einzelnen zwischen den Kompetenzen des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 2 BetrVG und den Beteiligungsrechten des (Gesamt- oder Konzern-) Betriebsrats bei Betriebsänderungen gem. §§ 111 f. BetrVG zu unterscheiden.

---

706 *Richardi*, AG 1979, S. 29, 34; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 426 (stellvertretend für die Debatte der 1970er Jahre); *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn. 497; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 56; a.A. *Thüsing*, ZAAR, § 3 Rn. 21.

707 Auf die in grenzüberschreitend innerhalb der EU tätigen Unternehmen oder Unternehmensgruppen, für die gem. § 1 EBRG zusätzlich zu den Ebenen des BetrVG und des MitbestG Anhörungs- und Unterrichtsverfahren der Arbeitnehmer in grenzübergreifenden Angelegenheiten zu vereinbaren sind oder gem. §§ 21 ff. EBRG kraft Gesetzes ein Europäischer Betriebsrat gebildet wird, zusätzlich bestehenden Informationsrechte für grenzüberschreitende wirtschaftliche Angelegenheiten gem. § 32 EBRG wird lediglich hingewiesen, da sie sich mit dem Tatbeständen der §§ 106, 111 BetrVG weitgehend decken.

708 GK-BetrVG/*Oetker*, vor § 106 Rn. 9; *Richardi/Annus*, BetrVG, vor § 106 Rn. 12.

**a. Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses gem. § 106  
Abs. 1, 2 BetrVG**

Der in Unternehmen mit regelmäßig mehr als 100 Arbeitnehmern gem. § 106 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu bildende Wirtschaftsausschuß hat die Aufgabe, in § 106 Abs. 3 BetrVG exemplarisch aufgelistete wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Vorstand als dem die Arbeitgeberfunktion wahrnehmendem Organ (§ 78 AktG) zu beraten und den Betriebsrat hierüber zu unterrichten. Hierzu ist er gem. § 106 Abs. 2 BetrVG von der Unternehmensleitung einschließlich der Auswirkungen der einzelnen wirtschaftlichen Angelegenheiten auf die Personalplanung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. In die Katalogtatbestände des § 106 Abs. 3 BetrVG fallen insbesondere die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens (Nr. 1), zu welcher alle Liquiditäts- und rentabilitätsrelevanten Daten gehören, die für die unternehmerische Planung von Bedeutung sind<sup>709</sup>, die Produktions-, Absatz- und Investitionslage und -planung (Nrn. 2, 3) Rationalisierungsvorhaben (Nr. 4), die Veränderung von Fabrikations- und Arbeitsmethoden (Nr. 5), die Einschränkung, Stilllegung oder Verlegung von Betrieben oder Betriebsteilen (Nrn. 6, 7), Fusions- oder Spaltungsentscheidungen (Nr. 8) sowie Änderungen in Betriebsorganisation oder -zweck (Nr. 9). Ergänzt wird der Katalog durch die Generalklausel der Nr. 10, nach der auch sonstige Sachverhalte dem Wirtschaftsausschuß zwecks vorbereitender Beratung mit der Unternehmensleitung vorzulegen sind, sofern sie die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können. Zwar ist für die in den Nrn. 1-9 genannten Tatbestände nicht erforderlich, daß die wirtschaftlichen Angelegenheiten die Interessen der Arbeitnehmer wesentlich berühren können, wie aus dem Umkehrschluß zu Nr. 10 folgt. Doch ist der Gesetzgeber bei den Tatbeständen der Nrn. 1-9 implizit davon ausgegangen, daß derartige Angelegenheiten „beschäftigungssensibel“ sind, da sie regelmäßig Fernwirkungen auf Bestand und Entwicklungsmöglichkeit der Arbeitsverhältnisse im Unternehmen haben, so daß eine eigenständige Prüfung der Auswirkungen auf Arbeitnehmerinteressen innerhalb der einzelnen Tatbestände entbehrlich ist<sup>710</sup>. Sofern eine Maßnahme Auswirkungen auf die Personalplanung hat, sind diese vom Unternehmer gem. § 106 Abs. 2 a.E. BetrVG im Bericht an den Betriebsrat darzustellen. Eine Unterrichtungspflicht wird allerdings gem. § 106 Abs. 2 BetrVG nur ausgelöst, soweit nicht infolge der Unterrichtung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens gefährdet werden. Eine willkürliche Steuerung des Unterrichtungsumfangs gegenüber dem Wirtschaftsausschuß ist aufgrunddessen durch die Unternehmensleitung jedoch nicht möglich, da das negative Tatbestandsmerkmal des Geheimnisses allenfalls indiziell durch die Erklärung eines Geheimhaltungsbedarfs determiniert wird. Ansonsten ist ein objektiv begründetes, zumindest

---

709 *Fitting*, BetrVG, §106 Rn. 37.

710 GK-BetrVG/*Oetker*, § 106 Rn. 42; *Fitting*, § 106 BetrVG Rn. 33.

wesentliches Geheimhaltungsinteresse zu fordern<sup>711</sup>, da andernfalls der Tatbestand des § 106 BetrVG weitgehend leerlaufen würde.

Aktienrechtlich sind die Berichtspflichten des Vorstands in § 90 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-4 AktG geregelt. Insbesondere hat dieser gem. Nr. 1 über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung zu berichten, wozu der Gesetzgeber ausdrücklich neben der Finanz- und Investitionsplanung auch die Personalplanung zählt. Selbst wenn man sich angesichts der unkonkreten Gesetzesfassung auf eine enge Auslegung der Nr. 1 zurückziehen sollte und vom Vorstand nur die Offenlegung der entsprechenden Budgetplanung ohne Darlegung inhaltlicher Planungsparameter verlangen sollte<sup>712</sup>, ergeben sich Überschneidungen zumindest mit den wirtschaftlichen Angelegenheiten gem. § 106 Abs. 3 Nrn. 1-3 BetrVG, wobei aus der Budgetplanung regelmäßig ohnehin zumindest Rückschlüsse auch auf andere geplante Maßnahmen i.S.v. § 106 Abs. 3 Nrn. 4-10 BetrVG zu ziehen sein werden. Zudem hat der Vorstand gem. § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG laufend über wesentliche Einzelmaßnahmen, also Geschäfte, die für Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, zu berichten. Hierzu gehören nach der Gesetzesbegründung beispielsweise der Erwerb oder die Veräußerung eines Betriebs- oder Betriebsteils, die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Gründung oder Schließung einer Zweigniederlassung oder die Übernahme eines größeren Auftrags<sup>713</sup>. Die Überschneidung mit den Tatbeständen der Nrn. 6-10 des § 106 Abs. 3 BetrVG ist hier offensichtlich. Zudem kann der beispielhaft genannte Katalog der Berichtspflichten des Vorstands ohne weiteres auf Rationalisierungsmaßnahmen oder Produktionsmethodenänderungen nach § 106 Abs. 3 Nrn. 4 und 5 BetrVG ausgedehnt werden, da § 90 Abs. 1 Nr. 4 AktG lediglich einen Rentabilitäts- oder Liquiditätsbezug der Maßnahme fordert, ohne den Gegenstand der Maßnahme selbst im Einzelnen zu bestimmen. Wann ein solcher Bezug gegeben ist, hängt von der Größe des Unternehmens ab<sup>714</sup>. In Konzernverhältnissen erstreckt sich die Berichtspflicht gem. § 90 Abs. 1 S. 2 AktG auch auf Tochter- und Gemeinschaftsunternehmen und geht damit sogar über die auf das Unternehmen als Rechtsträger bezogene Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses hinaus.

Der Vorstand kann zudem gegenüber dem Aufsichtsrat keine Informationen innerhalb der Tatbestände des § 90 Abs. 1 AktG mit der Begründung des Geheimhaltungsbedarfs zurückhalten, da ein dem § 106 Abs. 2 BetrVG entsprechen-

---

711 Ganz h.M., BAG, Beschl. v. 11.7.2000 – 1 ABR 43/99, AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972 = NZA 2001, 402; *Richardi/Annauß*, BetrVG, § 106 Rn. 34; *Fitting*, § 106 BetrVG Rn. 30 (jeweils für „objektiven Bedarf nach völligem Geheimhaltungsschutz“); weiter: *Löwisch/Kaiser*, § 106 BetrVG Rn. 13 („Wesentlichkeit“ für Unternehmen ausreichend); a.A. *Oetker*, FS Wissmann, S. 369, 375 f. (entscheidend, ob durch Offenbarung der Geheimnischarakter verlorengelht).

712 So *Hüffer*, AktG, § 90 Rn. 4a.

713 *Begr.RegE* bei: *Kropff*, AktG 1965, S. 117.

714 *Begr.RegE* bei: *Kropff*, AktG 1965, S. 117.

der Tatbestand im AktG fehlt. Er wäre im übrigen auch mit den Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 1 AktG schwerlich zu vereinbaren<sup>715</sup>. Der Gesetzgeber steuert den Informationsfluß vielmehr nicht primär zwischen den Organen Vorstand und Aufsichtsrat, sondern mittelbar über die Haftungsvorschrift des § 116 AktG zwischen dem Aufsichtsrat und der Gesellschaft<sup>716</sup>. Dies wird dadurch bestätigt, daß gem. § 90 Abs. 3 S. 2 AktG sogar einzelne Aufsichtsratsmitglieder jederzeit Sonderlageberichte des Vorstands anfordern können. Auch eine Steuerung der Informationspolitik über eine zeitliche Staffelung der Information des Wirtschaftsausschusses und des Aufsichtsrats ist dem Vorstand nicht möglich. Zum einen ist die eine derartige Steuerungsmöglichkeit andeutende Formulierung des § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG, die Berichte an den Aufsichtsrat seien „möglichst so rechtzeitig“ zu erstatten, daß dieser Gelegenheit zur vorherigen Stellungnahme hat, auf absolute Ausnahmefälle, in denen objektiv eine Vorabinformation des Aufsichtsrats unmöglich ist, zu beschränken<sup>717</sup>. Zum anderen ändert sie nichts an der vorgelagerten und erzwingbaren (§ 109 S. 2 BetrVG) Informationspflicht des § 106 Abs. 2 BetrVG.

Festzuhalten ist somit, daß sich die Berichtspflichten des Unternehmens gegenüber dem Wirtschaftsausschuß weitgehend mit den Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat gem. § 90 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-4 AktG decken. Weitere Kumulationen sind in der Praxis zudem aufgrund einer weitergehenden Informationsordnung infolge der Empfehlung aus Nr. 3.4 Abs. 3 DCGK denkbar, wonach die Informationsansprüche des Aufsichtsrats näher festgelegt werden sollen. Da es sich bei den gesetzlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats nach § 90 AktG um eine Mindestordnung handelt, kann der Umfang der Berichtspflichten ohne weiteres ausgedehnt werden<sup>718</sup>, zumal sich der DCGK etwaigen Mitbestimmungskumulationen gegenüber entsprechend dem eingeschränkten Kommissionsauftrag als indifferent erweist<sup>719</sup>.

#### **b. Kompetenzen des (Gesamt- bzw. Konzern-)Betriebsrats gem. §§ 111 f. BetrVG**

Verglichen mit § 106 BetrVG wesentlich weitergehende Beteiligungsrechte des je nach Reichweite der geplanten Maßnahme zuständigen Betriebsrats, Gesamt- oder Konzernbetriebsrats sehen die §§ 111 f. BetrVG bei Betriebsänderungen vor. Eine

---

715 Zum Sonderproblem der Interessenkonflikte der Arbeitnehmervertreter und dem gesetzlichen Geheimnisschutz siehe unter § 4B.IV.2.

716 Die Ausnahmevorschrift des § 394 AktG für Vertreter von Gebietskörperschaften bestätigt im Umkehrschluß diese Regel.

717 Hüffer, AktG, § 90 Rn. 10, 13a; Mertens, Kölner Komm. AktG, § 90 Rn. 37.

718 Lutter, Kodex-Komm., Rn. 379.

719 Siehe § 2D.II.3.b.[2].

geplante Betriebsänderung im Sinne der Generalklausel des § 111 S. 1 BetrVG<sup>720</sup> ist grundsätzlich jede Änderung der betrieblichen Organisation, der Struktur, der Arbeitsweise, des Standorts etc., die wesentliche Nachteile für die Gesamtbelegschaft oder erhebliche Teile hiervon zur Folge haben kann. Bei den in § 111 S. 3 BetrVG genannten Fallgruppen wird die nachteilige Wirkung der Betriebsänderung unwiderleglich vermutet<sup>721</sup>.

### **[1] Unterrichts- und Beratungsrecht gem. § 111 S. 1 BetrVG**

Gem. § 111 S. 1 BetrVG hat die Unternehmensleitung das zuständige Gremium zunächst umfassend über geplante Betriebsänderungen zu unterrichten und mit ihm über die geplanten Maßnahmen zu beraten. Ziel des Teilhaberechts ist es, infolge der Verhandlungen zu einem Interessenausgleich (§ 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG) über die Betriebsänderung zu kommen. Das Beteiligungsrecht des § 111 S. 1 BetrVG erstreckt sich umfassend auf die Entscheidung über „Ob“ und „Wie“ der geplanten Betriebsänderung, ohne daß allerdings die Einigung der Parteien in Form des Interessenausgleichs erzwingbar ist<sup>722</sup>, wie aus dem Umkehrschluß zur Erzwingbarkeit des Sozialplans gem. § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG sowie zu den Nachteilsausgleichsansprüchen infolge eines nicht versuchten Interessenausgleichs gem. § 113 Abs. 3 BetrVG folgt.

Die Beteiligungsrechte des § 111 S. 1 BetrVG bestehen neben den Rechten des Wirtschaftsausschusses aus § 106 BetrVG, wobei die dort geregelten wirtschaftlichen Angelegenheiten über die Fälle der Betriebsänderungen gem. § 111 S. 3 BetrVG inhaltlich hinausgehen, letztere durch die Fallgruppen des § 106 Abs. 3 Nrn. 5-9 BetrVG andererseits aber vollständig umfaßt sind. Wie die Informationspflichten des Wirtschaftsausschusses gegenüber dem Betriebsrat gem. §§ 106 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 4 BetrVG zeigen, erfüllen die Beteiligungsrechte der §§ 106, 111 f. BetrVG eine komplementäre Funktion, indem sie die vollständige Information der betriebsverfassungsrechtlichen Gremien über eine Vorabinformation des Wirtschaftsausschusses, die anschließende Information des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats über die potentiell für die Arbeitnehmer nachteilige Betriebsänderung und schließlich die erzwingbare Einigung über Ausgleich oder Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer infolge der geplanten Betriebsänderung in Form des Sozialplans (§ 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG) garantieren. Damit ist in Ansehung des Informationsrechts gem. § 111 S. 1 BetrVG wie bei § 106 BetrVG eine Kumulation der Informationspflichten der Unternehmensleitung auf betriebsverfassungsrechtlicher und aktienrechtlicher Grundlage gegeben.

---

720 So die h.M., GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, § 111 Rn. 35; *Fitting*, § 111 BetrVG Rn. 40; a.A. *Galperin/Löwisch*, § 111 Anm. 19, wonach § 111 S. 3 BetrVG abschließend ist.

721 Hinzu kommen die unabhängig von eintretenden Nachteilen bestehenden umwandlungsrechtlichen Informationsrechte nach §§ 5 Abs. 3, 126 Abs. 3 UmwG.

## [2] **Erzwingbarer Sozialplan gem. § 112 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 BetrVG**

Die weitergehende, erzwingbare Mitbestimmung des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats in Form des Sozialplans besteht hingegen gem. § 112 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 BetrVG nur hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen einer geplanten oder bereits durchgeführten Betriebsänderung<sup>723</sup>, so daß auf den ersten Blick die Beteiligung der Arbeitnehmer ausschließlich auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene stattfindet, da die Berichtspflichten des Vorstands gem. § 90 AktG lediglich die Entscheidung über das „Ob“ der wirtschaftlichen Maßnahme betreffen. Gleiches gilt für etwaige satzungsmäßig vereinbarte oder qua Aufsichtsratsbeschluß bestehende Zustimmungsvorbehalte gegenüber Entscheidungen des Vorstands über Betriebsänderungen gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Derartige Vorbehalte sind gerade für Fälle der Betriebsänderung denkbar, da in der Praxis häufig die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf eine entsprechende Beschlußfassung in diesen ihre Wahlklientel am weitesten betreffenden Fällen drängen<sup>724</sup>. Aber auch sie sind der abschließenden Entscheidung des Vorstands über das „Wie“ der Betriebsänderung nur vorgelagert. Gleichwohl wäre der Schluß, eine Kumulation des Teilhaberechts gem. § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG auf betriebsverfassungsrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Ebene sei infolgedessen ausgeschlossen, voreilig. Zum einen ließe er außer acht, daß die Möglichkeit, aufgrund eines erzwungenen Sozialplans etwa infolge einer Betriebsstillegung zur Zahlung eines hohen Abfindungsvolumens verpflichtet zu werden, eine nicht nur in Krisenzeiten erhebliche wirtschaftliche Belastung für das Unternehmen bedeutet, die der Vorstand im Rahmen seiner Leitungssorgfalt gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG selbstverständlich bereits bei der Entscheidung über das „Ob“ der Betriebsänderung zu beachten hat. Der erzwingbare Sozialplan steuert damit mittelbar bereits die unternehmerische Entscheidung selbst, dessen mögliche Folgen die Sozialplanpflicht rechtlich erst auslösen<sup>725</sup>. In diesem Fall kann gerade die an sich nachgelagerte Entscheidung über den Sozialplan eine für die Liquidität der Aktiengesellschaft relevante Berichtspflicht nach § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG auslösen, da die Entscheidung über „Ob“ und „Wie“ der Betriebsänderung wirtschaftlich nicht zu trennen sind. Gleiches gilt für an das „Ob“ der Betriebsänderung geknüpfte Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats. Zum anderen können gerade solche unternehmerischen Entscheidungen, die potentiell erhebliche Nachteile für die Gesamtbelegschaft oder wesentliche Belegschaftsteile mit sich

722 Galperin/Löwisch, § 111 Rn. 42; GK-BetrVG/Fabricius/Oetker, § 111 Rn. 141.

723 Regelmäßig geht in der Praxis wohl der Abschluß des Sozialplans der Durchführung der Betriebsänderung vor, doch läßt der Wortlaut des § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG auch das Gegenteil zu.

724 Raiser, FS Duden, S. 423, 432.

725 Richardi/Annuß, BetrVG, § 112 Rn. 51; GK-BetrVG/Oetker, § 112, 112a Rn. 99; i.E. auch Badura/Rittner/Rüthers, S. 125; a.A. Matthießen, Stimmrecht, S. 461; Fitting/Wlotzke/Wissmann, Vorbem. Rn. 19.

bringen können, bei den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat das Bedürfnis nach einer Konzessionsentscheidung hervorrufen, bei dem bereits eine Zustimmung der Arbeitnehmerbank zur Frage des „Ob“ einer Betriebsänderung an die Zusage eines bestimmten Ausgleichsvolumens eines Sozialplans gekoppelt werden soll<sup>726</sup>. Dies ist um so wahrscheinlicher, als Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Funktion als Betriebsrats- oder Gesamtbetriebsratsmitglieder regelmäßig auch an den Folgeverhandlungen über den Sozialplan unmittelbar beteiligt sind<sup>727</sup>.

### 3. Mitbestimmungskumulation in sozialen Angelegenheiten

Folgte man allein der terminologischen Kategorisierung der Mitbestimmungsgegenstände im dritten bis sechsten Abschnitt des BetrVG in soziale und personelle sowie auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen nach arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen bezogene Angelegenheiten, so müßte sich die Analyse einer möglichen Kumulation von Teilhaberechten auf die zuvor behandelten wirtschaftlichen Angelegenheiten beschränken. Daß aber die starre Abschnittsgliederung des BetrVG einer genaueren funktionalen Zuordnung nicht standhält, vielmehr auch einzelne Mitbestimmungsrechte in „sozialen Angelegenheiten“ gem. § 87 BetrVG in materiell-wirtschaftliche Entscheidungen der Unternehmensleitung hineinreichen und diese zumindest mittelbar determinieren, ist allgemeine Ansicht<sup>728</sup>.

Da eine pauschale Aussage mithin zu kurz greift, werden im Folgenden die Tatbestände aus dem Katalog der nach § 87 Abs. 2 BetrVG erzwingbaren Rechte des § 87 Abs. 1 BetrVG untersucht, bei denen eine Überschneidung mit Kompetenzen des Aufsichtsrats gem. §§ 90, 111 AktG denkbar ist. Namentlich sind dies die Mitbestimmungsrechte gem. § 87 Abs. 1 Nrn. 3, 6, 8, 10 und 11 BetrVG.

#### a. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat das Recht, bei Veränderungen der Dauer<sup>729</sup> der betriebsüblichen Arbeitszeit durch den Arbeitgeber im Sinne ihrer vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung mitzubestimmen. Regelmäßig ist hierfür die Zuständigkeit des einzelnen Betriebsrats gegeben, aber auch eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist nicht ausgeschlossen, sofern enge Wechselwirkungen der Arbeitszeitgestaltung zwischen

---

726 Hiervon zu unterscheiden ist die auf der Ebene des Betriebsverfassungsrechts zu beantwortende Frage nach der Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften des Betriebsrats mit dem Arbeitgeber-Unternehmen. Näher *Franzen*, ZfA 2005, S. 315, 342 ff.; zum Aspekt des Interessenkonflikts der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrats siehe § 4B.IV.1.b.

727 So auch *Reuter*, RdA 1988, S. 280, 284; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 58; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 51.

728 *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 56; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 149; *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 116; *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 171; *Richardi*, AG 1979, S. 29, 35; *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 99 f.

mehreren Betrieben des Unternehmens bestehen. Die Beschränkung des Wortlauts der Nr. 3 auf die Regelung der „betriebsüblichen“ Arbeitszeit bewirkt somit von vornherein keine Zuständigkeitsbeschränkung auf die unterste organisatorische Mitbestimmungsebene, sondern beschränkt inhaltlich das Mitbestimmungsrecht auf kollektive Maßnahmen des Arbeitgebers.

Auch sachlich reicht die Mitbestimmung über die vorübergehende Arbeitszeitveränderung in den wirtschaftlichen Entscheidungshorizont der Unternehmensleitung hinein. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG über die Einführung von Kurzarbeit auf der einen bzw. über Überstunden auf der anderen Seite betrifft nämlich die arbeitsorganisatorische Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung, die auf eine veränderte Marktsituation des Unternehmens reagiert. So kann etwa ein kurzfristig gewonnener Großauftrag, sofern das Unternehmen diesen nicht wegen personeller Unterkapazitäten ablehnen will, eine Produktionssteigerung notwendig machen, die entweder über Neueinstellungsentscheidungen oder über die nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbestimmte Entscheidung, Überstunden oder Sonderschichten des vorhandenen Personals anzuordnen, umgesetzt werden kann. Sofern das Unternehmen aufgrund noch unsicherer zukünftiger Auftragslage keinen dauerhaften Personalmehrbedarf sieht, ist es folglich auf eine Einigung mit dem Betriebsrat angewiesen. Gleiches gilt in der umgekehrten Situation, in der eine Konjunkturflaute das Unternehmen zur Drosselung der Produktion zwingt. In dieser Situation kann das Unternehmen entweder Produktionskapazitäten infolge von Betriebsänderungen endgültig abbauen und gegebenenfalls betriebsbedingte Beendigungskündigungen oder, bei bloßer Umverteilung der Kapazitäten auf verschiedene Standorte, jedenfalls betriebsbedingte Änderungskündigungen aussprechen oder es kann vorübergehend Kurzarbeit anordnen. Sofern die Marktlage des Unternehmens voraussichtlich nur vorübergehend derart schwierig ist, daß ein Ruhen der Produktionskapazitäten erforderlich ist, kann die Kurzarbeitsentscheidung wirtschaftlich sinnvoller sein, als sich auf einen infolge einer Betriebsänderung samt Arbeitsplatzabbau, vorbehaltlich einer Überschreitung der Schwellenwerte des § 112a Abs. 1 BetrVG, ebenfalls erzwingbaren Sozialplan einzulassen und über die Sozialauswahl im Vorfeld der Kündigungen möglicherweise besser qualifiziertes Personal zu verlieren sowie überdies Kündigungsschutzprozesse führen zu müssen.

Zu einer Kumulation von Teilhaberechten kommt es infolge der Beteiligung des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats jedoch nur, wenn auch der mitbestimmte Aufsichtsrat an der fraglichen unternehmerischen Entscheidung zu beteiligen ist. Ent-

gegen *Raiser*<sup>730</sup> ist eine Kollision nicht von vornherein mangels Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Arbeitszeitfragen abzulehnen. Die Informationspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 Abs. 1 AktG setzen vielmehr an der Wirkung der Entscheidung für die wirtschaftliche Gesamtlage des Unternehmens an und verlangen im vorliegenden Zusammenhang Berichte über die Personalplanung (Nr. 1) oder Geschäfte von wesentlicher Liquiditätsbedeutung (Nr. 4). Je nach Umfang der geplanten Maßnahme ist also auch eine Berichtspflicht vor der umfangreichen Einführung von Kurzarbeit oder der Anordnung von Überstunden ohne weiteres denkbar, da sie zumindest die kurzfristige Personalplanung beeinflusst und wegen des Nichtabflusses an sich zu zahlender bzw. zusätzlicher Vergütungen<sup>731</sup> liquiditätssteuernd wirkt. Weitere Kumulationen sind auch hier aufgrund einer weitergehenden Informationsordnung infolge der Empfehlung aus Nr. 3.4 Abs. 3 DCGK denkbar. Gleiches gilt erst Recht bei Bestehen eines ausdrücklichen Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

**b. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG**

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei Einführung und Anwendung technischer Überwachungseinrichtungen kumuliert demgegenüber nicht mit Kompetenzen des Aufsichtsrats, da der Betriebsrat zwar bereits nach dem Wortlaut der Norm auch über das „Ob“, also die Einführung einer Einrichtung mitentscheidet. Sachlich hat der Betriebsrat hierbei aber nicht die wirtschaftliche Reichweite der Maßnahme, etwa ihre Kosten oder mögliche Folgewirkungen auf den Bestand der Arbeitsplätze im Betrieb, zu beurteilen, da das Beteiligungsrecht nach der *ratio legis* ausschließlich den individualrechtlichen Persönlichkeitsschutz verstärken soll<sup>732</sup>. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Aspekte der Einführung technischer Überwachungseinrichtungen unterliegt mithin allein der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit.

**c. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG**

Gleiches gilt im Ergebnis für die Frage der Reichweite des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Zwar wird der Begriff der Sozialeinrichtung als „zweckgebundenes Sondervermögen mit abgrenzbarer, auf Dauer gerichteter besonderer Organisation, das eine rechtliche und tatsächliche Verwaltung

---

730 *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 56; vorsichtiger noch *ders.*, FS Duden, S. 423, 426; i.E. wie hier *Richardi*, AG 1979, S. 29, 35; *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 117; *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 100 f.

731 Dies folgt daraus, daß bei bezahlter Freistellung bzw. vollem Freizeitausgleich der Überstunden schon kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 bestünde, siehe GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 390, 398.

732 GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 496, 485; i.E. auch *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 102, (freilich mit der unzutreffenden Begründung, daß die Maßnahmen nur Auswirkungen auf Betriebsebene zeitigen könnten); a.A. *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 118 (ohne Begründung).

verlangt<sup>733</sup>, weit ausgelegt und umfaßt wesentliche, für Rentabilität und Liquidität des Unternehmens durchaus bedeutsame Entscheidungen, wie solche über die Ausgestaltung unternehmens- oder konzernübergreifender Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, etwa in Form eigener Unterstützungs- oder Pensionskassen i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG<sup>734</sup>. Damit reicht der Tatbestand weit in den Bereich unternehmerischer Gestaltungsfreiheit hinein.

Eine Kumulation des Teilhaberechts mit Kompetenzen des Aufsichtsrats wird aber selbst bei Bestehen eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG nicht auftreten, da die Entscheidung über Errichtung, Dotierungsrahmen oder Aufhebung einer Sozialeinrichtung nicht der erzwingbaren Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG unterliegt, wie aus § 88 Nr. 2 BetrVG und dem Umkehrschluß aus § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG folgt<sup>735</sup>. auch die konkrete Ausgestaltung der Einrichtung bei festgelegter Dotierung in der Praxis kaum von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht werden, ohne das Geschäftsführungsverbot des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG zu unterlaufen.

#### d. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat schon auf den ersten Blick einen engen Bezug zur Lohnpolitik des Unternehmens. Die Beschränkung des Wortlauts auf die **betriebliche** Lohngestaltung präjudiziert ebensowenig wie die Formulierung in Nr. 3 die Zuständigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsebene Betriebsrat, Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, sondern dient nur der Abgrenzung zur tariflichen oder individualvertraglichen Lohngestaltung<sup>736</sup>. Inhaltlich besteht nach Nr. 10 entgegen dem mißverständlichen Wortlaut „Lohngestaltung“ weder ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Lohnhöhe, wie schon aus dem Umkehrschluß zu dem ausdrücklich weitergehenden Tatbestand der Nr. 11 zu schließen ist<sup>737</sup>, noch aufgrund der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Einführung zusätzlicher freiwilliger Sozialleistungen<sup>738</sup> oder Lohnzulagen<sup>739</sup>. Mitbestimmt sind folglich lediglich die Verteilungsmaßstäbe der Lohngestaltung des Unter-

733 BAG, Beschl. v. 18.3.1976 – 3 ABR 32/75, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = BB 1976, 1175; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 678.

734 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 685 (zu § 1 Abs. 3, 4 BetrAVG a.F.).

735 A.A. *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 118; i.E. zutreffend *Raiser*, FS Duden, S. 423, 427; *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 103.

736 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 817.

737 Ganz h.M., aus der Rspr. etwa BAG, Beschl. v. 22.1.1980 – 1 ABR 48/77, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NJW 1981, 75; aus der Literatur: GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 808 f.; *Galperin/Löwisch*, § 87 BetrVG Rn 32 f., 218a.

738 A.A. GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 838 (für freiwillige Sozialleistungen); dagegen zu Recht *Galperin/Löwisch*, § 87 BetrVG Rn. 228; zutreffend für Lohnzulagen GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 861.

nehmens bei im übrigen mitbestimmungsfreier Festlegung des „Dotierungsrahmens“<sup>740</sup>.

Eine Berichtspflicht des Vorstands nach § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG wegen möglicher Auswirkungen auf die Personalplanung ist aufgrund dessen abzulehnen. Planungsrelevant für die in § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG angesprochene Budgetplanung ist das jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 mitbestimmungsfreie „Ob“ der Einführung der Leistung und ihr Umfang. Gleiches gilt für den Tatbestand des § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG. In Zukunft dürften sich aber aufgrund der steigenden Akzeptanz der Empfehlung gem. Nr. 3.4 Abs. 3 DCGK verschärfte Berichtspflichten des Vorstands entwickeln, die auch die Verteilungsmaßstäbe des Personalbudgets betreffen können. Davon abgesehen ist bei bestehendem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG eine Kumulation der Teilhaberechte gegeben<sup>741</sup>.

#### **e. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG**

Anders als nach Nr. 10 besteht aufgrund von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen sowie vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren. Soweit man bereit ist, hieraus mit der Gesetzesbegründung, der ihr folgenden Rechtsprechung sowie der überwiegenden Zahl der Literaturstimmen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Lohnhöhe zu folgern<sup>742</sup>, beeinflusst die paritätischen Mitbestimmung ganz maßgeblich unternehmenspolitische Entscheidungen. Gerade die Vergütung durch leistungsbezogene Vergütungsformen ist für die Personalgewinnung und Förderung der Motivation der bestehenden Belegschaft des Unternehmens von großer Bedeutung.

Eine Berichtspflicht des Vorstands gem. § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG ist im Zusammenhang mit der Leistungslohnpolitik des Unternehmens dann gegeben, wenn die hierbei auftretenden Lohngestaltungen maßgeblichen Einfluß auf die Personalbudgetplanung des Unternehmens haben. Dies kann bei einer unternehmens einheitlichen Leistungslohngestaltung der Fall sein. Sofern durch eine Einführung einer leistungsbezogenen Vergütungsform oder die Änderung der Vergütungsparameter ein wesentlicher Einfluß auf die Rentabilität und Liquidität des Unternehmens zu verzeichnen ist, besteht zudem das Informationsrecht des Aufsichtsrats gem. § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG. Weitere Kumulationen sind auch hier aufgrund einer weitergehenden Informationsordnung infolge der Empfehlung aus Nr.

---

739 So die ratio legis, siehe GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 805.

740 *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 445.

741 Nur insoweit zustimmend *Raiser*, FS Duden, S. 423, 430; *Richardi*, AG 1979, S. 29, 36; i.E. auch *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 104 (ohne Begründung).

742 BT-Drucks. VI/1786 S. 49; BAG, Beschl. v. 13.9.1983 – 1 ABR 32/81, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG Prämie = BB 1983, 2051; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 992, 994 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

3.4 Abs. 3 DCGK und aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG denkbar.

#### **4. Keine Mitbestimmungskumulation bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen**

Im Planungsstadium von Maßnahmen des Arbeitgebers, die Auswirkungen auf die Gestaltung des Arbeitsplatzes, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung haben können, hat der Betriebsrat zur „Sicherung einer nach arbeitswissenschaftlichen Gesichtspunkten menschengerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer“<sup>743</sup> gem. § 90 Abs. 1 BetrVG ein Unterrichts- und gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BetrVG ein Beratungsrecht. Bei offensichtlich arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über menschengerechte Arbeitsbedingungen widersprechenden Auswirkungen der geplanten Maßnahmen kann der Betriebsrat zudem gem. § 91 S. 1 BetrVG Abhilfe- und Ausgleichsvorschläge machen und diese gem. § 91 S. 2, 3 BetrVG im Nichteinigungsfall erzwingen. *Badura/Rittner/Rüthers*<sup>744</sup> haben hierin eine „faktische“ Mitbestimmungskumulation zunächst auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene aufgrund des Zusammentreffens mit erzwingbaren Mitbestimmungsrechten bei personellen Einzelmaßnahmen gem. §§ 87 Abs. 1, 99 BetrVG sowie in wirtschaftlichen Angelegenheiten sowohl mit dem Informationsrecht gem. § 106 BetrVG als auch mit den Beteiligungsrechten der §§ 111 f. BetrVG gesehen, da hierdurch bereits im Planungsstadium dem Betriebsrat ermöglicht werde, Vorwirkungen auf folgende betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsebenen zu erzeugen. Infolgedessen werde die auf diesen Ebenen bereits festgestellte Kumulationswirkung mit Funktionen des mitbestimmten Aufsichtsrats intensiviert.

Zutreffend ist hieran lediglich, daß die Beteiligungsrechte der §§ 91 f. BetrVG auf der Ebene des BetrVG neben den Kompetenzen in sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten stehen<sup>745</sup>. Eine faktische Kumulationswirkung mit Aufsichtsratsbefugnissen ist demgegenüber abzulehnen, da weder das „Ob“ der Maßnahme unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, noch die Art und Weise ihrer Ausgestaltung selbst vom Betriebsrat beeinflusst werden kann, da dieser nur kompensatorische Regelungen gegenüber den belastenden Auswirkungen der Maßnahme mitbestimmen kann<sup>746</sup>. Diese Fragen betreffen weder die aufgezeigten gesetzlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats, noch ist eine Kompetenzerweiterung aufgrund von Nr. 3.4 DCGK oder § 111 Abs. 4 S. 2 AktG wahrscheinlich. Sofern aber möglicherweise aufgrund von § 91 S. 1 BetrVG notwendig werdende Belastungsausgleichsmaßnahmen den wirtschaftlichen Sinn der Gesamtmaßnahme, etwa einer Betriebsänderung i.S.v.

---

743 GK-BetrVG/Wiese, vor § 90 Rn. 6.

744 *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 121 f.

745 GK-BetrVG/Wiese, vor § 90 Rn. 4.

746 Zutreffend *Raiser*, FS Duden, S. 423, 430.

§ 111 S. 3 BetrVG, in Frage stellen, geht es nicht um eine Kumulation der Rechte aus §§ 90 f. BetrVG, sondern der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten gem. §§ 106 ff. BetrVG mit Kompetenzen des mitbestimmten Aufsichtsrats.

## **5. Mitbestimmungskumulation in personellen Angelegenheiten**

Zur Feststellung von Mitbestimmungskumulationen in personellen Angelegenheiten ist entsprechend der Gesetzessystematik des BetrVG zu unterscheiden:

### **a. Allgemeine personelle Angelegenheiten**

In „allgemeinen personellen Angelegenheiten“ reichen die Unterrichtungs-, Beratungs- und Vorschlagsrechte des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats gem. § 92 BetrVG hinsichtlich der Personalplanung des Unternehmens ebenso wie das Vorschlags- und Beratungsrecht zu Maßnahmen der Beschäftigungssicherung gem. § 92a BetrVG in den unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich hinein, da die Personalbedarfs- und Personalorganisationsplanung für die Frage der wirtschaftlichen Nutzung unternehmerischer Kapazitäten unerlässlich ist. Erst Recht gilt dies für das erzwingbare Zustimmungsrecht des Betriebsrats nach Aufstellung von Personalauswahlrichtlinien für Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen gem. § 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG, zumal dies bei Großbetrieben ab 500 Arbeitnehmern gem. Abs. 2 zu einem erzwingbaren Initiativrecht erstarkt. Da derartige Auswahlrichtlinien für Neueinstellungen ebenso relevant sind wie für andere Veränderungen des Ist-Bestands der Belegschaft des Unternehmens und damit entscheidend ist für die bedarfsgerechte Personalplanung des Unternehmens, hat der Vorstand im Rahmen der Berichtspflicht gem. § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG über diese Determinante der Personalplanung zu berichten<sup>747</sup>. Da die Berichtspflicht bereits nach dem Gesetzeswortlaut ohne weiteres im Fall einer tatsächlich bestehenden Personalplanung eingreift, zu welcher der Arbeitgeber wie gezeigt betriebsverfassungsrechtlich gezwungen werden kann, muß an dieser Stelle die Frage nicht entschieden werden, ob der Vorstand auch aktienrechtlich zu einer über die kurz- und mittelfristige Budgetplanung hinausgehenden Unternehmensplanung verpflichtet ist<sup>748</sup>. Hierüber hinausgehende Kumulationen der Teilhaberechte können im übrigen wiederum aufgrund besonderer Informationsordnungen oder Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats auftreten.

### **b. Personelle Einzelmaßnahmen**

Bei „personellen Einzelmaßnahmen“ in Form von Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen sowie Versetzungen hat der Betriebsrat ein Unterrichtsrecht gem. § 99 Abs. 1 S. 1 HS 1 BetrVG. Weitergehend muß der Betriebsrat der Maßnahme vor ihrer

---

747 I.E. zutreffend *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 123; a.A. *Raiser*, FS Duden, S. 423, 430.

748 Siehe hierzu ablehnend *Hüffer*, AktG, § 90 Rn. 4a m.w.N. zum Meinungsstand.

Durchsetzung zustimmen und kann die Zustimmung in den in Abs. 2 genannten Fällen verweigern. Will der Arbeitgeber die Maßnahme entgegen einer verweigerten Zustimmung endgültig durchführen, muß er dies gem. Abs. 4 im arbeitsgerichtlichen Ersetzungsverfahren erstreiten. Insbesondere die Zustimmungsverweigerungsstatbestände des § 99 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BetrVG berühren hierbei den unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich, da sie zum einen die Abweichung von Auswahlrichtlinien gem. § 95 BetrVG, zum anderen die Besorgnis nachteiliger Folgen für die Belegschaft des Unternehmens zum Maßstab machen.

Eine Kumulation mit Befugnissen des Aufsichtsrats besteht infolgedessen gleichwohl nicht. Weder ist ein Fall denkbar, in dem personelle Einzelmaßnahmen als solche eine Berichtspflicht des Vorstands auslösen können, da sie weder Planungscharakter, noch wesentlichen Liquiditätsbezug im Sinne von § 90 Abs. 1 AktG haben können, noch ist eine Vorbehaltslösung nach § 111 Abs. 4 S. 2 praxisnah<sup>749</sup>. Eine „Zusammenschau“<sup>750</sup> mit den von § 99 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BetrVG in Bezug genommenen kollektiven Regelungen führt zu keiner anderen Beurteilung, da ausschließlich hinsichtlich dieser Tatbestände Kumulationswirkungen feststellbar sind, ansonsten aber keine Aufsichtsratskompetenzen gegeben sind.

## **II. Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen durch Kumulation von Teilhaberechten**

Im Folgenden werden mögliche Beeinträchtigungen der Aufsichtsratsfunktionen infolge der festgestellten Kumulation erörtert und im Anschluß gesetzliche Kompensationsmodelle auf ihre Tauglichkeit hin untersucht.

### **1. Beeinträchtigung der Bestellungsfunktion**

#### **a. Zwingende Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Bestellung des Vorstands**

Der mitbestimmte Aufsichtsrat entscheidet gem. § 107 Abs. 3 S. 2 AktG wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung zwingend als Gesamtgremium über die Bestellung und Abberufung des Vorstands gem. § 84 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 3 S. 1 AktG i.V.m. § 31 Abs. 1 MitbestG. Eine grundsätzliche Delegation derartiger Entscheidungen in einen Personalausschuß ist daher nicht möglich. Die in der Praxis gerade von großen Aktiengesellschaften ganz überwiegend befolgte Anregung der Nr. 5.1.2 DCGK<sup>751</sup>, die Vorbereitung der Bestellung von Vorstandsmitgliedern, also die Suche und Auswahl von geeigneten Personen und die Aushandlung der Einzelheiten des An-

749 Eine Ausnahme ist allenfalls bei leitenden Angestellten gem. §§ 105 BetrVG, 31 Abs. 1 SprAuG denkbar; wegen der reinen Mitteilungspflicht ist eine ggf. bestehende Kumulationswirkung aber marginal.

750 So *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 124; *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 114.

751 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn 942.

stellungsvertrags, an einen Personalausschuß zu übertragen, bestätigt dies, da auch hiernach die Entscheidung über die Bestellung der Vorstandskandidaten selbst nicht delegiert werden kann.

Ebensowenig wie der Bestellungsakt als solcher nur der Anteilseignerseite vorbehalten werden kann, ist auch ein kategorischer Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von der Vorbereitungsarbeit im Personalausschuß möglich. Letzteres ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Eine Reservierung der Sitze im Personalausschuß nur für Anteilseignervertreter qua Satzungs- oder Geschäftsordnungsbeschluß<sup>752</sup> des Aufsichtsrats verstieße aber nach zutreffender Ansicht des BGH<sup>753</sup>, jedenfalls sofern er ohne zwingenden sachlichen Grund erfolgte, gegen den Grundgedanken des § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG, der eine gleichberechtigte Teilhabe aller Aufsichtsratsmitglieder an der Bestellung des Vorstands als besonders weitreichender Entscheidung für die Unternehmensführung vorsieht. Dieser gesetzliche Teilhabeanspruch wäre durch eine Reduktion der Plenumsentscheidung auf die bloße Akklamation einer faktisch bereits getroffenen Vorentscheidung des Personalausschusses ausgehöhlt. Ein zwingender Sachgrund für einen generellen Ausschluß von der Personalausschußbesetzung ist kaum zu begründen, da eine besondere fachliche Qualifikation im Personalausschuß wegen dessen Aufgabenstellung nicht erforderlich ist<sup>754</sup> und eine „Befangenheit“ im Einzelfall, etwa hinsichtlich eines bestimmten Vorstandskandidaten, noch nicht die vorgelagerte Entscheidung über die Besetzung des Ausschusses berührt. Eine Begründung des Ausschlusses mit einer „generellen Befangenheit“ ist nach allgemeiner Ansicht<sup>755</sup> *de lege lata* zu Recht auch nicht mit der Tatsache zu begründen, daß die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter durch die Bestellung des Vorstands die Ihnen mitunter in Arbeitgeberfunktionen auftretenden Unternehmensvertreter mitbestimmen, da der Gesetzgeber gerade diese personelle Verflechtung in § 31 Abs. 1 MitbestG für die Bestellungsentscheidung des Aufsichtsratsplenums hingenommen hat. Dies wird bestätigt dadurch, daß § 104 Abs. 4 AktG die Aufstellung zusätzlicher persönlicher Voraussetzungen für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat qua Satzungsbeschluß, abgesehen von den allgemeinen Anforderungen des § 100 Abs. 3 AktG i.V.m. § 3 MitbestG, nicht zuläßt. Zudem sind wie gezeigt alle Aufsichtsratsmitglieder nach der nicht zwischen den Aufsichtsratsbanken differenzierenden Systematik des AktG einer einheitlichen Ent-

---

752 Die Festlegung einer Aufgaben- und Zuständigkeitsordnung durch Geschäftsordnungsbeschluß des Aufsichtsrats ist grundsätzlich gem. Nr. 5.1.3 DCGK empfohlen und in der Satzungspraxis großer Aktiengesellschaften angenommen, vgl. etwa § 12 Abs. 1 der Satzung der ThyssenKrupp AG, abrufbar unter: <http://www.thyssenkrupp.com/documents/Satzung-4-2002-de.pdf>, oder § 13 Abs. 6 der Satzung der Siemens AG, abrufbar unter: [http://www.siemens.com/satzung/\\_0102\\_1039422.pdf](http://www.siemens.com/satzung/_0102_1039422.pdf).

753 BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, S. 342, 359, insoweit im Einklang mit der h.L., stellvertretend *Seibt*, AG 2005, S. 413, 468 mit Fn. 68; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 51 ff., 57.

754 So auch der BGH, a.a.O., (Fn. 754) S. 360.

755 BGH, a.a.O., (Fn. 754) S. 360; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, Anh. § 96 Rn. 799; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 119 f.

scheidungsmaxime unterworfen<sup>756</sup>, so daß eine personelle Beteiligung auf mehreren Mitbestimmungsebenen vom Gesetzgeber nicht sanktioniert wird. Festzuhalten ist somit, daß die Bestellung des Vorstands *de lege lata* nicht ohne die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgen kann.

#### **b. Personelle Verflechtung der Träger von Teilhabe- und Bestellungsfunktion**

Fest steht damit gleichzeitig, daß der Gesetzgeber eine Situation hingenommen hat, in der die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht nur die in Zukunft gegenüber ihnen persönlich die Arbeitgeberfunktion ausfüllenden Personen mitbestimmen, sondern gleichzeitig ihre Verhandlungspartner auf der Ebene der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung auswählen. Dies führt dazu, daß schon im Ansatz eine unabhängige Funktionswahrnehmung durch Vorstandsmitglieder in den Angelegenheiten, in denen eine Kumulation von Teilhaberechten aufgrund des BetrVG und des MitbestG besteht, nicht möglich ist:

Ein die Verlängerung seines gem. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG zu befristenden Anstellungsvertrages anstrebendes Vorstandsmitglied kann eine dem notwendigen Vorrang Anteilseignerinteressen gerecht werdende unternehmerische Entscheidung nicht treffen, ohne gewahr zu sein, daß seine Entscheidungen von Personen überwacht werden, die von den Folgen der Entscheidung regelmäßig unmittelbar als Arbeitnehmer betroffen sein können, zumal für unternehmensangehörige Aufsichtsratsmitglieder im Umkehrschluß zu den §§ 15 KSchG, 103 BetrVG kein Sonderkündigungsschutz besteht<sup>757</sup> und § 26 S. 1 MitbestG nur ein Maßregelungsverbot hinsichtlich einer gerade aufgrund der Aufsichtsratsstätigkeit getroffenen Kündigungsentscheidung statuiert. Aber nicht nur die Folgen der unternehmerischen Entscheidung selbst können die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder treffen. Darüber hinaus entscheiden sie als Verhandlungspartner des Vorstands über die Ausgestaltung der Folgen der unternehmerischen Entscheidung in betriebsverfassungsrechtlichen Gremien mit. Damit produziert die Kumulation von Teilhaberechten systembedingt notwendig eine Dauerbeeinflussung des Vorstands als Entscheidungsträger, die mit dem Grundsatz eigenverantwortlicher Leitung der Gesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG kollidiert. Die Bestellungsfunktion des Aufsichtsrats ist spiegelbildlich hierzu gleichermaßen beeinträchtigt, da die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter gerade die Personen zu Vorstandsmitgliedern (mit-)bestellen, deren Entscheidungen sie einerseits im auf den Vorrang der Anteilseignerinteressen ausgerichteten Unternehmensinteresse überwachen sollen, von dessen beschäftigungsrelevanten Entscheidungen

---

756 Siehe § 3B.V.1.b.[2][a].

757 So schon BAG, Urt. v. 4.4.1974 – 2 AZR 452/73, BAGE 26, S. 116 (zu § 76 BetrVG 1952) = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; *Raiser*, MitbestG, § 26 Rn. 8; *Fitting/Wlotzke/Wissmann*, MitbestG, § 26 Rn. 16; a.A. *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, S. 353, 363 f.

sie andererseits aber entweder als Arbeitnehmer persönlich oder als betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger und Verhandlungspartner betroffen sind<sup>758</sup>.

Daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auch in der Praxis ihre Sachinteressen mit der Bestellung einer bestimmten Person zum Vorstandsmitglied, auch außerhalb der Bestellung des regelmäßig für Personalangelegenheiten zuständigen Arbeitsdirektors gem. § 33 MitbestG<sup>759</sup>, verknüpfen, liegt infolgedessen nicht nur theoretisch nahe<sup>760</sup>.

### c. Verfahrensrechtliche Absicherung der personellen Verflechtung

Die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Bestellung des Vorstands geht zudem verfahrensrechtlich über das ansonsten im MitbestG übliche Maß dadurch hinaus, daß eine Bestellung der Vorstandsmitglieder in der ersten Abstimmungsrunde gem. § 31 Abs. 2 MitbestG nur mit qualifizierter Mehrheit von zwei Dritteln der Aufsichtsratsmitglieder getroffen werden kann. Damit ist ein stimmenmäßiges Übergewicht der Anteilseignerseite im ersten Wahlgang nicht gegeben. Gleiches gilt für den zweiten Wahlgang nach § 31 Abs. 3 S. 2 MitbestG, in dem für die Wahl eines, vom nach § 27 Abs. 3 MitbestG ebenfalls paritätisch zusammengesetzten Vermittlungsausschuß innerhalb eines Monats nach Scheitern des ersten Wahlgangs vorgeschlagenen, Vorstandskandidaten zwar nur eine einfache Stimmenmehrheit erforderlich ist, der Aufsichtsratsvorsitzende bei dieser Abstimmung aber kein Zweitstimmrecht hat<sup>761</sup>. Erst in einem bei Stimmenpatt im zweiten Wahlgang und dennoch aufrecht erhaltenem Wahlvorschlag<sup>762</sup> notwendig werdenden dritten Wahlgang hat der Aufsichtsratsvorsitzende gem. § 31 Abs. 4 S. 1 HS 1 MitbestG das Zweitstimmrecht des § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG. Damit ist zwar rechtlich ein Letztentscheidungsrecht der Anteilseignerseite gesichert, doch wird mit jedem Wahlgang unwahrscheinlicher, daß eine Person, die auf die kategorische Ablehnung der Arbeitnehmervertreter stößt, faktisch geeignet ist, die auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene wie auch im Verhältnis der Unternehmensorgane Vorstand und

---

758 I.E. auch *Schneevoigt*, ZfA 2005, S. 233, 240; *Klosterkemper*, FS Wissmann, S. 456, 466 f., 470; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 436 f.

759 Zuletzt hat die Bestellung des VW-Personalvorstands Horst Neumann auf Vorschlag der Arbeitnehmervertreter für Aufsehen gesorgt, welche freilich wegen eines Konflikts unter den Kapitalvertretern bereits im ersten Wahlgang nach § 31 Abs. 2 MitbestG erfolgte, siehe *Börsenzeitung* v. 15.11.2005, S. 11.

760 A.A. *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 190 mit dem nach eigener Ansicht „paradoxen“ Argument, daß durch eine „interessenheterogene Besetzung des Aufsichtsrats eine Verstärkung der Unabhängigkeit des Vorstands“ erfolgte. Selbst wenn dies zuträfe, wäre die Funktion des Aufsichtsrats dadurch geschwächt, nicht gestärkt. Näher zu diesem Interessenkonflikt unter § 4B.IV.1.c.

761 Dies folgt aus dem Umkehrschluß zu § 31 Abs. 4 S. 1 HS 1 MitbestG.

762 Zwingend ist ein dritter Wahlgang entgegen der ersten beiden Wahlgänge hingegen schon nach dem unterschiedlichen Wortlaut der Absätze 3 S. 1 und 4 S. 1 des § 31 MitbestG nicht, sondern nur, wenn nicht alle Aufsichtsratsmitglieder auf eine erneute Abstimmung verzichten. So auch *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 31 Rn. 22.

Aufsichtsrat notwendige Vertrauensbasis und Kooperationsbereitschaft zu erzeugen. Mit einer im Interesse des Unternehmens zu treffenden Bestellung der Mitglieder des Vorstands ist ein derartiges Bestellungsverfahren nicht zu vereinbaren.

## 2. Beeinträchtigung der Beratungs- und Überwachungsfunktion

Je weiter Entscheidungsvorgänge in den aufgezeigten Kumulationsfällen mit den jeweils unterschiedlichen Durchsetzungsmechanismen der erzwingbaren Einigungsstellenentscheidung einerseits und dem aktienrechtlichen Zustimmungsvorbehalt andererseits personell und kompetenziell verflochten sind, desto größer wird die Gefahr eines mit der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats und der Leitmaxime seiner Mitglieder offensichtlich unvereinbaren Koppelungsgeschäfts, in welchem Vorstand und mitbestimmter Aufsichtsrat zulasten der Anteilseignerinteressen eine Konzessionsentscheidung auf Ebene der betrieblichen Mitentscheidungsrechte mit einer Konzessionsentscheidung auf der Ebene des Kontrollanspruchs des Aufsichtsrats verbinden; letzteres mit dem Ziel, den zu erwartenden Druck der Arbeitnehmervertreter auf einen beanstandenden Beschluß oder die Verweigerung der Zustimmung im Fall des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu vermeiden. Angesichts der Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter bei der Vorstandsbestellung und der Tatsache, daß der Vorstand auf betrieblicher Ebene Verhandlungspartner weitgehend derselben Arbeitnehmervertreter ist, ist die Wahrscheinlichkeit groß, daß bereits der Vorstand selbst, entgegen seiner nach der hier vertretenen Ansicht klaren Leitungsmaxime, eine Kompromißentscheidung an den Aufsichtsrat heranträgt. Ebenso wahrscheinlich ist es, daß er sich gegen sein Einschwenken auf die Arbeitnehmerlinie in einer Sachfrage die Unterstützung der Arbeitnehmervertreter bei einer weiteren unternehmerischen Entscheidung mit nachteiligen Wirkungen für die Belegschaft versprechen läßt<sup>763</sup>. Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf der anderen Seite hat zudem selbst die „Kommission Mitbestimmung“ von *Bertelsmann Stiftung* und *Hans-Böckler-Stiftung* in ihrem Bericht aus dem Jahr 1998 eine Tendenz zur Nutzung ihrer Position im Aufsichtsrat zur Erweiterung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Informations- und Handlungsmöglichkeiten festgestellt<sup>764</sup>.

Das Letztentscheidungsrecht der Anteilseignerseite bei der Beschlußfassung über die Ausübung eines Zustimmungsvorbehalts, vermittelt durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gem. § 29 Abs. 2 MitbestG, ist in dieser Situation ein untaugliches Konfliktsteuerungsinstrument, da bei seiner Ausübung die Obstruktion auf

---

763 So i.E. bereits *Richardi*, AG 1979, S. 29, 36; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 436; *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 409 und neuerdings *Franz*, ZAF 2005, S. 268, 271; *Hanau/Wackerbarth*, S. 85 a.E. für alle Fälle paritätischer Mitbestimmung auf Betriebsebene.

764 Kommission Mitbestimmung, (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung), S. 30; ähnlich *Biedenkopf* in: *Utz/Streithofen*, S. 286, 301: „grundsätzlicher Interessenkonflikt zwischen Arbeitsplatzsicherheit und Kontrollfunktion“.

Betriebsebene droht<sup>765</sup>. Daß selbst der Gesetzgeber des MitbestG der konfliktlösenden Kraft des Zweitstimmrechts offenbar nicht vertraut, wird in Konzernstrukturen aus mehreren dem MitbestG unterfallenden Gesellschaften deutlich, in denen nach § 32 Abs. 1 S. 2 HS 1 MitbestG trotz des Zweitstimmrechts des von der Anteilseignerseite bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden der Obergesellschaft bestimmte Beteiligungsrechte der Obergesellschaft durch den Vorstand nur aufgrund einer Weisung des Aufsichtsrats, welche lediglich die Mehrheit der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat beschließt, ausgeübt werden dürfen<sup>766</sup>. Dasselbe läßt sich für die gesetzliche Verpflichtung aller Aufsichtsratsmitglieder auf die Leitungsmaxime des den Vorrang der Anteilseignerinteressen schützenden „Unternehmensinteresses“ konstatieren. Nähme der Gesetzgeber diese Verpflichtung ernst, wäre § 32 MitbestG obsolet<sup>767</sup>. Am deutlichsten wird diese Gefahr bei Entscheidungen des Vorstands über geplante Betriebsänderungen, welche Informationsrechte des Wirtschaftsausschusses bereits über das „Ob“ der Entscheidung und mögliche Auswirkungen auf die Personalplanung hervorrufen. Die Ergebnisse dieser Konsultation werden sodann an den Betriebsrat weitergeleitet, mit welchem schließlich in der Regel zeitlich nach dem Entscheidungsprozeß im Aufsichtsrat in Sozialplanverhandlungen ein „Nachteilsausgleichspaket“ zu verhandeln ist<sup>768</sup>. Wenn hierbei im Aufsichtsrat bereits die Zustimmung zur Entscheidung über das „Ob“ der Maßnahme an das Sozialplanvolumen gekoppelt wird, verlassen sowohl der Vorstand in seiner zuvor getroffenen Konzessionsentscheidung, als auch Aufsichtsrat in der Zustimmungsentscheidung die ihnen vorgegebenen Entscheidungsleitlinien. Daß das Ergebnis dieses Kompromisses nicht als funktionsgerechte, unabhängige Wahrnehmung der Beratungs- und Überwachungsfunktion bezeichnet werden kann, liegt auf der Hand.

### 3. Erhöhung der Entscheidungskosten

Die Dopplung der Auskunfts- und Beratungsansprüche auf betrieblicher Ebene und auf der Ebene des Aufsichtsrats wie sie (auch ohne die Zuspitzung durch etwaige Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats) infolge der Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses gem. § 106 BetrVG in wirtschaftlichen Angelegenheiten oder des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats bei geplanten Betriebsänderungen gem. §§ 111 S. 1, 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG auf der einen Seite und der Auskunfts- und Be-

765 Dies verkennt *Matthießen*, Stimmrecht, S. 463 ff., der aufgrund partizipationstheoretischer Prämissen von einer ökonomisch sinnvollen „Verzahnung“ der Entscheidungsebenen spricht, deren „nicht besonders praktikable“ Kumulationswirkungen durch eine umfassende „frühzeitige Abstimmung mit allen Mitbestimmungsebenen“ behoben werden könne.

766 *Weiss*, Der Konzern 2004, S. 590, 593 f., 604 hält § 32 MitbestG zu Recht aus diesem Grund für „rechtspolitisch fragwürdig“; ähnlich *MüKoAktG-Gach*, § 32 MitbestG Rn. 2.

767 Zutreffend *Spieker*, FS Däubler, S. 406, 409 f.; angedeutet bei *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 32 Rn. 1.

768 Ein weiteres Beispiel aus der Praxis nennt der ehemalige Arbeitsdirektor der Allianz AG *Schneevoigt*, ZfA 2005, S. 233, 238 f. (Koppelung der Zustimmung des Gesamtbetriebsrats zu Kür-

ratungspflichtigen des Vorstands gegenüber dem mitbestimmten Aufsichtsrat gem. § 90 Abs. 1 AktG auf der anderen Seite entstehen, führt zu einer „Hypertrophie der Informationskanäle“. Diese erhöht zwangsläufig die Entscheidungskosten des Unternehmens<sup>769</sup>.

Da die ohnehin personell auf Seite der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter weitgehend identischen Funktionsträger in diesen Fällen ohne ein echtes Mitentscheidungsrecht informiert werden müssen und Beratungen über die geplanten Maßnahmen verlangen können, geht mit der Doppelinformation auch kein Kontrollvorteil der Arbeitnehmerseite einher, der die Mehrkosten rechtfertigen könnte. Für die Anteilseignerseite kann ein Kontrollkostennachteil ohnehin nicht mit einer vermeintlich erhöhten Überwachungseffizienzsteigerung begründet werden, zumal eine solche in der Praxis schon von vornherein nicht zu belegen ist<sup>770</sup>. Da die Doppelfunktionsträger der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter in der Praxis überdies zumeist selbst Gewerkschaftsmitglieder sind<sup>771</sup> und die Betriebsversammlungen gem. §§ 42 ff. BetrVG üblicherweise als vom Betriebsratsvorsitzenden gem. § 42 Abs. 1 S. 1 HS 2 BetrVG geleitetes Wahlforum auch für die von der Belegschaft oder ihren Delegierten gem. § 16 MitbestG zwar zu wählenden, aber von der Gewerkschaft vorgeschlagenen Kandidaten genutzt werden<sup>772</sup>, wird eine Homogenität der Arbeitnehmerbank erzeugt, welche die Mitbestimmungskumulation trotz der teilweisen personellen Verschiedenheit der Entscheidungsträger auf betrieblicher Ebene und im Aufsichtsrat bruchlos aufrechterhält. Einen Rechtfertigungsgrund für eine Erhöhung der Entscheidungskosten kann also auch eine vermeintliche Heterogenität der Arbeitnehmerbank nicht liefern.

Erst Recht werden die Entscheidungskosten in Fällen erhöht, in denen zusätzlich zu den Pflichten des Vorstands gem. § 90 AktG ein Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zugunsten des Aufsichtsrats besteht oder in denen, zumeist zusätzlich zu einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, bei erzwingbarer Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene in den erörterten Fällen des § 87 Abs. 1 Nrn. 3,

---

zungen bei Sozialeinrichtungen mit der Zustimmung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat zur Akquisition dreier Gesellschaften zur Erweiterung des Geschäftsbereichs).

769 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 271, 277; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 435; *Schneevoigt*, ZfA 2005, S. 233, 241 taxiert allein die unmittelbaren Kosten für die ca. 80 Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der Konzerngesellschaften auf 3,5 bis 4 Mio. € jährlich, sowie die vom Unternehmen gem. § 20 Abs. 3 S. 1 MitbestG zu tragenden Wahlkosten einer Wahl der Arbeitnehmervertreter auf 600.000 €. Die Lohnkosten für die 1.600 Betriebsräte, einschließlich 135 freigestellter Betriebsräte und den mit der Koordination der Betriebsratsarbeit befaßten Personalabteilungen betragen zwischen 40-50 Mio. €. Pauschal als „insignifikant“ bezeichnen demgegenüber *Jürgens/Lippelt*, Studie Deutscher Führungskräfteverband (2005), S. 60 ff. aus der Sicht der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat die Entscheidungskosten.

770 Siehe § 3B.IV.2.b.[3].

771 *Klosterkemper*, FS Wissmann, S. 456, 463.

772 *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 418.

10 und 11 i.V.m. Abs. 2 BetrVG, § 95 Abs. 2 S. 2 BetrVG oder des § 112 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 S. 2 BetrVG, selbständige Entscheidungsrechte des (Gesamt- bzw. Konzern-) Betriebsrats bestehen. In diesen Fällen können Entscheidungsprozesse über eine Einigungsstellenentscheidung auf betrieblicher Ebene oder eine bei Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrats und aufrecht erhaltenem Entscheidungsantrag des Vorstands notwendig werdende Hauptversammlungsentscheidung gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG substantiell verzögert und damit verteuert werden.

#### **4. Keine Kompensation durch gesetzliche Steuerungsmechanismen**

Fraglich ist, ob das AktG, das BetrVG oder das MitbestG kompensatorische Mechanismen bereithalten, welche die aufgezeigten Funktionsbeeinträchtigungen beheben oder zumindest abmildern können. In Betracht kommen insofern die verfahrensrechtlichen Steuerungsmechanismen der §§ 111 Abs. 4 S. 3 AktG, 76 Abs. 5 BetrVG und des § 32 MitbestG analog.

##### **a. Hauptversammlungsentscheidung gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG**

Von *Kübler/Schmidt/Simitis* ist im Verfassungsstreit der 1970er Jahre zur Frage der Abwendung einer „Überparität der Arbeitnehmerseite“ vertreten worden, das Recht des Vorstands gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG, bei verweigerter Zustimmung des Aufsichtsrats auf der Grundlage eines Zustimmungsvorbehalts, die Frage auf die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung nach § 175 AktG bzw. bei besonderer Dringlichkeit auf die Tagesordnung einer außerordentlichen Hauptversammlung zu setzen, löse den erläuterten Funktionskonflikt zwischen der Entscheidungserwartung der Mitbestimmungsträger auf Betriebsebene und der Aufsichtsratsentscheidung über die Ausübung eines Zustimmungsvorbehalts effektiv auf<sup>773</sup>.

Dies kann aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Zum einen ist es bei den festgestellten Rückwirkungen der Bestellfunktion des mitbestimmten Aufsichtsrats auf die Kompromißbereitschaft der Vorstandsmitglieder unwahrscheinlich, daß der Vorstand den Eskalationsweg über die Hauptversammlungsentscheidung wählt, zumal ihm auf betrieblicher Ebene infolgedessen eine Verhärtung der Verhandlungspositionen drohen wird<sup>774</sup>. Zudem ist die gem. § 111 Abs. 4 S. 5 AktG zwingende qualifizierte Entscheidungsmehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen in der Hauptversammlung gem. § 111 Abs. 4 S. 4 AktG eine sehr hohe Hürde, die in der Praxis gerade gegen einen ablehnenden Aufsichtsratsbeschluß schwer zu erreichen sein wird. Entscheidend spricht aber gegen die Konfliktlösung über den Hauptversammlungsbeschluß, daß die Hauptversammlung wie gezeigt gerade bei

---

773 *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 184.

774 So auch *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 141; *Kübler/Schmidt/Simitis*, erkennen selbst dieses Argument an anderer Stelle (S. 184) an. In der Praxis spielt die Einberufung durch den Vorstand nach GroßKomm.AktG-Hopt/Roth, § 111 Rn. 618 bezeichnenderweise keine Rolle.

den in der Anwendungsbereich des MitbestG fallenden Publikumsgesellschaften ein überaus teures, schwerfälliges und insbesondere wegen des bislang ungelösten Problems geringer Präsenzzahlen auch unter Repräsentationsgesichtspunkten untaugliches Kontrollinstrument ist<sup>775</sup>. Besonders deutlich wird das bei dringlichen Entscheidungen, für die auf das Unternehmen zusätzlich zum Aufwand der regulären Hauptversammlung der Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung zukäme, sofern sich nicht zufällige zeitliche Überschneidungen ergäben.

#### **b. Einigungsstellenbeschuß gem. § 76 Abs. 5 BetrVG**

Fraglich ist, ob durch einen Spruch der Einigungsstelle gem. § 76 Abs. 5 BetrVG die Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen abgemildert oder sogar im Ansatz verhindert werden können. Letzteres ist in der Paritätsdebatte der 1970er Jahre von *Kraft/Konzen* angedeutet worden, die jedenfalls einen „überparitätischen Einfluß“ der Arbeitnehmerseite im Unternehmen trotz festgestellter Kumulation der Mitbestimmungsebenen wegen der Funktion der Einigungsstelle als „Clearinginstanz“ verneinen<sup>776</sup>. Diese bestehe darin, daß die Einigungsstelle bereits ein zuvor gegenüber einer Vorstandsentscheidung abgegebenes Votum des mitbestimmten Aufsichtsrats bei der Ermessensentscheidung nach § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG hinsichtlich des Ausgleichs der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen habe. Der in der Aufsichtsratsentscheidung zutage getretene Arbeitnehmereinfluß auf der Ebene der streitigen unternehmerischen Entscheidung binde das Ermessen der Einigungsstelle bei der Entscheidungsfindung auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene dergestalt, daß jedenfalls eine einseitige Bevorzugung der Arbeitnehmerinteressen im Einigungsstellenanspruch nicht möglich sei<sup>777</sup>.

Diese Auffassung ist, übertragen auf den hier zu lösenden Funktionskonflikt, aus mehreren Gründen abzulehnen. Die Einigungsstelle ist als Zwangsschlichtungsinstanz für Regelungsstreitigkeiten<sup>778</sup> der Betriebspartner im Betriebsverfassungsrecht konzipiert. Sie hat nicht die Funktion, defizitäre Entscheidungsverfahren auf der Ebene des mitbestimmten Aufsichtsrats, also der Unternehmensverfassung, zu kompensieren. Dies ist (allenfalls) Aufgabe des Aktienrechts, wie der Verweis des § 25 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG auf das AktG belegt. Hierdurch wird aber auf das Konfliktsteuerungsmodell des § 111 Abs. 4 S. 3 AktG Bezug genommen, so daß der Verweis auf das Einigungsstellenverfahren auch gesetzessystematisch verfehlt ist. Daß

775 Siehe § 2C.II.1. Zweifel an der Praktikabilität äußern auch GroßKomm.AktG-*Hopt/Roth*, § 111 Rn. 616.

776 *Kraft/Konzen*, Arbeiterselbstverwaltung, S. 71 f.; zustimmend *Schwerdtfeger*, Verfassungsmäßigkeit, S. 41; zu weiteren Konzepten eines paritätisch besetzten Vermittlungsausschusses auf Unternehmensebene *Rube*, Paritätische Mitbestimmung, S. 183 ff.; *Matthießen*, Stimmrecht, S. 42.

777 In diese Richtung auch *Auffarth*, RdA 1976, S. 2, 3 f.; *Martens*, AG 1976, S. 113, 115; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 637.

die Anrufung der Hauptversammlung aus den dargelegten Gründen die Beeinträchtigungen des Corporate Governance-Systems nicht auffangen kann, kann kein Argument für einen derartigen Systembruch sein, sondern mag den Gesetzgeber zur Beseitigung der Ursache des Konflikts auf den Plan rufen.

Selbst wenn man aber dem Gedanken zu Diskussionszwecken folgte, könnte die Einigungsstellenentscheidung von vornherein die aufgezeigten Beeinträchtigungen der Aufsichtsratsfunktionen weder verhindern, noch abmildern. Das liegt hinsichtlich der Bestellungsfunktion des Aufsichtsrats schon daran, da diese keinen Berührungspunkt mit einer möglichen Entscheidung der Einigungsstelle aufweist. Für die Beratungs- und Überwachungsfunktion gilt im Ergebnis nichts anderes, da der von der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat mitbestimmte Vorstand bereits im Ausgangspunkt der unternehmerischen Entscheidung mit der Drohung harter Folgeverhandlungen auf Betriebsebene zu Kompromissen gezwungen werden kann, die dann im betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsstreit nicht mehr korrigiert werden können, da über das „Ob“ der unternehmerischen Entscheidung zu diesem Zeitpunkt bereits entschieden ist. Dies folgt für den wichtigsten Fall des erzwingbaren Sozialplans bereits aus dem konstitutiven Zusammenhang mit der Betriebsänderung gem. § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG, die zumindest das Planungsstadium erreicht haben muß, also als unternehmerische Ausgangsentscheidung bereits getroffen sein muß<sup>779</sup>. Gleiches gilt aber auch für die übrigen erzwingbaren Mitbestimmungsrechte, welche die Ausgestaltung einer bereits getroffenen unternehmerischen Entscheidung voraussetzen. Überdies ist die behauptete Ermessensbindung der Einigungsstelle abzulehnen, da § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG ebensowenig derartige Beschränkungen enthält wie die Spezialvorschrift des § 112 Abs. 5 S. 2 BetrVG für den Fall des erzwingbaren Sozialplans. Ermessensleitend sind ausdrücklich lediglich die wirtschaftlichen Belange des Betriebs auf der einen und die Interessen der Arbeitnehmer auf der anderen Seite<sup>780</sup>. Die vorgeschlagene Interessenprävalenz in der Einigungsstellenentscheidung für dem MitbestG unterfallende Unternehmen geht mithin an der gesetzlichen Konzeption der Einigungsstelle vorbei.

---

778 Zu den wenigen Ausnahmen der Beurteilung von Rechtsfragen, die aber auch nicht mehr der Schlichtungsfunktion unterfallen siehe GK-BetrVG/Kreutz, § 76 Rn. 14.

779 *Richard/Annauß*, BetrVG, § 112 Rn. 61; GK-BetrVG/Oetker, § 112, 112a Rn. 103 (jeweils zum Sozialplan).

780 GK-BetrVG/Kreutz, § 76 Rn. 131; Das BAG betont zudem einen weiten Ermessensspielraum der Einigungsstelle bei der Sozialplandotierung, der bis zur Grenze der wirtschaftlichen Vernichtung des Unternehmens reiche und räumt damit faktisch den Arbeitnehmerinteressen den Abwägungsvorrang ein, zuletzt BAG Beschl. v. 24.8.2004 – 1 ABR 23/03, „Hamburger Hafen“, DB 2005, S. 397, 398 = AP Nr. 174 zu § 112 BetrVG 1972.

### c. Konfliktsteuerung durch § 32 MitbestG analog

#### [1] Meinungsstand

Von einzelnen Literaturstimmen<sup>781</sup> ist zur Vermeidung der aufgezeigten Beeinträchtigungen der Beratungs- und Überwachungsfunktion vorgeschlagen worden, § 32 MitbestG jedenfalls für die in wirtschaftlichen Angelegenheiten festgestellten Kumulationssituationen analog anzuwenden. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß der Gesetzgeber mit § 32 MitbestG den Arbeitnehmereinfluß in den Kontrollorganen der Gesellschaften für Fälle mehrstufiger, nicht notwendig in Form eines Konzernverhältnisses<sup>782</sup> strukturierter Unternehmensbeteiligungen von 25 % oder mehr einer dem MitbestG unterfallenden Obergesellschaft an ebenfalls dem MitbestG unterfallenden Untergesellschaften zur Vermeidung einer „Kaskadenwirkung“ der Arbeitnehmermitbestimmung beschränkt hat<sup>783</sup>. Die Norm verstärkt folglich den Anteilseignerschutz dadurch, daß sie für den Anwendungsfall einer mitbestimmten Aktiengesellschaft den Vorstand der Obergesellschaft bei der Ausübung von Beteiligungsrechten, namentlich der Bestellung, dem Widerruf der Bestellung, oder der Entlastung von Verwaltungsträgern der Untergesellschaft, der Beschlußfassung über die Auflösung der Untergesellschaft und ihrer etwaigen Fortsetzung nach einer Auflösung, einer Umwandlung der Untergesellschaft oder dem Abschluß von Unternehmensverträgen i.S.v. §§ 291 f. AktG, an den ausschließlich von der Mehrheit der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bekundeten Willen bindet. Aufgrund der gesetzlichen Bindung des Vorstands der Obergesellschaft an derart beschlossene Weisungen des Aufsichtsrats gem. § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG wird ersterem eine „mitbestimmungsfreie“<sup>784</sup> Ausübung der Beteiligungsrechte an einer weiterhin unbeschränkt mitbestimmten Untergesellschaft ermöglicht. Übertragen auf die dargestellten Fälle der Kumulation von Teilhaberechten bedeutete dies, daß zumindest in allen Fällen, in denen erzwingbare Mitbestimmungsrechte auf betrieblicher Ebene mit Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats kumulieren, der entsprechende Auf-

781 *Reuter*, AcP 179 (1979) S. 509, 563; *Scholz*, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 135; i.E. ähnlich *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 408 f.: „genereller Ausschluß der Arbeitnehmervertreter vom Stimmrecht“.

782 *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 559; gleichwohl ist der Konzern in der Praxis der Hauptanwendungsfall, siehe *Weiss*, Der Konzern 2004, S. 590, 592.

783 *Begr.RegE*, BT-Drucks. 7/2172, S. 28; *Kropff* in: *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch, § 8 Rn. 288; *MüKoAktG-Gach*, § 32 MitbestG, Rn. 1.

784 Nach zutreffender h.M. wird das Beschlußorgan entsprechend dem Wortlaut und der Ratio legis nicht geteilt, sondern nur das Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter beschränkt, so daß die Arbeitnehmervertreter ihr Sitzungsteilnahmerecht und Beratungsrecht behalten. So zu Recht *Spieker*, FS Däubler, S. 406, 413 f.; *MünchHbAG/Hoffmann-Becking*, § 29 Rn. 50; *Raiser*, MitbestG, § 32 Rn. 18; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 32 Rn. 24; a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 32 Rn. 54.

sichtsratsbeschluß der Obergesellschaft lediglich mit der Mehrheit der Anteilseignerstimmen zu fassen wäre<sup>785</sup>.

Die ganz h.M.<sup>786</sup> lehnt dem gegenüber eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Kumulationen von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung ab. Bereits die für den Analogieschluß notwendige planwidrige Regelungslücke sei zu verneinen. Die im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehene wörtliche Übernahme des § 15 Montan-MitbestErgG, welcher für Unternehmensbeteiligungen in mitbestimmten Unternehmen der Montanindustrie eine sinngemäße Regelung vorsieht, sei vom zuständigen Bundestagsausschuß für Arbeit und Sozialordnung auf Kritik der Wissenschaft an der Unvollständigkeit des Katalogs der Beteiligungsrechte in § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG, welcher wichtige Strukturentscheidungen der Hauptversammlung wie Satzungsänderungen, Kapitalbeschaffungsmaßnahmen, die Verwendung des Jahresabschlusses und die Verfügung über die Beteiligung selbst auspare, zwar hinsichtlich der Aufnahme von Unternehmensverträgen angepaßt worden. Im übrigen sei § 32 MitbestG aber unverändert geblieben. Damit sei die Begrenzung des Katalogs der Beteiligungsrechte eine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers und kein Redaktionsversehen. Weiter spreche gegen eine Analogie, daß eine Ausdehnung des Katalogs die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat überfordern würde, da diese damit an Geschäftsführungsaufgaben beteiligt würden, zu denen sie ansonsten weder vom AktG befugt seien, noch die nötige Expertise hätten<sup>787</sup>. Zudem sei wegen der drastischen Rechtsfolgen<sup>788</sup> einer Verletzung des in § 32 MitbestG vorgesehenen Verfahrens ein Höchstmaß an Rechtssicherheit gefordert, welches nur durch eine wortlautgemäße Anwendung der Vorschrift gewährleistet sei. Gleiches gelte wegen des ohnehin bestehenden Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden, da andernfalls die – sofern man den Gesetzgeber des MitbestG zur Funktion des § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG ernst nimmt – rechtspolitisch obsoletere Vorschrift noch weiter ausgedehnt würde<sup>789</sup>.

## [2] Stellungnahme

Mit der h.M. ist der Analogieschluß zu § 32 MitbestG abzulehnen. Zwar kann nicht überzeugen, daß die Anteilseignerbank im Aufsichtsrat zu der Entscheidung über die Ausübung von Zustimmungsvorbehalten nicht in der Lage sein soll. Eine derartige Gefahr hat jedenfalls der Gesetzgeber angesichts der Konzeption des § 111 Abs. 4

---

785 Reuter, AcP 179 (1979) S. 509, 563 beschränkt die Analogie auf die Rechte nach §§ 111 f. BetrVG, was daran liegt, daß er entgegen der hier vertretenen Ansicht weitere Kumulationsfälle verneint.

786 MüKoAktG-Gach, § 32 MitbestG Rn. 22 f.; Großkomm.AktG-Oetker, § 32 MitbestG Rn. 12; Raiser, MitbestG, § 32 Rn. 16; Weiss, Der Konzern 2004, S. 590, 593; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 559; Hanau/Ulmer, MitbestG, § 32 Rn. 14; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 32 Rn. 10.

787 Hanau/Ulmer, MitbestG, § 32 Rn. 14.

788 Neben der Haftungsfolge des § 93 AktG handelt es sich v.a. um eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands gem. § 82 Abs. 1 AktG.

AktG nicht gesehen. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG sieht schließlich in Form der Zustimmungsvorbehalte als präventives Überwachungsinstrument unterschiedslos für mitbestimmte wie mitbestimmungsfreie Aktiengesellschaften einen Einbruch in das Geschäftsführungsmonopol des Vorstands vor. Im übrigen erweiterte eine Beschränkung des Stimmrechts auf die Anteilseignervertreter in der Sache nicht deren Kompetenzen, sondern schränkte nur die der Arbeitnehmervertreter ein. Das Argument ist daher allenfalls für die in diesem Zusammenhang nicht interessierende Frage der Ausweitung des Katalogs der Beteiligungsrechte des § 32 Abs. 1 S. 1 BetrVG zutreffend. Gleiches gilt für das Argument, aus Rechtssicherheitsgründen sei eine restriktive Handhabung des Tatbestands des § 32 MitbestG erforderlich, da eine Ausdehnung der Rechtsfolgen des § 32 MitbestG ansonsten zu weitreichend sei. Den übrigen Argumenten ist hingegen zuzustimmen. Eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers ist einerseits wegen der erwähnten Regelung des § 111 Abs. 4 S. 3 AktG und andererseits wegen des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden gem. § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG abzulehnen. Mögen auch erhebliche Zweifel an der Funktionsfähigkeit beider Mechanismen in der Praxis bestehen, geht der Gesetzgeber offenbar nach wie vor von der hinreichenden Durchsetzungsfähigkeit der Anteilseignerinteressen trotz festzustellender Mitbestimmungskumulationen aus. Zusätzlich hierzu verkennt die Gegenansicht, daß die Lösung über einen nach Stimmrechten geteilten Aufsichtsrat allenfalls das aufgezeigte Kumulationsrisiko vermindern, nicht aber beseitigen könnte. Zum einen bliebe nämlich durch eine analoge Anwendung des § 32 MitbestG die Funktionsbeeinträchtigung der Bestellungsfunktion des Aufsichtsrats unberührt. Ob funktionswidrige Konzessionsentscheidungen verhindert werden könnten, ist infolgedessen ebenfalls fragwürdig, da es der nach wie vor vom Gesamtaufsichtsrat bestimmte Vorstand ist, der die unternehmerische Entscheidung vorprägt. Dieser müßte zudem den mitbestimmten Gesamtaufsichtsrat ohnehin im Rahmen des § 90 AktG über alle wesentlichen Geschäfte informieren. Da auch die Informationsrechte auf Betriebsebene unberührt blieben und damit die kritisierte Hypertrophie der Informationskanäle bestehen bliebe, drohte infolge der analogen Anwendung des § 32 MitbestG allenfalls eine Verschiebung des Einflusses der Arbeitnehmer auf die betriebliche Ebene, zumal auch die partielle Personenidentität von Aufsichts- und Betriebsräten unberührt bliebe. Da neben den geäußerten methodischen Bedenken das Problem der Kumulation der Teilhaberechte damit nicht ansatzweise gelöst würde, ist eine Analogie zu § 32 MitbestG ebenfalls kein tauglicher Lösungsweg.

### III. Funktionswidrige Mitbestimmungskumulation bei Unternehmensbeteiligungen?

Der von § 32 MitbestG unmittelbar geregelte Fall der Beteiligung von nach dem MitbestG unterliegenden Gesellschaften an anderen, ebenfalls dem MitbestG unterliegenden Gesellschaften wirft die Frage auf, ob sich in diesen Fällen zusätzlich zur festgestellten Mitbestimmungskumulation auf den Ebenen BetrVG – MitbestG weitere Kumulationswirkungen von Teilhaberechten der Arbeitnehmer gerade aufgrund dieses Beteiligungsverhältnisses ergeben können.

#### 1. Normzweck und Regelungstechnik des § 32 MitbestG

Wie zur Frage einer analogen Anwendbarkeit des § 32 MitbestG auf Kumulationen zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung bereits ausgeführt, ist dies jedenfalls nach der Vorstellung des Gesetzgebers trotz des Konfliktsteuerungsinstruments des Zweitstimmrechts gem. § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG, das den Anteilseignern eine formale Stimmrechtsmehrheit sichert, grundsätzlich der Fall<sup>790</sup>. Anders als in den Kumulationsfällen aufgrund des Nebeneinander von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung regelt § 32 MitbestG in direkter Anwendung einen Anwendungsfall von mehreren Ebenen der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG durch eine Unternehmensbeteiligung von mindestens 25 % einer Obergesellschaft an einer ebenfalls nach dem MitbestG mitbestimmten Untergesellschaft. Durch den Mechanismus des § 32 MitbestG will der Gesetzgeber für die in Abs. 1 S. 1 aufgezählten, nach seinem Dafürhalten besonders wesentlichen Rechte der Obergesellschaft aus ihrer Beteiligung an der Untergesellschaft eine Mitbestimmungskumulation verhindern, die er ohne die Regelung infolge des unterstellten Einflusses des mitbestimmten Aufsichtsrats der Obergesellschaft auf das Stimmverhalten ihres Vorstands befürchtet. Infolge des Ausschlusses der Arbeitnehmervertreter vom Stimmrecht im Aufsichtsrat der Obergesellschaft in den von § 32 Abs. 1 MitbestG geregelten Beteiligungssachverhalten werden gleichzeitig etwaige satzungsmäßige oder aufgrund Aufsichtsratsbeschlusses bestehende Zustimmungsvorbehalte i.S.v. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zugunsten des Gesamtaufsichtsrats gegenstandslos, da andernfalls § 32 MitbestG umgangen werden könnte<sup>791</sup>. Nicht geregelt sind neben den Fällen einer Beteiligung von unter 25 % an dem MitbestG unterliegenden Untergesellschaften die Fälle, daß die Untergesellschaft nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegt oder wegen ihrer Rechtsform als Personengesellschaft<sup>792</sup> oder wegen des Unterschreitens des Arbeit-

790 Begr.RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 28; Ausschlußbericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 7/4845, S. 10.

791 Ganz h.M., Raiser, MitbestG, § 32 Rn. 27; Hüffer, AktG, § 111 Rn. 16; Hanau/Ulmer, § 32 Rn. 20.

792 Personengesellschaften sind als solche grundsätzlich mitbestimmungsfrei, wie § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG und auch § 4 MitbestG zeigen. Letzterer regelt zwar den Fall einer mitbestimmten Kapitalgesellschaft&Co.KG, die typologisch eine Personengesellschaft ist, doch beschränkt sich die Rege-

nehmerschwellenwertes des § 1 DrittelbG keiner Unternehmensmitbestimmung unterliegt, da nach Ansicht des Gesetzgebers in diesen Fällen wegen der unterparitätischen Arbeitnehmerbeteiligung die Kumulationsgefahr gering sei<sup>793</sup>.

## 2. Kritik an Normzweck und Regelungstechnik des § 32 MitbestG

Aufgrund des Aufeinandertreffens mehrerer mitbestimmter Gesellschaften in Beteiligungsstrukturen ist eine Kumulation von Arbeitnehmereinflüssen in den Aufsichtsräten der beteiligten Gesellschaften nicht von der Hand zu weisen, so daß § 32 MitbestG auf den ersten Blick seinen Zweck erfüllt. Die Norm ist dennoch erheblicher Kritik ausgesetzt. Bezweifelt wird bereits das rechtspolitische Bedürfnis nach einer derartigen Steuerungsnorm aufgrund des ohnehin bestehenden Zweitstimmrechts des von der Anteilseignerseite bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden und der Verpflichtung aller Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse. Beide Regelungsmodelle sollen schließlich bereits innerhalb des Organgefüges der Aktiengesellschaft eine funktionswidrige Ausübung des Einflusses der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf den die Beteiligungsrechte exekutierenden Vorstand verhindern<sup>794</sup>. § 32 MitbestG sei zudem nach Ansicht weiterer Literaturstimmen<sup>795</sup> durch eine außergewöhnlich drastische Regelungstechnik gekennzeichnet, die nicht weniger als drei fundamentale gesellschafts- bzw. aktienrechtliche Prinzipien durchbreche: Zum einen werde durch die Trennung der Stimmrechtsausübung nach Aufsichtsratsbänken das ungeschriebene aktienrechtliche und im Recht der Unternehmensmitbestimmung in den §§ 4 Abs. 3 S. 1 Montan-MitbestG, 5 Abs. 4 MitbestErgG zum Ausdruck kommende Prinzip des Pflichtengleichlaufs der Organmitglieder durchbrochen<sup>796</sup>. Zudem würden der Anteilseignerbank durch das Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand entgegen der Wertung der §§ 76, 111 Abs. 4 S. 1 AktG wesentliche Geschäftsführungsbefugnisse übertragen. Schließlich werde durch die der Weisung des Aufsichtsrats an den Vorstand zukommenden „Außenwirkung“, nach der ein ohne oder abweichend von einer Weisung des Aufsichtsrats vorgenommenes Geschäft des Vor-

---

lung auf eine Zurechnung der Arbeitnehmer der Kommanditisten zu einer nach Anteils- oder Stimmenmehrheit die KG dominierenden Komplementär-Kapitalgesellschaft, um dem Ausweichen der Mitbestimmung durch die gesellschaftsrechtliche Gestaltung einer kapitalistisch organisierten Personengesellschaft zu begegnen. Für den umgekehrten Fall einer Kapitalgesellschaft&Co.KG als Obergesellschaft wendet die h.M. allerdings – entsprechend dem Normzweck folgerichtig – § 32 MitbestG analog an, siehe Großkomm.AktG-Oetker, § 32 Rn. 7; Raiser, MitbestG, § 32 Rn. 6.

793 Spezialregelungen existieren für die Beteiligung an der Montan-Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen, siehe §§ 3, 15 Montan-MitbestErgG.

794 Hanau/Ulmer, MitbestG, § 32 Rn. 4; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 32 Rn. 3; MüKoAktG-Gach, § 32 MitbestG Rn. 2; Weiss, Der Konzern 2004, S. 590, 604.

795 Spieker, FS Däubler, S. 406, 410 f.; Weiss, Der Konzern 2004, S. 590, 591; Semler, FS Kropff, S. 302, 304 f.

796 Großkomm.AktG-Oetker, § 25 Rn. 22; Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 107.

stands unwirksam sei<sup>797</sup>, das in § 82 Abs. 1 AktG angelegte Abstraktionsprinzip durchbrochen.

### 3. Stellungnahme

Der genannten Kritik ist, wenn man den Gesetzgeber des MitbestG ernst nimmt, grundsätzlich zuzustimmen. Bereits das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil ausdrücklich offengelassen, ob § 32 MitbestG angesichts der (seinerzeit selbstverständlich positiven) Prognose des Gesetzgebers zur Funktionsfähigkeit des § 29 Abs. 2 MitbestG rechtspolitisch sinnvoll ist<sup>798</sup>.

Gleichwohl ist für das Verhältnis der betrieblichen Teilhaberechte zur Teilhabe nach dem MitbestG gezeigt worden, daß personelle und kompetenzielle Verflechtungen zwischen den Entscheidungsebenen und ihren jeweiligen Entscheidungsträgern die Funktionsfähigkeit der Bestellungsfunktion des Aufsichtsrats ebenso beeinträchtigen wie seine Beratungs- und Überwachungsfunktion. Der Konfliktlösungsmechanismus des § 29 Abs. 2 MitbestG ist demgegenüber in seiner Funktionsfähigkeit erheblich eingeschränkt. Zum einen ist er als Schlußpunkt eines langwierigen Entscheidungsmodus konzipiert, zum anderen kann er nach dem bereits das Verhandlungsverfahren im mitbestimmten Aufsichtsrat prägenden Konsensprinzip auch aus taktischen Gründen lediglich *ultima ratio* sein. Er wird dem entsprechend selten in der Praxis angewendet<sup>799</sup>. Auch die Bindung aller Aufsichtsratsmitglieder an die Leitmaxime des unter Vorrang der Anteilseignerinteressen zu verwirklichenden Unternehmensinteresses wirkt angesichts der von den aufgezeigten Verflechtungen ausgehenden Gefahr des erzwungenen Koppelungsgeschäfts offenbar nicht so disziplinierend wie vom Gesetzgeber beabsichtigt.

Übertragen auf die Frage nach der Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen aufgrund mehrstufiger Unternehmensbeteiligungen mitbestimmter Unternehmen bedeutet dies, daß bereits nach der Vorstellung des Gesetzgebers ohne die Regelung des § 32 MitbestG solche Funktionsbeeinträchtigungen eintreten würden. Daß die befürchtete Konsequenz durchaus naheliegend ist, wird besonders deutlich am Fall der Ausübung von Beteiligungsrechten der Obergesellschaft „bei der Bestellung, dem Widerruf der Bestellung oder der Entlastung von Verwaltungsträgern“ der Untergesellschaft gem. § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Im Fall der mitbestimmten Untergesellschaft bedeutete dies ohne die Regelung des § 32 MitbestG, daß der Vorstand der Obergesellschaft bei der Bestellung der von der Anteilseignerseite gewählten

---

797 So die ganz h.M., MünchHbAG/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 49; MüKoAktG-Gach, § 32 MitbestG Rn. 13; Raiser, MitbestG, § 32 Rn. 24; Hüffer, AktG, § 82 Rn. 4; Weiss, Der Konzern, S. 590, 596.

798 BVerfG, a.a.O., (Fn. 47), S. 326.

799 Rebhahn, ZAAR, § 2 Rn. 40.

Aufsichtsratsmitglieder<sup>800</sup> in der Hauptversammlung der Untergesellschaft gem. §§ 101 Abs. 1 S. 1 AktG, 8 Abs. 1 MitbestG an einen Beschluß des Aufsichtsrats etwa aufgrund eines bestehenden Zustimmungsvorbehalts gebunden werden könnte. Aufgrund der offenbar auch vom Gesetzgeber geteilten Skepsis gegenüber der Tauglichkeit des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden bestünde damit die Gefahr, daß beide Aufsichtsratsbanken der Untergesellschaft unter Arbeitnehmer-einfluß stehen. Die Regelung ist daher gerade wegen der untauglichen Konfliktsteuerungswirkung der anderen gesetzlichen Mechanismen *de lege lata* erforderlich und nicht obsolet.

Sie gewährleistet den Schutz andererseits nur lückenhaft. Nicht einzusehen ist nämlich, warum lediglich dem DrittelbG unterliegende und selbst mitbestimmungsfreie Untergesellschaften nicht erfaßt werden<sup>801</sup>. Die vom Gesetzgeber unterstellte Kumulation des Arbeitnehmereinflusses ist in diesen Fällen nicht geringer, da der Gesetzgeber selbst den möglichen Einfluß der Obergesellschaft, nicht die möglichen Folgen bei der Untergesellschaft als Maßstab genommen hat. Ein Vergleich mit § 15 Abs. 1 S. 1 Montan-MitbestErgG als legislatorischem Vorbild des § 32 MitbestG<sup>802</sup> bestätigt dies, da der Gesetzgeber dort ganz bewußt weder eine Beschränkung hinsichtlich der Rechtsform der Untergesellschaft (als Kapitalgesellschaft), noch hinsichtlich des auf diesen Rechtsträger anzuwendenden Mitbestimmungsstatuts vorgenommen hat<sup>803</sup>.

Der Vorwurf ungerechtfertigter Schutzlücken läßt sich auch gegen den Katalog der Beteiligungsrechte des § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG, der weitere Beteiligungsrechte wie Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen, Gewinnverwendungsbeschlüsse und Eingliederungen grundlos ausschließt, erheben. Eine aufgrund von § 90 Abs. 1 S. 2 AktG erneute Behandlung von Belangen einzelner Konzernunternehmen im Aufsichtsrat der Konzernmutter, selbst wenn diese auf Unternehmensebene mit den dortigen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien abschließend behandelt worden wären, kann § 32 MitbestG ohnedies nicht verhindern<sup>804</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint § 32 MitbestG als inhaltlich und regelungstechnisch schlechter Kompromiß, der lediglich für dem MitbestG unterliegende Untergesellschaften in Ansehung der ausdrücklich geregelten Beteiligungsrechte eine funktionswidrige Mitbestimmungs-

800 Der Mechanismus des § 31 MitbestG für die Bestellung der Vorstandsmitglieder bleibt hiervon ebenso unberührt wie die Wahl der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat der Untergesellschaft gem. §§ 9 ff. MitbestG.

801 Dieses Bedenken wird auch angedeutet bei MüKoAktG-Gach, § 32 MitbestG Rn. 7.

802 MüKoAktG-Gach, § 32 MitbestG Rn. 1.

803 Siehe hierzu aus der Entstehungszeit der Vorschrift Kötter, Montan-MitbestErgG, § 15 Anm. 1.

804 Zu den Gefahren einer personellen Verflechtung der Leitungsorgane (mit dem Schwerpunkt auf Verflechtungen der Anteilseignervertreter) im Konzern weiterführend Kleindiek, Handbuch CG, S. 571, 596.

kumulation vermeidet, dafür aber den hohen Preis einer dreifachen Durchbrechung gesellschaftsrechtlicher Prinzipien in Kauf nimmt.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Die Mitbestimmungskumulation von betriebsverfassungsrechtlichen Teilhaberechten und Teilhaberechten im Aufsichtsrat beeinträchtigt die funktionsgerechte Aufsichtsratsarbeit erheblich. Ein Mehr an Teilhabe wird hierdurch überdies nicht erzielt, da die Unternehmensmitbestimmung einerseits den Arbeitnehmern gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung keine zusätzlichen Sachkompetenzen zuweist und umgekehrt auch keine betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzen aufgrund des MitbestG zurückgenommen worden sind, sondern letztere im Gegenteil nach Inkrafttreten des MitbestG sogar noch ausgebaut wurden. Die Mitbestimmungskumulatio- nen führen mithin zu einer Übererfüllung der Teilhabefunktion. Eine Mitbestimmungskumulation bei Unternehmensbeteiligungen wird für bestimmte Be- teiligungsrechte der Obergesellschaft durch § 32 MitbestG unter Preisgabe dogmati- scher Grundprinzipien des Gesellschafts- und Aktienrechts zwar notdürftig ver- hindert. Andererseits bestätigt die Existenz der Norm die Bedenken gegen die Taug- lichkeit des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden sowie der Bindung der Arbeitnehmervertreter an das Unternehmensinteresse als Konfliktsteuerungs- instrumente, welche die Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers gerade verhindern sollen.

#### **B. Funktionsdefizite**

Neben den Funktionsbeeinträchtigungen durch eine personelle und kompetenzielle Verflechtung mehrerer Teilhabeebenen im Unternehmen können *de lege lata*<sup>805</sup> wei- tere Konflikte der paritätischen Unternehmensmitbestimmung mit den Anforderun- gen guter Corporate Governance an die Binnenstruktur des Aufsichtsrats und seine Entscheidungsprozesse sowie an die Person des einzelnen Aufsichtsratsmitglieder entstehen. Diese Konflikte sind Gegenstand der folgenden Analyse.

#### **I. Strukturbedingtes Kommunikationsdefizit**

Das die Entscheidungsfindung in paritätisch mitbestimmten Aufsichtsräten prägende Konsensprinzip ist bereits als Hemmnis einer interessengerechten Wahrnehmung der

---

805 Nicht selten kommt es in der Praxis überdies zu gewillkürten Mitbestimmungslösungen, die sogar über das hier untersuchte paritätische Mitbestimmungsregime hinausgehen, indem sie etwa alle „wesentlichen“ Aufsichtsratsentscheidungen an eine Stimmenmehrheit von 2/3 binden (so im Fall der Volkswagen AG-Tochter AUTO 5000 GmbH, dazu *Schumann/Kuhlmann/Sanders/Sperling*, WSI Mitteilungen 1/2005, S. 3, 6). Derartige Erweiterungen bleiben aber einerseits wegen ihrer Vielgestaltigkeit, andererseits wegen der von ihnen ausgehenden „lediglich“ potenzierten Wirkung der bereits in der gesetzlichen Ausgangslage festzustellenden Corporate Governance-Defizite außer Betracht. Weiterführend insofern *Seibt*, AG 2005, S. 413 ff, 421.

Teilhabefunktion der Unternehmensmitbestimmung identifiziert worden<sup>806</sup>. Doch nicht nur die Funktion der Unternehmensmitbestimmung, sondern umgekehrt auch die Funktionen des Aufsichtsrats im deutschen Corporate Governance-Modell können durch die Konzentration der Anteilseignervertreter und der Arbeitnehmervertreter in einem Organ der Unternehmensverfassung beeinträchtigt werden.

Das Erfordernis offener Sachdiskussionen innerhalb der Organe Vorstand und Aufsichtsrat sowie zwischen diesen Organen sind der wohl bedeutendste Grundsatz funktionsgerechter Corporate Governance im Rahmen des deutschen Modells<sup>807</sup>. Zwar ist dieser Grundsatz nicht gesetzlich explizit geregelt, doch hat die Bundesregierung durch die Anerkennung von Nr. 3.5 S. 1 DCGK, worin die Kodex-Kommission diesen Grundsatz in den geltendes Gesetzesrecht darstellenden Teil des DCGK aufgenommen hat, seine Bedeutung unterstrichen<sup>808</sup>. Als Barrieren offener Sachdiskussionen sind in der Praxis gerade in mitbestimmten Aufsichtsräten gruppenpsychologische Mechanismen festzustellen, die sich in der Ausbildung einer Gruppenmeinung innerhalb der Teilgruppen der Anteilseignervertreter oder der Arbeitnehmervertreter entlang der „Leitansichten“ des Aufsichtsratsvorsitzenden einerseits und seines Stellvertreters andererseits ausgeprägt haben, obwohl einzelne Aufsichtsratsmitglieder durchaus Bedenken gegen die Mehrheitsansicht hatten. Andererseits werden Themen, die Schwächen entweder des zu kontrollierenden Vorstands oder einzelner Aufsichtsratsmitglieder aufdecken, gezielt der Diskussion entzogen, um eine dem jeweils „eigenen Lager“ zugehörige Person nicht bloßzustellen<sup>809</sup>. Durch die Anregungen der Nr. 3.6 DCGK, vor einer Zusammenkunft des Gesamtgremiums getrennte Vorbereitungssitzungen der Aufsichtsratsbanken abzuhalten und gegebenenfalls den Vorstand von der Aufsichtsratssitzung oder dem Vorbereitungsgespräch auszuschließen<sup>810</sup>, soll diesen Phänomenen begegnet werden<sup>811</sup>. Während der letztgenannte Mechanismus durchaus erfolgversprechend ist, um eine offene Sachdiskussion ohne die Gegenwart der von Aufsichtsratsentscheidungen im Umsetzungsprozeß Betroffenen zu befördern, erscheint die getrennte Vorbe-

806 Siehe § 3B.V.1.b.[2][b].

807 v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 387.

808 Siehe dazu § 2D.II.3.b.[1].

809 Zu beiden kommunikationspsychologischen Phänomenen des „Groupthink“ und der „Undiscussability“ v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 388, Rn. 404; *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 194; *Schiessl*, AG 2002, S. 593, 596 (letztere nennen ebenfalls die Unternehmensmitbestimmung als Ursache).

810 Der Vorstand hat zwar weder als Gesamtorgan, noch haben einzelne seiner Mitglieder ein gesetzliches Teilnahmerecht oder eine entsprechende Pflicht bei Vorbereitungssitzungen oder regulären Aufsichtsratssitzungen zugegen zu sein, da die organisatorische Bewältigung der Aufsichtsratsfunktionen in dessen Geschäftsführungsautonomie liegt, *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, Rn. 143 f.; v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 410, 412. Nicht zuletzt wegen der drohenden personellen Konsequenzen des § 84 Abs. 3 AktG dürfte ein Nichterscheinen trotz Einladung in der Praxis jedoch kaum relevant sein.

811 v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 404. Beide Anregungen werden in der Praxis von nahezu allen DAX-Unternehmen umgesetzt, siehe v. *Werder/Talaulicar/Kolat*, DB 2004, S. 1377, 1381.

sprechung gegenüber dem Ziel des ungehinderten Informationsflusses innerhalb des Aufsichtsrats als geradezu kontraproduktiv. Schlicht nicht zu rechtfertigen ist es unter dem Gesichtspunkt effektiver Wahrnehmung der Überwachungsfunktion, daß Vorstandsmitglieder nur von der Anteilseignerseite in der Vorbesprechung offen befragt werden bzw. faktisch (wenn man den genannten kommunikationspsychologischen Beobachtungen folgt) werden können. Nimmt man den Grundsatz gleicher Pflichten aller Aufsichtsratsmitglieder ernst, können getrennte Vorbesprechungen nicht die Lösung für derartige praktische Loyalitätskonflikte sein. Im Gegenteil zementieren sie eher vorhandenes Gruppendenken und behindern den freien Informationsfluß<sup>812</sup>.

Ist es unter dem Gesichtspunkt der Teilhabefunktion zur Ausbildung einer interessengerechten Verhandlungsposition wünschenswert, die Aufsichtsratsbänke zu isolieren<sup>813</sup>, gilt für die Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen mithin das Gegenteil. Teilhabefunktion und Aufsichtsratsfunktion stehen somit in einem strukturellen Zielkonflikt. Hierfür gibt es *de lege lata* keine befriedigende Lösung, da das MitbestG die Gegnerfreiheit des Gremiums gesetzlich gerade ausgeschlossen hat. Statt der notwendigen Bewältigung auftretender Konflikte im Interesse des Unternehmens befördert die gegenwärtige, mitbestimmungsbedingte Organstruktur ein der effektiven Beratung und Überwachung des Vorstands entgegenlaufendes Scheinkonsensdenken.

## II. Qualifikationsdefizite der Arbeitnehmervertreter

Die Funktionen des Aufsichtsrats, die Auswahl geeigneter Personen zur Ausübung des Vorstandsamtes, dessen präventive Beratung, postventive Überwachung sowie die Beschlußfassung über einzelne unternehmerische Entscheidungen des Vorstands in Form zustimmungspflichtiger Geschäfte, machen deutlich, daß eine Besetzung des Aufsichtsrats mit Personen, die den Anforderungen einer effizienten Aufgabenwahrnehmung entsprechen, ein bedeutender Grundsatz guter Corporate Governance ist<sup>814</sup>. Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder liegt dabei sowohl im Interesse des Unternehmens, als auch angesichts der möglichen Haftung gegenüber der Gesellschaft für die sorgfaltsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben gem. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, im Interesse der Aufsichtsratsmitglieder selbst. Fraglich sind die Kriterien für die hinreichende Qualifikation der Arbeitnehmervertreter sowie deren Umsetzung in der Praxis.

---

812 Ähnlich *Semler* in: *Semler/v.Schenck*, *Arbeitshandbuch*, § 4 Rn. 10.

813 Siehe § 3B.V.1.b.[1][b].

814 So auch v. *Werder*, *AG* 2004, S. 166, 169; *Säcker*, *AG* 2004, S. 180, 181; *Oechsler*, *Handbuch CG*, S. 305, 311; *Roth/Wörle*, *ZGR* 2004, S. 565, 602 f.

## 1. Normative Vorgaben

Der Gesetzgeber hat die Bedeutung der persönlichen Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder nicht durch ein verbindliches Anforderungsprofil unterstrichen. Anders als für den Vorstand, bei dem aktienrechtlich neben der Minimalanforderung der Geschäftsfähigkeit gem. § 76 Abs. 3 S. 1 AktG zumindest die Inkompatibilität mit einer Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat der §§ 283-283d StGB innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Bestellung statuiert wird und spezialgesetzlich etwa für Banken- oder Versicherungsvorstände die §§ 34 ff. KWG bzw. § 7a VAG besondere Anforderungen an die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit im Sinne einer „Geschäftsleitereignung“ regeln, fehlen derartige Vorgaben für Aufsichtsratsmitglieder. Eine bedingte Ausnahme besteht lediglich nach § 4 Abs. 1 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG), wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats, bezeichnenderweise bis auf die gem. § 4 Abs. 2 KAGG ausdrücklich ausgenommenen Arbeitnehmervertreter, nach „Persönlichkeit und Sachkunde die Wahrung der Anteilseignerinteressen gewährleisten [müssen]“.

Ansonsten gilt zwingend für alle Aufsichtsratsmitglieder die Minimalschwelle der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit gem. § 100 Abs. 1 S. 1 AktG. Nur für die Anteilseignervertreter können gem. § 100 Abs. 4 AktG in der Satzung weitergehende Anforderungen festgelegt werden<sup>815</sup>, während für Arbeitnehmervertreter gem. § 100 Abs. 3 AktG i.V.m. § 7 Abs. 3 MitbestG, § 8 BetrVG lediglich die Minimalanforderungen der Vollendung des 18. Lebensjahres, der Unternehmenszugehörigkeit von mindestens einem Jahr sowie der Nichtaberkennung des allgemeinen passiven Wahlrechts gem. § 45 StGB bestehen. Zusätzlich ist aus § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG abzuleiten, daß ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Unternehmen die Funktion eines leitenden Angestellten ausüben muß, ohne daß hieran jedoch weitere, aufgabenbezogene Qualifikationsanforderungen geknüpft wären. Für externe Gewerkschaftsvertreter gelten formal noch geringere Einschränkungen, da sie gem. §§ 7 Abs. 4, 16 Abs. 2 S. 1 MitbestG lediglich auf Vorschlag einer im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft in den Aufsichtsrat gewählt werden müssen.

Die Kodex-Kommission ist inhaltlich ebenfalls nicht über diese Anforderungen hinausgegangen, indem sie börsennotierten Aktiengesellschaften in Nr. 5.4.1 DCGK empfiehlt, bei Wahlvorschlägen für Aufsichtsratsmitglieder darauf zu achten, daß diese über die „zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen [sollen]“. Ähnliches gilt gem. Nr. 5.3.1 DCGK bei bereits gewähltem Aufsichtsrat für die Ausschußbesetzung. Diese Zurückhaltung hat die Kodex-Kommission für den Spezialfall des Prüfungsausschusses in der am 2.6.2005 beschlossenen neuen Empfehlung der Nr. 5.4.3

---

815 In der Praxis geschieht auch dies nur äußerst selten; siehe *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 332; *Lutter/Krieger*, Rn. 23.

DCGK zwar teilweise aufgegeben<sup>816</sup>. Hiernach soll in Reaktion auf die Bilanzskandale der letzten Jahre ein erfahrener Kenner von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren das Amt des Ausschußvorsitzenden ausüben. Einen weitergehenden Erkenntniswert für das allgemeine Qualifikationsprofil der Arbeitnehmervertreter hat die Empfehlung aber nicht, da sie Kriterien einer fachlichen Qualifikation nicht nennt und, wie der DCGK insgesamt, die Arbeitnehmervertreter ausklammert<sup>817</sup>. Ersteres trifft auch auf die in der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG vom 15.2.2005 zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften aufgezählten Anforderungen zu<sup>818</sup>.

Auch die Rechtsprechung hat das dürre gesetzliche Qualifikationsprofil bislang nicht bedeutend konkretisiert. Anforderungen an eine Mindestqualifikation der Aufsichtsratsmitglieder hat der BGH in der „*Hertie*-Entscheidung“ lediglich insofern festgelegt, als er den Antrag eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat der *Hertie AG*, bei der Einsichtnahme in den Prüfungsbericht des Abschlußprüfers einen Sachverständigen des *DGB* beiziehen zu dürfen, mit der Begründung abgelehnt hat, daß jedes Aufsichtsratsmitglied „diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen müsse, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“<sup>819</sup>.

## 2. Konkretisierungsversuche der Literatur

Einige Literaturstimmen<sup>820</sup> konkretisieren das allgemeine Anforderungsprofil des BGH aus einem Rückschluß aus den Funktionen des Aufsichtsrats. Neben den allgemeinen Anforderungen an die Kenntnisse der gesetzlichen und satzungsmäßigen Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder leiten sie aus den Personalkompetenzen gegenüber dem Vorstand (§§ 84, 87 AktG), dem Katalog der Informationsrechte des § 90 Abs. 1 AktG, den Überwachungspflichten des § 111 Abs. 1, 2 AktG sowie der Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung über die Struktur und Ergebnisse der Abschlußprüfung das Erfordernis von Grundkenntnissen aller Aufsichtsratsmitglieder in nationaler und internationaler strategischer Unternehmensführung,

---

816 Der Wortlaut der Nr. 5.4.3 DCGK ist einsehbar unter: [www.corporate-governance-code.de/ger/news/spresse-20050602.html](http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/spresse-20050602.html); zur Entstehung *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 573 f.

817 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1013, 1015; *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 571.

818 Dazu näher § 2D.I.2.b.

819 BGH, Urt. v. 15.11.1982 – II ZR 27/82, BGHZ 85, S. 293, 295 f. = NJW 1983, 991. Für die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von der Ausschlußarbeit wegen mangelnder Sachkunde in diesem allgemeinen Sinn auch OLG München, Urt. v. 27.1.1995 – 23 U 4282/94, AG 1995, S. 466, 467 = NJW-RR 1995, 1249; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.12.1995 – 2/14 O 138/95, ZIP 1996, S. 1661, 1664 = Mitbestimmung 1996, Nr. 4, 60.

820 Für alle Aufsichtsratsmitglieder: *Lutter*, ZIP 2003, S. 417 ff.; *Oechsler*, Handbuch CG, S. 305, 312 f.; *Säcker*, AG 2004, S. 180, 182; *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 332 ff.; für Prüfungsaufgaben: *Altmeppen*, ZGR 2004, S. 390, 409 f.; *Habersack*, ZHR 168 (2004), S. 373; 376.

Rechnungslegung, Bilanzkunde und Controlling, beim Abschluß von Anstellungsverträgen mit den Vorstandsmitgliedern und der Entwicklung von funktionsadäquaten Vergütungsmodellen sowie über die Prüfungsverträge mit dem Abschlußprüfer ab.

*Lutter* und *Säcker*<sup>821</sup> fordern weitergehend, daß zumindest einige Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften spezifische, über die genannten Grundkenntnisse hinausgehende Fähigkeiten in den einzelnen Kompetenzfeldern des Aufsichtsrats nachweisen können müßten. Nur wenn ein Finanzfachmann, sowie Experten für die Bereiche Einkauf, Absatzmärkte, Logistik, Forschung und Entwicklung und Materialwirtschaft im Aufsichtsrat säßen, sei der Aufsichtsrat anforderungsgerecht besetzt. Der Aufsichtsrat habe gem. § 124 Abs. 3 S. 1 AktG ein entsprechendes Anforderungsprofil zu entwerfen und der Hauptversammlung eine anforderungsgerechte Personalauswahl zu präsentieren, für deren sorgfältige, ermessensgerechte Anfertigung er im Rahmen von §§ 116 S. 1, 93 Abs.1 AktG hafte. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG stehe einer folgerichtigen Umsetzung dieser Grundsätze entgegen, da die Arbeitnehmervertreter die Wahlvorschläge für die Besetzung der Anteilseignerbank gem. § 124 Abs. 3 S. 4 AktG nicht mitbestimmen und die Hauptversammlung umgekehrt gem. § 101 Abs. 1 S. 1 AktG nicht über die Besetzung der Arbeitnehmerbank entscheide<sup>822</sup>. Es sei überdies ein Selbstwiderspruch des Gesetzgebers, wenn er einerseits eine enge Kooperation der Organe Vorstand und Aufsichtsrat im Rahmen ihrer Funktionen fördere und allen Aufsichtsratsmitgliedern die gleichen Rechte bei der Wahrnehmung seiner Funktionen einräume, aber sich aber mit einem in der Struktur mitbestimmter Aufsichtsräte angelegten „Experten-Laien-Verhältnis“ zufriedengebe<sup>823</sup>. Dem neuen Anforderungsprofil für Prüfungsausschußvorsitzende nach der Empfehlung der Nr. 5.4.3 DCGK würden Arbeitnehmervertreter im übrigen schon jetzt nicht gerecht, da diese hier nach über „besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und interne Kontrollverfahren verfügen [sollen]“<sup>824</sup>.

---

821 *Lutter*, ZIP 2003, S. 417, 418; *Säcker*, AG 2004, S. 180, 182; i.E. (de lege ferenda) zustimmend *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 338, 347.

822 *Lutter*, ZIP 2003, S. 417, 419; *Säcker*, AG 2004, S. 180, 185; *Roth/Wörle*, ZGR 2004, S. 565, 584, 630 klammern aus diesem Grund Arbeitnehmervertreter bei der Entwicklung von Anforderungsprofilen aus.

823 So *Säcker*, AG 2004, S. 180, 185; angedeutet bei *Altmeyen*, ZGR 2004, S. 390, 410; *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 190; a.A. *Henssler*, FS 50 Jahre BGH, S. 387, 417 ff., 419.

824 *Altmeyen*, ZGR 2004, S. 390, 401; *Schiessl*, AG 2002, S. 593, 597, 601 (bezogen auf das normative Vorbild des § 407 (a) Sarbanes Oxley Act (2002), abrufbar unter: <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>); *Habersack*, ZHR 2004, 373, 376 (zur insoweit entsprechenden Regelung des Art. 11.2 der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG v. 15.2.2005, Abl. L 52/51).

### 3. Stellungnahme

Ein Qualifikationsdefizit der Arbeitnehmerseite äußert sich in der Praxis in einem einseitigen Interesse der Arbeitnehmervertreter für Personal- und Sozialthemen<sup>825</sup>. Im Fall der Besetzung des Amtes des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses ist ein Qualifikationsdefizit der unternehmensangehörigen Vertreter der Arbeitnehmerseite lediglich besonders augenscheinlich. Hätte die Kodex-Kommission zudem die Empfehlungen des der neuen Nr. 5.4.3 DCGK zugrundeliegenden Art. 11.2 der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG vom 15.2.2005 vollständig umgesetzt, bestünde das Qualifikationsproblem potentiell für jedes Ausschußmitglied des Prüfungsausschusses, da hiernach alle Ausschußmitglieder die vom DCGK nun für den Ausschußvorsitzenden empfohlene finanzwirtschaftliche Expertise nachweisen können sollen.

Zwar wäre zur Lösung einer derartigen Besetzungsfrage in Übertragung der Grundsätze der Entscheidung des BGH vom 17.5.1993 zur Personalausschußbesetzung<sup>826</sup> eine Besetzung des Prüfungsausschusses ausschließlich mit Anteilseignervertretern zulässig, da der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat gem. §§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG, 107 Abs. 3 S. 1 AktG jedenfalls insoweit Gestaltungsfreiheit bei der Ausschußbesetzung eingeräumt hat, als Arbeitnehmervertreter durch die Ausschußbesetzung nicht sachgrundlos benachteiligt werden. Im Fall fehlender Qualifikation bestünde auch offensichtlich ein derartiger Sachgrund. Gegen dieses Vorgehen spricht andererseits aber entscheidend, daß hiermit das Qualifikationsproblem nicht gelöst, sondern lediglich verlagert würde, da durch einen Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von der Wahrnehmung bestimmter Funktionen die Pflicht aller Gremiumsmitglieder, sich von der sachgerechten Wahrnehmung der auf Ausschüsse übertragenen Spezialaufgaben zu überzeugen, nicht beseitigt werden könnte<sup>827</sup>. Der funktionsbezogene Ausschluß ginge daher ins Leere. Die strukturelle Verlagerung von Zuständigkeiten der Arbeitnehmervertreter würde im übrigen die Vorstellung des Gesetzgebers von gleichberechtigten Gremiumsmitgliedern, welche aus dem uneingeschränkten Verweis des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG auf den Sorgfaltsmaßstab des § 116 AktG sowie dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 4 Abs. 3 S. 1 Montan-MitbestG abzuleiten ist, verkennen. Ebenso würde die Verlagerung der Intention des eine gleichberechtigte Teilhabe anstrebenden Gesetzgebers des MitbestG nicht gerecht werden.

---

825 *Semler* in: Hopt et al., Comparative CG, S. 267, 276 taxiert den durchschnittlichen Beratungsaufwand des Aufsichtsrats für diese Themen auf bis zu 80% der gesamten Beratungszeit.

826 BGH, a.a.O., (Fn. 754), S. 357 f. Auf S. 360 erkennt der BGH das generelle Qualifikationsproblem als solches an, mißt ihm aber (nur) aufgrund der sachlichen Zuständigkeit des Personalausschusses für die Findung der Vorstandskandidaten im konkreten Einzelfall ein geringeres Gewicht bei.

827 Dies gilt wegen § 171 Abs. 2 S. 4 AktG auch für den vom Prüfungsausschuß begutachteten Jahresabschluß; zutreffend *Fischer*, Der Konzern 2005, S. 67, 70.

Die auf das Qualifikationsdefizit reagierende Schulungspraxis der Gewerkschaften<sup>828</sup> ist ebenfalls eine bloße Notlösung und bestätigt nur die gestellte Diagnose. Durch die Zwangswahl externer Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat gem. §§ 7 Abs. 2, 16 MitbestG wird zudem ebensowenig wie durch die Wahl leitender Angestellter das Qualifikationsproblem beseitigt. Zwar mag es sein, daß diese Gruppenvertreter eine höhere Gewähr für die funktionsbezogenen Minimalanforderungen des BGH an die fachliche Qualifikation bieten<sup>829</sup>. Im Fall der Gewerkschaftsvertreter hieße dies aber, eine behelfsmäßige Kompensation des Qualifikationsdefizits der allein teilhabeberechtigten unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter durch externe Vertreter zu unterstützen, welche wie gezeigt<sup>830</sup> weder einen Kontrollanspruch, noch einen Teilhabeanspruch erheben können. Der Teilhabegedanke trifft wiederum zwar auf die unternehmensangehörigen leitenden Angestellten zu. Aufgrund ihrer spezifischen Funktion im Unternehmen repräsentieren diese aber nur einen kleinen Teil der Gesamtbelegschaft, so daß der Kompensationsgedanke schon aus diesem Grund leerläuft.

Wenn nun der Gesetzgeber selbst die Frage des funktionsgerechten Anforderungsprofils der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mit der Verweisungsnorm des § 100 Abs. 3 AktG ebenso ausklammert wie die Bundesregierung bei der Beauftragung der Baums-Kommission, ist davon auszugehen, daß er diesen Konflikt jedenfalls erkannt hat. Zuzustimmen ist damit *Säcker*, der den Gesetzgeber in einem Selbstwiderspruch zwischen der Aufgabengleichheit und den faktisch jeweils unterschiedlichen Qualifikationsprofilen der von Anteilseignerseite und Arbeitnehmerseite gewählten Aufsichtsratsmitglieder sieht. Zwar hat der Gesetzgeber kein konkretes Anforderungsprofil für Aufsichtsratsmitglieder vorgegeben. Aus den Funktionen des Aufsichtsrats ist mit der Literatur aber auf die Anforderungen an die Person des Funktionsträgers zu schließen. Das Erfordernis einheitlicher Grundkenntnisse ist daher aus dem für alle Aufsichtsratsmitglieder geltenden Aufgabenprofil sowie der in Nr. 3 DCGK explizierten, notwendigen Kooperationsdichte zwischen Vorstand und Aufsichtsrat abzuleiten. Entgegen *Lutter* ist hierbei zwar nicht davon auszugehen, daß *de lege lata* bereits ein zur Qualifikation der Vorstandmitglieder spiegelbildliches Qualifikationsprofil zumindest mehrerer Aufsichtsratsmitglieder vorgegeben ist. Insofern fehlt ein ausreichender gesetzlicher Anhaltspunkt. *De lege ferenda* ist die satzungsmäßige Konkretisierung eines unternehmensspezifischen Qualifikationsprofils für alle Aufsichtsratsmitglieder

---

828 Unstreitig ist, daß ein entsprechender Schulungsbedarf bei Arbeitnehmervertretern insbesondere in betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragen besteht; siehe *Säcker*, AG 2004, S. 180, 185; *Schmidt*, ZAAR, § 5 Rn. 8.

829 So jedenfalls die Erwartung des Gesetzgebers, vgl. Begr.RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

830 Siehe zum fehlenden Kontrollanspruch § 2C.II.3 sowie § 3B.V.1.a.[2] zum fehlenden Teilhabeanspruch.

entsprechend § 100 Abs. 4 AktG unbedingt wünschenswert<sup>831</sup>. Die Unternehmensmitbestimmung steht dieser notwendigen Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit entgegen.

### III. Fehlende Unabhängigkeit

Die Forderung nach Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder ist ausgehend von entsprechenden Anforderungen im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht und im britischen *Combined Code*<sup>832</sup>, die den Gefahren „geistiger und wirtschaftlicher Abhängigkeit“<sup>833</sup> der „*Non Executive Directors*“ vom „*Executive Management*“ im einstufigen *Board*-System bzw. von der Gesellschaft als Arbeitgeber, Wettbewerber oder Auftraggeber entgegenwirken sollen, auch in die deutsche Diskussion<sup>834</sup> um Anforderungen funktionsgerechter Corporate Governance an die Person des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gelangt. Sind Abhängigkeiten persönlichen oder wirtschaftlichen Ursprungs im einstufigen *Board*-System durch das unmittelbare Nebeneinander von „Kontrollierten und Kontrolleuren“ möglicherweise in einem besonderen Maße wahrscheinlich, so kann aufgrund der in der Praxis ähnlichen Problemstruktur des monistischen und dualistischen Systems<sup>835</sup> nicht von einem Sonderproblem des angloamerikanischen Rechtsraums gesprochen werden. Da die Unternehmensmitbestimmung aber dem angloamerikanischen Rechtsraum fremd ist, ist fraglich, welche normativen Vorgaben in Deutschland die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder kennzeichnen und welche Rückschlüsse sie auf die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter in mitbestimmten Aktiengesellschaften zulassen.

#### 1. Normative Vorgaben

Das AktG enthält zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder nur wenige Vorgaben. Neben § 105 Abs. 1 AktG, wonach Aufsichtsratsmitgliedern die gleichzeitige Tätigkeit als Vorstandsmitglied, Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter verboten ist, sind nur in § 100 Abs. 2 S. 1 AktG Inkompatibilitäten des Aufsichtsratsamtes mit der Stellung eines gesetzlichen Vertreters eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens (Nr. 2) oder einer Gesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied des „eigenen“ Unternehmens

---

831 So auch *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 338; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), S. 235, 247; *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 574 fordert zumindest die baldige Aufnahme eines Profils in den DCGK.

832 In den USA ist die Unabhängigkeit nicht geschäftsführender Direktoren börsennotierter Gesellschaften in § 301 Sarbanes Oxley Act (2002), Public Law 107-204, 116 Stat. 745, abrufbar unter: <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf> geregelt. Zum *Combined Code* in der Fassung v. 1.11.2003 näher *Maul/Lanfermann*, DB 2004, S. 2407, 2409. Der Text ist abrufbar unter: [http://www.ecgi.org/codes/documents/combined\\_code\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/combined_code_final.pdf).

833 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn, 1028.

834 Dazu näher *Lieder*, NZG 2005; S. 569, 570 ff.; zuvor bereits *Abeltshausen/Buck-Merkt*, Corporate Governance, S. 125, 136; *Roth/Wörle*, ZGR 2004, S. 565 ff., 584 (Schwerpunkt bei Aktionärsvertretern); *Schwalbach*, AG 2004, S. 185, 187 f.; *Schiessl*, AG 2002, S. 593, 601.

angehört (Nr. 3), geregelt. Zudem steht es gem. § 100 Abs. 4 AktG dem Satzungsgeber frei, weitere Unabhängigkeitskriterien für die Anteilseignervertreter zu formulieren. Ausdrücklich ausgenommen sind hiervon allerdings die Arbeitnehmervertreter.

Für an der New Yorker Börse notierte deutsche Unternehmen<sup>836</sup> gelten zusätzlich die von der Börsenaufsichtsbehörde SEC auf Grundlage von § 301 (3) *Sarbanes Oxley Act* erlassenen Anforderungen an das Listing am Börsenplatz. Danach sind die Mitglieder des dem deutschen Prüfungsausschuß entsprechenden *Audit Committee* nur dann als unabhängig anzusehen, wenn sie neben der Vergütung für die Aufsichtsratsstätigkeit selbst keine aufgrund einer geschäftlichen Beziehung zur Gesellschaft geschuldete Vergütung erhalten<sup>837</sup>. Nur auf Vermittlungsbemühungen der Bundesregierung hin<sup>838</sup> ist dieser offensichtlich mit der Existenz unternehmensangehöriger Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der in New York gelisteten deutschen Aktiengesellschaften konfligierende Passus<sup>839</sup> dahingehend ergänzt worden, daß die Unabhängigkeit auch dieser Vertreter vermutet wird, sofern sie gegen repressives Verhalten des Managements, namentlich vor mit ihrer Amtsführung zusammenhängenden Kündigungen effektiv geschützt werden. Eine generelle Inkompatibilität besteht hingegen ungeachtet der Ausnahmeklausel nach wie vor für „Executive Officer“, also leitende Angestellte unterhalb der Vorstandsebene<sup>840</sup>.

Auch nach Nr. 13.1 der Empfehlung 2005/162/EG der Kommission vom 15.2.2005<sup>841</sup> soll eine angemessene Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern in diesem Sinne unabhängig sein, was nach der Vermutungsregelung in Anhang II Nr. 1 lit. b der Empfehlung bei Aufsichtsratsmitgliedern anzunehmen ist, die entweder gegenwärtig oder innerhalb der vergangenen drei Jahre bei der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften beschäftigt waren, es sei denn, sie sind aufgrund eines gesetzlichen Systems der Unternehmensmitbestimmung gewählt. Diese Ausnahme gilt wiederum nicht für „Führungskräfte der Gesellschaft“. Die neue Empfehlung der Nr. 5.4.2 S. 1 DCGK vom 2.6.2005 greift die Formulierung der Nr. 13.1 der Kommissions-

835 Siehe dazu § 2C.II.2.c.

836 Im Oktober 2006 waren dies folgende Aktiengesellschaften: Allianz, Altana, BASF, Bayer, DaimlerChrysler, Deutsche Bank, Deutsche Telekom, Epcos, E.ON, Fresenius Medical Care, Infineon Technologies, Pfeiffer Vacuum Technology, Qimonda SAP, Schering, SGL Carbon und Siemens. Aktuelle Listingdaten abrufbar unter: <http://www.nyse.com/about/listed/listed.html>.

837 Siehe Rule 10 A-3, sec. (b) (1) (iv) (C) der Securities Exchange Commission (SEC), abrufbar unter: <http://www.law.uc.edu/CCL/34ActRIs/rule10A-03.html>. (Listing Standards Relating to Audit Committees, General Rules and Regulations promulgated under the Securities Exchange Act of 1934).

838 *Altmeyden*, ZGR 2004, S. 390, 401.

839 So auch *Krause*, WM 2003, S. 762, 769 vor Ergänzung der Regelung; ebenso *Willms* in: *Semler/v.Schenck*, *Arbeitshandbuch*, § 14 Rn. 26 ff.

840 Definition in Rule 3b-7 der SEC, abrufbar unter: <http://www.law.uc.edu/CCL/34ActRIs/rule3b-7.html>.

841 Hierzu bereits § 2D.I.2.b.

empfehlung 2005/162/EG auf. Hiernach sollen dem Aufsichtsrat „eine nach seiner Einschätzung ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören“, was nach Nr. 5.4.2 S. 2 DCGK anzunehmen ist, wenn ein Aufsichtsratsmitglied „in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet“. Einen Vermutungskatalog entsprechend des Anhangs II der Kommissionsempfehlung enthält der DCGK allerdings ebensowenig wie eine Ausnahmeklausel für Arbeitnehmervertreter und eine Gegen Ausnahme für „Führungskräfte“.

## **2. Zur Übertragbarkeit auf Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat**

### **a. Aktienrechtliche Maßstäbe**

Aus den aktienrechtlichen Vorschriften lassen sich keine generellen Aussagen zur Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ableiten, da sie lediglich spezifische Nebenamtstätigkeiten für inkompatibel mit dem Aufsichtsratsamt erklären. Lediglich für leitende Angestellte i.S.v. § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG läßt sich aus § 105 Abs. 1 AktG i.V.m. § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG eine Inkompatibilität ableiten, sofern der jeweilige leitende Angestellte Prokurist der Gesellschaft ist und zusätzlich dem Vorstand unmittelbar unterstellt und zur Ausübung der Prokura für den gesamten Geschäftsbereich des Vorstands ermächtigt ist. Gleiches gilt in analoger Anwendung für Generalhandlungsbevollmächtigte i.S.v. § 54 Abs. 1 Alt. 1 HGB, sofern sie wie der Prokurist ähnlich herausgehobene Kompetenzen haben, da die Generalhandlungsbevollmächtigten nur wegen der Erwähnung des mit umfangreicheren Kompetenzen ausgestatteten Prokuristen nicht in § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG aufgenommen worden sind<sup>842</sup>. Andere leitende Angestellte sind im Umkehrschluß zu § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG und wegen des Verbots widersprechender Regelungen in § 6 Abs. 2 S. 2 MitbestG auch nicht qua Satzungsbeschluß als abhängig zu behandeln und vom Aufsichtsratsamt auszuschließen. Im übrigen scheidet die Festlegung unternehmensspezifischer Unabhängigkeitsmaßstäbe für Arbeitnehmervertreter ebenso wie bereits die Festlegung von Qualifikationsmerkmalen an der Sonderbegünstigungsklausel des § 100 Abs. 4 AktG.

### **b. Maßstab auf Grundlage des Sarbanes Oxley Act**

Aufgrund der ursprünglichen Anforderungen des *Sarbanes Oxley Act*<sup>843</sup> ergab sich für die Besetzung von *Audit Committees* in Aufsichtsräten der an der New Yorker Börse gelisteten deutschen Aktiengesellschaften ein massiver Konflikt mit der Unternehmensmitbestimmung, da vor dem Erlaß der Ausnahmeklausel für Arbeitnehmer-

---

842 Hüffer, AktG, § 105 Rn. 4; Raiser, MitbestG, § 6 Rn. 54.

vertreter unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter wegen ihrer arbeitsvertraglichen Beziehung zur Gesellschaft nicht im Prüfungsausschuß sitzen durften<sup>844</sup>. Seit Erlaß der Ausnahmeklausel durch die SEC aufgrund von § 301 *Sarbanes Oxley Act* gelten Arbeitnehmervertreter nicht mehr als vom Vorstand oder der Gesellschaft abhängig, da sie nach deutschem Recht durch das Maßregelungsverbot des § 26 MitbestG einen hinreichenden relativen Kündigungsschutz genießen<sup>845</sup>. Fraglich ist nach wie vor noch, ob die Inkompatibilitätsregelung für „Executive Officer“ im Sinne eines generellen Ausschlusses leitender Angestellter i.S.v. § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG i.V.m. §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG und § 5 Abs. 3 BetrVG zu verstehen ist. Hiergegen spricht jedoch, daß die deutsche Initiative für eine Änderung der Listing Rules nach der Logik der hinter der Initiative stehenden Unternehmensmitbestimmung aufgrund des MitbestG widersprüchlich gewesen wäre, hätte man entgegen der Regelung des § 6 Abs. 2 MitbestG alle leitenden Angestellten in den Prüfungsausschüssen als nicht unabhängig gelten lassen wollen<sup>846</sup>.

Im übrigen modifizieren die SEC-Rules nicht das in der vertraglichen Bindung an die Gesellschaft gesehene Abhängigkeitskriterium als solches, sondern nehmen lediglich die Gruppe der Arbeitnehmer von seinem Anwendungsbereich aus. Nach US-amerikanischen Recht sind folglich Arbeitnehmervertreter lediglich qua Sonderrecht begünstigte, an sich aber von der Gesellschaft abhängige Aufsichtsratsmitglieder.

### c. Maßstab der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG

Gleiches muß dann für die Gegen Ausnahme für „Führungskräfte der Gesellschaft“ in Anhang II Nr. 1 lit. b der Kommissionsempfehlung 2005/162/EG gelten, da die neue Formulierung ebenfalls auf eine entsprechende Einflußnahme der Bundesregierung zurückgeht<sup>847</sup>. Der Entstehungsgeschichte der Kommissionsempfehlung ist im übrigen zu entnehmen, daß auch die Europäische Kommission an sich alle Arbeitnehmervertreter für nicht unabhängig von der Gesellschaft hält. Dies folgt daraus, daß das

843 Siehe 17 Code of Federal Regulation (CFR) § 240.10 A-3 (b) (1) (ii) (A). Zu Entstehung und Bindungswirkung des Sarbanes Oxley Act für deutsche Unternehmen weiterführend Willms in: Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch*, § 14 Rn. 1 ff.

844 Zur Situation vor Erlaß der Ausnahmeklausel *Abeltshauser/Buck-Merkt*, *Corporate Governance*, S. 125, 136; *Schiessl*, *AG* 2002, S. 593, 601; eingehend *Willms* in: Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch*, § 14 Rn. 22 ff. Wegen der kapitalmarktrechtlichen (nicht gesellschaftsrechtlichen) Anknüpfung des Sarbanes Oxley Act liegt hierin kein Verstoß gegen die völkerrechtliche Pflicht der Vereinigten Staaten zur Anerkennung des Personalstatuts deutscher Aktiengesellschaften gem. Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Deutsch-Amerikanischen Freundschafts- Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 29.10.1954, *BGBI. II* 1956, S. 487, 500. Zur mitbestimmungsrechtlichen Bedeutung des Vertrags siehe § 5B.II.2.

845 So auch *Lieder*, *NZG* 2005, S. 569, 571; zum relativen Kündigungsschutz: *Großkomm.AktG-Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 13; *Hanau/Ulmer*, *MitbestG*, § 26 Rn. 4.

846 I.E. zustimmend *Krause*, *WM* 2003, S. 762, 770; in diese Richtung auch *Altmeyden*, *ZGR* 2004, S. 390, 401 Fn. 66.

847 *Wirth*, *ZGR* 2005, S. 327, 339 Fn. 52.

der Empfehlung vorausgehende Konsultationspapier vom 5.5.2004<sup>848</sup> noch keine pauschale Ausnahme für Arbeitnehmervertreter enthielt und erst aufgrund der offenbar daraufhin geübten massiven Kritik der Bundesregierung an der Inkompatibilität mit dem deutschen Mitbestimmungsmodell geändert wurde<sup>849</sup>.

#### **d. Maßstab der Nr. 5.4.2 DCGK**

Die Empfehlung der neuen Nr. 5.4.2 DCGK enthält keine der Kommissionsempfehlung entsprechende Konkretisierung der Unabhängigkeitsmaßstäbe. Ihrem Wortlaut nach geht sie über den engen, von der Ausnahmeklausel für Arbeitnehmervertreter geprägten Maßstab der Kommissionsempfehlung hinaus, da sie generell die in geschäftlichen Beziehungen zur Gesellschaft stehenden Aufsichtsratsmitglieder als abhängig behandelt, sofern die geschäftliche Beziehung einen Interessenkonflikt begründet. Die Kommissionsempfehlung ist als gem. Art. 249 Abs. 5 EG unverbindliche Regelung, die im Gegensatz zu Richtlinien i.S.v. Art. 249 Abs. 3 EG ihre Adressaten noch nicht einmal hinsichtlich ihrer Ziele rechtlich bindet, nicht geeignet, die Maßstäbe des DCGK zu konkretisieren. Ihr fehlt bereits der für das Gebot europarechtskonformer Auslegung erforderliche normative Befolungsanspruch<sup>850</sup>. Die Intention der Kodex-Kommission dürfte es im übrigen kaum gewesen sein, die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter in Konsequenz des Wortlauts der Nr. 5.4.2. DCGK pauschal als abhängig zu qualifizieren. Das ergibt sich aus dem ihr als „Standing Commission“ auch bei späteren Ergänzungen des DCGK nach wie vor zugrundeliegenden eingeschränkten Regulierungsauftrag<sup>851</sup>, nach welchem das System der Unternehmensmitbestimmung unangetastet gelassen werden sollte. Mithin ist davon auszugehen, daß auch die Kodex-Kommission die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter pauschal von dem sie an sich erfassenden Abhängigkeitsverdikt befreit hat.

### **3. Stellungnahme**

Auch wenn *de lege lata* infolge der vielfältigen Aktivitäten der Bundesregierung zur Sicherung des Mitbestimmungsbestands gegenüber den an klaren Unabhängigkeitskriterien orientierten internationalen Corporate Governance-Standards, welche nun auch den Wortlaut der neuen Nr. 5.4.2 DCGK prägen, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat von einer Bewertung als abhängig oder unabhängig ausgenommen werden, lassen sich Bewertungsmaßstäbe für die Unabhängigkeit festlegen. Rechtsverbindlich können sie freilich entweder erst *de lege ferenda* oder (nach Abschaffung des § 100 Abs. 4 AktG) durch eine entsprechende Gestaltung des Satzungsgebers werden. Da-

---

848 Abrufbar unter: [http://europa.eu.int/internal\\_market/company/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/internal_market/company/index_de.htm).

849 Zur Vorgängerregelung kritisch *Habersack*, ZHR 168 (2004), S. 373, 376; ähnlich wie hier demgegenüber zu Recht *Hopt*, ZIP 2005, S. 461, 473.

850 *Streinz/Schroeder*, Art. 249 EG Rn. 142; *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 570.

851 Siehe *Baums*, Kommissionsbericht, S. 6.

von unabhängig dürften sich aber ohnehin Ratingagenturen, die verstärkt institutionelle Faktoren guter Corporate Governance in den Blick nehmen, vom deutschen Sonderweg der Sicherung des Mitbestimmungsbestands nicht blenden lassen<sup>852</sup>.

Die vertragliche Bindung an die Gesellschaft ist m.E. ein geeignetes Kriterium zur Festlegung der Unabhängigkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds. Es hat den Vorteil, daß es rechtssicher zu bestimmen ist und ein plausibles sachliches Differenzierungsmerkmal liefert<sup>853</sup>. Wer vertraglich mit der Gesellschaft verbunden ist, hat neben dem im Aufsichtsratsamt vorrangig zu vertretenden Interesse der Anteilseigner persönliche bzw. daneben durch die Wahl durch die Unternehmensbelegschaft vitale Gruppeninteressen an der Bestandserhaltung und Fortentwicklung der Vertragsbeziehung zur Gesellschaft zu vertreten<sup>854</sup>, die bei der Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen im Unternehmensinteresse zurückzustehen haben, wenn nicht gar gänzlich auszublenden sind. Dies gilt für Arbeitnehmer im Grundsatz in gleicher Weise wie für andere Gläubiger der Gesellschaft bzw. deren Vertreter<sup>855</sup>. Letztere nimmt der Wortlaut der Nr. 5.4.2 DCGK insofern folgerichtig nicht von der Bewertung als abhängig aus<sup>856</sup>.

Die Ausnahmeklausel der SEC auf Grundlage des Sarbanes Oxley Act, die gegen eine diskriminierende Entlassung ausreichend geschützte Arbeitnehmer vom Anwendungsbereich der Unabhängigkeitsvorschrift ausnimmt, ist kein tauglicher Kompensationsweg, da gerade die innere Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter von den vertragsbezogenen Gruppeninteressen der Arbeitnehmer das deutsche Mitbestimmungsmodell prägt. Vor nicht diskriminierenden Entlassungen, d.h. Kündigungen, deren Grund nicht mit der Amtsführung als Aufsichtsratsmitglied zusammenhängen, ist das Aufsichtsratsmitglied anders als Betriebsratsmitglieder ohnehin nicht geschützt wie sich aus dem Umkehrschluß zu §§ 15 KSchG, 103 BetrVG ergibt<sup>857</sup>. Für externe Gewerkschaftsvertreter kann mangels Vertragsbeziehung zum Unternehmen das Kündigungsschutzargument zudem von vornherein nicht gelten.

852 Siehe zu derartigen Ansätzen die Studie der FTSE, Fn. 165; ebenso Marsch-Barner/Schäfer/*Marsch-Barner*, Handbuch börsennotierte AG, § 2 Rn. 40; *Schwalbach*, AG 2004, S. 186, 188.

853 Ebenso *Schwalbach*, AG 2004, S. 186, 188; *Schiessl*, AG 2002, S. 593, 601; a.A. *Habersack*, ZHR 168 (2004), S. 373, 376; *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 571.

854 v. *Werder*, AG 2004, S. 166, 171. Hierin liegt entgegen *Hanau/Wackerbarth*, S. 15 der entscheidende Unterschied zur „Abhängigkeit“ der Anteilseignervertreter (vertraglich gebundene Gläubigerrepräsentanten ausgenommen) von ihrer „Wahlklientel“. Deren Interessen vorrangig zu verfolgen, ist schließlich gerade die Pflicht aller Aufsichtsratsmitglieder, siehe § 3B.V.1.b.[2][a].

855 Zu Arbeitnehmervertretern: *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 193; *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1093; zu sonstigen Gläubigern: *Roth/Wörle*, ZGR 2004, S. 565, 597 ff.; *Säcker*, AG 2004, S. 180, 182 f.

856 *Lieder*, NZG 2005, S. 569, 571.

857 Ganz h.M., stellvertretend *Raiser*, MitbestG, § 26 Rn. 8.

Daß gerade Arbeitnehmervertretern der erforderliche „Mentalitätswechsel“ häufig mißlingt, und sie ihre Amtsausübung (auch aus Qualifikationsgründen) auf die Wahrnehmung belegschaftsrelevanter Fragestellungen konzentrieren, ist bereits festgestellt worden. Nimmt man die vom Gesetzgeber des MitbestG der Unternehmensmitbestimmung zugeschriebenen Funktionen und Wirkungen ernst, sollen sie diesen Wechsel auch gar nicht vollständig vollziehen. Die Behauptung einer Effizienzsteigerung der Aufsichtsratsarbeit **durch** Unternehmensmitbestimmung, die bestehende Abhängigkeiten wenn nicht rechtfertigen, so doch zumindest aufwiegen könnte, ist demgegenüber wie gezeigt empirisch nicht zu belegen und damit zu vernachlässigen<sup>858</sup>.

Inkompatibilitätsvorschriften für die festgestellten Fälle personeller Verflechtungen von Aufsichtsratsamt und Betriebsratsamt sind keine überzeugende Alternative zum vertragsbezogenen Abhängigkeitskriterium, da sich hierdurch die kompetenziellen Verflechtungen beider Ebenen nicht beheben ließen und ein hinreichender personeller Einfluß der Betriebsräte auf die Aufsichtsräte der Arbeitnehmerseite auch ohne Personenidentität gegeben wäre. Zudem würde eine derartige Inkompatibilität nichts an der arbeitsvertraglich begründeten Abhängigkeit ändern. Damit wären dem hier vertretenen Ansatz gemäß die externen Gewerkschaftsvertreter im Ergebnis die einzig „unabhängigen“ Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite. Dies erscheint auf den ersten Blick als kurios, liegt aber schlicht in der Logik des hier vertretenen Abgrenzungsmaßstabs und ist jedenfalls im Ergebnis nicht weiter problematisch, da die externen Gewerkschaftsvertreter bei einer sachgerechten Reform der Unternehmensmitbestimmung mangels Teilhabe- und Kontrollanspruchs ohnehin keinen originären Repräsentationsanspruch beanspruchen könnten.

#### **IV. Interessenkonflikte**

In engem Zusammenhang mit der Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter von eigenen vertraglichen Bestandsschutz- und Entwicklungsinteressen sowie den Teilhabeinteressen ihrer Wahlklientel stehen Interessenkonflikte, denen sich Arbeitnehmervertreter typischerweise ausgesetzt sehen. Der Wortlaut der neuen Nr. 5.4.2 DCGK, wonach eine Abhängigkeit von geschäftlich mit der Gesellschaft verbundenen Aufsichtsratsmitgliedern zu vermuten ist, wenn die Verbindung einen Interessenkonflikt begründet, folgt ebenfalls diesem Zusammenhang.

Mögliche Interessenkonflikte werden im DCGK zwar in Nr. 5.5.2 DCGK beispielhaft nur für Fälle der gleichzeitigen Wahrnehmung von Beratungs- und Organfunktionen bei Geschäftspartnern und damit faktisch nur für Anteilseignervertreter expliziert, doch ist damit trotz des beschränkten Auftrags der Kodex-Kommission nicht ausgeschlossen, daß auch Arbeitnehmervertreter Interessenkonflikten unterliegen kön-

---

858 Siehe § 3B.IV.2.b.

nen. Das ergibt sich daraus, daß Nr. 5.5.2 DCGK nur die Rechtsfolge der Offenlegung des Konflikts, nicht die Definition seiner Voraussetzungen enthält und zudem lediglich eine Empfehlung an das Unternehmen mit der erläuterten, eingeschränkten Bindungswirkung ausspricht<sup>859</sup>. Im übrigen konnte sich auch die Kodex-Kommission der Tatsache nicht verschließen, daß das deutsche Aktienrecht keine hauptamtlichen Aufsichtsratsmitglieder kennt, sondern wie in §§ 100 Abs. 2, 105 AktG angedeutet, dem Nebenamtsprinzip folgt<sup>860</sup>. Bereits im Nebenamtsprinzip sind Interessenkonflikte der Arbeitnehmervertreter angelegt, da unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter selbstverständlich ein Interesse an Bestand und Fortentwicklung des eigenen Arbeitsvertrags haben<sup>861</sup>. Wegen der Interessenvertretungsfunktion der Mitbestimmungsträger sind Interessenkonflikte zudem aufgrund der dem Aufsichtsratsmitglied gegenwärtigen Teilhaberwartungen der jeweiligen Wahlklientel vorprogrammiert<sup>862</sup>. Hinzu kommen Interessenkonflikte der Gewerkschaftsvertreter aufgrund deren hauptamtlicher Tätigkeit als Gewerkschaftsfunktionäre. Da Interessenkonflikte hierbei nicht auf Fälle kollidierender Handlungs- und Unterlassungspflichten beschränkt sind, sondern eine Pflichtenkollision nur ein Unterfall eines Interessenkonflikts ist<sup>863</sup>, sind die möglichen Fallkonstellationen für Interessenkonflikte denkbar vielgestaltig<sup>864</sup>. Herausgegriffen werden im Folgenden die besonders virulenten Konfliktfelder der Kumulation vom Teilhaberechten, der Mitwirkung an der Bestellung des Vorstands sowie der Fall der aktiven Streikteilnahme in leitender Funktion durch Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat am Beispiel des „Fall *Bsirske*“.

## 1. Interessenkonflikte infolge der Kumulation von Mitbestimmungsrechten

### a. In-Sich-Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen

In den Fällen, in denen die Teilhabeebenen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung personell und kompetenziell verflochten sind, besteht die Gefahr, daß Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat unternehmerische Entscheidungen des Vorstands überwachen müssen, deren Zustände-

859 Zur Bindungswirkung des DCGK siehe § 2D.II.5.

860 *Kremer*, Kodex-Komm., Nr. 5.5.1 Rn. 1093.

861 So bereits *Biedenkopf* in: Utz/Streithofen, S. 286, 301: „grundsätzlicher Interessenkonflikt zwischen Arbeitsplatzsicherheit und Kontrollfunktion“.

862 Entgegen *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 47 läßt sich dies nicht durch einen Vergleich mit befangenen Richtern oder Gemeinderatsmitgliedern relativieren, da in diesen Amtsverhältnissen Interessenkonflikte zwar möglich, aber nicht bereits angelegt sind.

863 Siehe *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 4 f.; *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1093; wohl auch *Matthießen*, Stimmrecht, S. 41 Fn. 250. Ob der jeweilige Interessenkonflikt in eine Pflichtverletzung mündet, ist somit erst bei der Frage nach möglichen Sanktionen (§ 5A) zu beantworten.

864 Dazu mit zahlreichen Beispielen *Matthießen*, Stimmrecht, S. 419 ff. (Konfliktfeld Aufsichtsratsratsbeschuß – Tarifaueinandersetzung), S. 456 ff. (Konfliktfeld betriebliche Mitbestimmung – Unternehmensmitbestimmung).

kommen maßgeblich von ihrer in betriebsverfassungsrechtlicher Funktion eines Betriebsrats- oder Gesamtbetriebsratsmitglieds gegebenen Zustimmung zu den Folgen der Entscheidung auf der Ebene der Betriebs- oder Unternehmens abhängig war.

So ist es Gegenstand der Überwachungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats, das am Vorrang der Interessen der Anteilseigner ausgerichtete Unternehmensinteresse auch gegen Vorstandsentscheidungen durchzusetzen, die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sachwidrig die Arbeitnehmerinteressen auf Betriebsebene den Interessen der Kapitaleigner übergeordnet haben. Ist etwa eine Entscheidung über eine zwingend notwendige Betriebsänderung zur Restrukturierung eines wesentlichen Unternehmensteils und zur Abwendung der Insolvenzgefahr durch einen nach betriebswirtschaftlichen Erfordernissen das Unternehmen überfordernden Sozialplanabschluß „erkauft“, ist es zumindest postventiv die Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder, den Vorstand zur Modifizierung der Entscheidung aufzufordern oder die Zustimmung aufgrund eines zugunsten des Aufsichtsrats bestehenden Zustimmungsvorbehalts zu versagen, sofern der Aufsichtsrat nicht, wie in der Krise des Unternehmens üblich, bereits präventiv-beratend die Vorstandsentscheidung selbst unmittelbar mitträgt. Die Pflicht zur Wahrnehmung des Unternehmensinteresses konfligiert in diesen Fällen mit der Ambition des Betriebsrats auf Grundlage des § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG einen weitgehenden Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile der Entscheidung für seine Wahlklientel auf Betriebsebene zu erreichen. Sind die Mitbestimmungsträger auf Ebene der Betriebs- oder Gesamtbetriebsrats wie regelmäßig teilweise personenidentisch mit den Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat, handelt es insoweit um einen Fall der In-Sich-Kontrolle, die eine Auflösung des Interessenkonflikts auf Betriebs- und Unternehmensebene verhindert<sup>865</sup>.

#### **b. Gefahr der Nichtbeanstandung von Koppelungsgeschäften**

Folge des dauerhaften Loyalitäts- und Interessenkonflikts auf Arbeitnehmerseite ist zudem die Gefahr des Zustandekommens von Koppelungsgeschäften zwischen der durch den Vorstand vertretenen Gesellschaft und den betriebsverfassungsrechtlich zuständigen Gremien<sup>866</sup>, zumal der Vorstand hierbei besonders unter dem Druck der zukünftigen Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter an der Bestellung seiner Mitglieder steht<sup>867</sup>. Denkbar sind Koppelungsgeschäfte etwa dergestalt, daß entweder zur Vermeidung eines vom Betriebsrat angekündigten massiven Widerstands gegen eine am Interesse an der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts orientier-

---

865 Zumal der Aufsichtsrat bei schuldhafter Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch eine derartige Vorstandsentscheidung die Gesellschaft im Haftpflichtprozeß gegen den Vorstand gem. §§ 93 Abs. 2 S. 1, 112 AktG zu vertreten hätte. *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 51 spricht infolgedessen sogar von einem „System zur Verhinderung von Verantwortung“; i.E. auch *Raiser*, FS Duden, S. 423, 434.

866 v. *Werder*, AG 2004, S. 166, 170; ähnlich *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn. 51; auch *Matthießen*, Stimmrecht, S. 431 mit dem Schwerpunkt auf tarifpolitisch veranlaßten Koppelungsgeschäften.

867 Zu dieser Ursache siehe § 4A.II.

ten und mit Personalabbau verbundenen Betriebsänderung in den Sozialplanverhandlungen aus betriebswirtschaftlicher Sicht sachwidrige Zugeständnisse an die Arbeitnehmerseite in einer nicht unmittelbar mit der Betriebsänderung und ihren wirtschaftlichen Folgen zusammenhängenden Frage gemacht werden. Möglich ist auch eine Koppelung dergestalt, daß die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Entscheidung, bei der ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht besteht, durch ein Nachgeben in einer mitbestimmungsfreien Angelegenheit erkaufte wird<sup>868</sup>. Die ebenfalls auf die langfristige Steigerung des Unternehmenswerts verpflichteten Aufsichtsratsmitglieder hätten derartige Fehlentwicklungen zu beanstanden bzw. hätten bei Bestehen eines Zustimmungsvorbehalts zu versuchen, durch die Zustimmungsverweigerung Neuverhandlungen auf betrieblicher Ebene zu erzwingen. Wie gezeigt, ist aber die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden vor einer sachwidrigen Nichtbeanstandung bzw. Erteilung der Zustimmung zwar rechtlich aber nicht faktisch hinreichend geschützt, da der Aufsichtsrat strukturell gerade nicht auf den dauerhaften Konflikt der verschiedenen Interessenvertreter angelegt ist. Aus diesem Grund drohen Koppelungsgeschäfte in der Praxis unbeanstandet zu bleiben.

### c. Gefahr personalpolitischer Kompromißentscheidungen

Hinzu kommt die Gefahr, daß personalpolitische Kompromißentscheidungen bei der Besetzung des Vorstands getroffen werden, indem ein aus Anteilseignersicht aufgrund seiner vorgestellten Konzepte und seiner persönlichen Durchsetzungskraft am besten (etwa angesichts zu bewältigender Sanierungsaufgaben) geeigneter Kandidat von den Arbeitnehmervertretern als „harter Sanierer“ abgelehnt wird und wegen des Widerstands nicht bestellt wird. Jüngstes prominentes Beispiel für derartige Kompromißentscheidungen ist der Fall *Wolfgang Bernhards*, des jetzigen Vorstandsmitglieds der *Volkswagen AG*, der zuvor als Vorstandskandidat bei der *Daimler-Chrysler AG* gehandelt wurde, aber aufgrund des vom Konzernbetriebsratsvorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden des Konzernaufsichtsrats, *Erich Klemm*, initiierten massiven Widerstands der Arbeitnehmervertreter vom damaligen Vorstandsvorsitzenden *Jürgen Schrempp* nicht weiter protegiert und schließlich fallengelassen wurde<sup>869</sup>.

---

868 *Franzen*, ZfA 2005, S. 315, 343 ff. (m.w.N. zum Streitstand) erwähnt den Fall der Koppelung der Zustimmung zur vorübergehenden Einführung von Überstunden (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) gegen eine Entscheidung zur Standorterhaltung, in dem das zweckgebundene Mitbestimmungsrecht in unzulässiger Weise vom Betriebsrat ausgedehnt wird. Zu dem hier nicht im Einzelfall zu lösenden Komplex der Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften auf Betriebsebene näher Erfurter Komm.-*Kania*, Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 37 f.

869 Siehe *Börsenzeitung* v. 10.3.2005, S. 48 ff.; *Der Spiegel* v. 28.2.2005, S. 98 ff. und v. 3.5.2004, S. 104; angedeutet auch bei *Rieble*, ZAAR, § 1 Rn 55.

## 2. Gefahr der Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte

Der Schutz des Unternehmens vor der Weitergabe von den Aufsichtsratsmitgliedern in ihrer Funktion bekannt gewordenen<sup>870</sup> vertraulichen Informationen an Dritte ist eine entscheidende Funktionsbedingung jedes Corporate Governance-Modells. Der Gesetzgeber des TransPuG hat diesen Zusammenhang durch die Betonung der hierin liegenden haftungsbegründenden Pflichtverletzung in § 116 S. 2 AktG nachhaltig unterstrichen<sup>871</sup>. Nr. 3.5 DCGK wiederholt diesen Gedanken und ergänzt ihn durch die Hervorhebung der besonderen Bedeutung des Vertraulichkeitsschutzes für die notwendig umfassende Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand<sup>872</sup>. Grundlage des Vertraulichkeitsschutzes ist die aus der organschaftlichen Treuepflicht abgeleitete Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder<sup>873</sup>. Inhaltlich ist hiernach jede vertrauliche Information vor ihrer Preisgabe geschützt. Objektiv vertraulich ist die Information dann, wenn ihre Weitergabe an Dritte der von der Information betroffenen Person (bei Personalangelegenheiten) oder der im Regelfall betroffenen Gesellschaft einen Schaden zufügen kann<sup>874</sup>. Entgegen dem insofern mißverständlichen Wortlaut des § 116 S. 2 AktG, wonach „vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen“ von der Verschwiegenheitspflicht umfaßt sind, ist entsprechend der Schutzfunktion der Verschwiegenheitspflicht und unabhängig von der Form ihrer Entäußerung jede im genannten Sinne vertrauliche Information von der Verschwiegenheitspflicht umfaßt<sup>875</sup>.

In mitbestimmten Gesellschaften ist keine Ausnahme von diesen Grundsätzen im Sinne einer „gespaltenen Vertraulichkeit“ zu machen<sup>876</sup>. Das folgt zum einen aus dem Wortlaut des § 116 S. 2 AktG, der keine entsprechende Differenzierung vornimmt, zum anderen aus dem Umkehrschluß zu § 394 S. 1 AktG, der Gemeindevertreter im Aufsichtsrat bei Berichten an ihre Entsendungskörperschaft ausdrücklich von der Verschwiegenheitspflicht ausnimmt und schließlich aus dem einheitlichen gesetzlichen Pflichtenmaßstab aller Aufsichtsratsmitglieder entsprechend dem Rechtsgedanken des § 4 Abs. 3 S. 1 Montan-MitbestG<sup>877</sup>. Gleichzeitig steht damit fest, daß die Frage der Vertraulichkeit rein objektiv zu beurteilen ist und insofern

---

870 Ob die Information „offiziell oder informell“ vom Vorstand oder von dritter Seite den Aufsichtsratsmitgliedern bekanntgegeben wurden, ist entsprechend dem am objektiven Unternehmensinteresse zu orientierenden Schutzzweck der Vertraulichkeit unerheblich, *Hüffer*, AktG, § 93 Rn. 7, § 116 Rn. 6a.

871 *BegrRegE TransPuG* (Fn. 186), BT-Drucks. 14/8769, S. 18, 24 f.

872 v. *Werder/Lutter*, *Kodex-Komm.*, Rn. 392

873 So auch Nr. 5.5.1 DCGK; *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 5.

874 Statt aller *Hüffer*; AktG, § 93 Rn. 7; *Lutter*, *Kodex-Komm.*, Rn. 395.

875 *Großkomm.AktG-Hopt*, § 93 Rn. 191; wegen der objektiven Anknüpfung ist hingegen keine satzungsmäßige Ausdehnung auf jeglichen Beratungsinhalt möglich, siehe BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 65, S. 325, 328 ff. = NJW 1975, 1412.

876 *Lutter*, *Kodex-Komm.*, Rn. 393; *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 7; *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, S. 49, 52.

877 Zu diesem Gedanken auch *Hanau/Ulmer*, *MitbestG*, § 25 Rn. 76.

kein Ermessen der Arbeitnehmervertreter besteht<sup>878</sup>. Die Weitergabe vertraulicher Informationen an den das Aufsichtsratsmitglied im Hauptamt beschäftigenden Arbeitgeber, bei Gewerkschaftsvertretern mithin die Weitergabe vertraulicher Informationen an die Gewerkschaft ist damit unzulässig und verstößt gegen die organschaftliche Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der im Nebenamt zu beaufsichtigenden Gesellschaft<sup>879</sup>.

Obgleich es sich im Verhältnis der Arbeitnehmervertreter zu den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien oder zur Belegschaft nicht um einen derartigen Konflikt zwischen den Interessen aus Haupt- und Nebenamt handelt, muß im Einklang mit der h.M. gleiches für die Weitergabe von vertraulichen Informationen durch die Arbeitnehmervertreter an Betriebsrat oder Belegschaft gelten<sup>880</sup>. Letzteres wird zwar von einigen Literaturstimmen mit dem Argument bestritten, die Informationsweitergabe fördere die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen auf betrieblicher Ebene, da diese sich schon während des Entscheidungsfindungsprozesses der Unternehmensleitung auf zukünftige Entwicklungen einstellen könnten<sup>881</sup>. In der Sache mag diese Einschätzung durchaus zutreffen, doch kann sie als Argument gegen den notwendig objektiv am potentiellen Schaden für das Unternehmen auszurichtenden Vertraulichkeitsschutz gewendet, nicht überzeugen. Zudem ist diese Ansicht nicht mit der Existenz der speziellen und inhaltlich beschränkten Informationsrechte und Berichtspflichten der §§ 106 Abs. 2, 108 Abs. 4, 110 BetrVG vereinbar. Erst Recht gilt dies für die Erwägung, eine „effektive Öffentlichkeitsarbeit“ gegenüber der betrieblichen Arbeitnehmerschaft befördere die Wiederwahlchancen des Aufsichtsratsmitglieds<sup>882</sup>. Überdies verfolgt die Unternehmensmitbestimmung den Zweck, die Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zu ermöglichen, nicht aber, die Position des Betriebsrats zu stärken. Die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsratsmitglieder gem. § 79 Abs. 1 BetrVG kann an diesem Umfang des Vertraulichkeitsschutzes nichts ändern, da sie inhaltlich nicht mit dem weitergehenden Umfang der Verschwiegenheitspflicht der Organmitglieder harmonisiert ist und zudem durch die erforderliche Geheimhaltungserklärung auch an engere formale Voraussetzungen geknüpft ist<sup>883</sup>.

878 MünchHbAG/Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 37; Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 104.

879 Lutter, Kodex-Komm., Rn. 394; Hanau/Wackerbarth, S. 68; Möllers, NZG 2003, S. 697, 700; Reuter, RdA 1988, S. 280, 285; Ruzik, NZG 2004, S. 455, 457; a.A. wohl Köstler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis, Rn. 740.

880 Lutter/Krieger, Rn. 250; Großkomm.AktG-Oetker, § 25 MitbestG Rn. 25; Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 132; Hanau/Wackerbarth, S. 69; Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49, 52.

881 Köstler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis, Rn. 547; Kittner, ZHR 136 (1972), S. 208, 218 f.; GK-MitbestG/Naendrup, § 25 Rn. 205.

882 So zu Recht Lutter/Krieger, Rn. 262; Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49, 52; Hanau/Wackerbarth, S. 69.

883 Zutreffend Großkomm.AktG-Oetker, § 25 MitbestG Rn. 25; Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 132.

Festzuhalten bleibt, daß sich die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat wegen des Nebenamtsprinzips gegenüber ihrer Gewerkschaft, sowie die Belegschaftsvertreter gegenüber ihrer betrieblichen Wahlkielntel in permanenten Loyalitätskonflikten befinden, die im System der Unternehmensmitbestimmung angelegt sind und die Erfüllung der Verschwiegenheitspflicht gefährden<sup>884</sup>. Die in der Praxis festzustellende Folge dieser Entwicklung ist die möglichst späte Weitergabe von Informationen durch den Vorstand an den Aufsichtsrat bzw. die Arbeitnehmervertreter im Speziel- len<sup>885</sup>. Die für eine effektive Wahrnehmung des Überwachungsauftrags des Aufsichtsrats erforderliche umfassende Informationsversorgung ist damit systembedingt empfindlich gestört.

### 3. Spezialfall Gewerkschaftsvertreter

Anders als die Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat sind die Gewerkschaftsvertreter regelmäßig nicht arbeitsvertraglich an das Unternehmen, sondern im Hauptamt an die jeweilige i.S.v. § 7 Abs. 4 MitbestG im Unternehmen selbst oder einem diesem zuzurechnenden Unternehmen vertretene Gewerkschaft gebunden<sup>886</sup>.

#### a. Interessenkonflikt wegen hauptamtlicher Gewerkschaftsarbeit

Interessenkollisionen der in leitender Funktion für die Gewerkschaft tätigen Aufsichtsratsmitglieder mit der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse treten aufgrunddessen regelmäßig auf. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Möglichkeit einer Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter an tarifpolitische Auseinandersetzungen<sup>887</sup> mit dem Unternehmen etwa vor Abschluß eines Firmentarifvertrags oder bei der Einwirkung auf den zuständigen Arbeitgeberverband vor Tarifverhandlungen über einen Verbandstarifvertrag. Das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil derartige Interessenkollisionen als solche ausdrücklich erkannt und sie in der vom Gesetzgeber des MitbestG gewollten Parallelität von Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie angelegt gesehen, ohne hierin einen Verstoß gegen die Vereinigungsfreiheit der mitbestimmten Gesellschaften und ihrer Gesellschafter bzw. Aktionäre aus Art. 9 Abs. 1 GG oder gegen die Koalitionsfreiheit

---

884 Ähnlich *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 393, *Semler/Stengel*, NZG 2003, S. 1, 4; *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 193. Daß bei Gläubigervertretern ähnliche Interessenkonflikte bestehen können, ist Hanau/Wackerbarth, S. 68 zwar zuzugeben, ist aber nicht Thema dieser Arbeit und ändert insbesondere nichts am für die Arbeitnehmervertreter festgestellten Befund.

885 *Schwalbach*, AG 2004, S. 186, 189 unter Verweis auf den Fusionsfall der DaimlerChrysler AG im Jahr 1998; *Lutter/Krieger*, Rn. 250.

886 Gesetzlich vorgeschrieben ist entgegen dieser Praxis vom MitbestG freilich weder, daß die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmer des Unternehmens sein müssen oder dies nicht sein dürfen, noch die Gewerkschaftszugehörigkeit oder gar eine leitende Funktionsstellung dieser Vertreter, *Raiser*, MitbestG, § 7 Rn. 21, § 16 Rn. 3.

887 Dazu *Scholz*, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 115 f., 122; *Seiter*, FS G.Müller, S. 597, 600; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 634; zu weiteren Fallgruppen *Matthießen*, Stimmrecht, S. 418.

von Arbeitgeberkoalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG zu sehen<sup>888</sup>. Verfassungsrechtlich hat das BVerfG das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden und die Organhaftung der Unternehmensorgane der Aktiengesellschaft bei Verstößen gegen das Unternehmensinteresse als hinreichende Mediatisierung des Arbeitnehmereinflusses angesehen. Gleichzeitig hat das BVerfG damit klargestellt, daß sich die Gewerkschaftsvertreter bei der Ausübung ihres Aufsichtsratsamtes dem Vorrang des Unternehmensinteresses gegenüber entgegenstehenden Arbeitnehmerinteressen und gewerkschaftlichen Verhandlungszielen unterworfen sind, so daß sich ein Ausnutzen des Nebenamtes in jeglicher Form zugunsten der hauptamtlichen Tätigkeit für die Gewerkschaft verbietet<sup>889</sup>. Entscheidungen der Fachgerichte zu derartigen dauerhaften Interessenkonflikte sind zwar nicht ersichtlich, zumal in der Praxis Aufsichtsräte bislang offenbar kaum über tarifpolitische Fragen entscheiden<sup>890</sup>. Angesichts der von Nr. 3.3 DCGK betonten Bedeutung der auch auf Initiative des Aufsichtsrats selbst begründbaren Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ist aber in Zukunft durchaus mit einer Zunahme derartiger Konflikte zu rechnen, zumal die angedeuteten koalitions- und tarifpolitischen Fragen ohne weiteres die für die Begründung von Zustimmungsvorbehalten geforderte grundlegende Bedeutung für die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens erreichen können. Der Gesetzgeber des MitbestG hat derartige Dauerkonflikte mit Billigung des BVerfG aber jedenfalls insoweit hingenommen, als er die Betätigung im Hauptamt nicht sanktioniert hat, sondern wegen des Verweises in § 25 MitbestG auf das AktG nur Konsequenzen für die nebenamtliche Aufsichtsratsstätigkeit in Aussicht gestellt hat<sup>891</sup>.

#### **b. Insbesondere Streikaufruf und Streikführerschaft durch Gewerkschaftsvertreter: der „Fall Bsirske“**

Der in jüngerer Zeit aufgetretene „Fall Bsirske“ gilt demgegenüber als eine besonders zugespitzte Konstellation möglicher Interessenkollisionen von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat.

Der Vorsitzende der *Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di e.V.*, *Frank Bsirske*, der damals wie heute gleichzeitig stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der *Lufthansa AG* war, hatte im Dezember 2002 im Rahmen der Tarifaufeinandersetzungen im öffentlichen Dienst als satzungsrechtlich verantwortlicher Gewerk-

888 BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 359 (zu Art. 9 Abs. 1 GG), S. 372 f., 374 f. (zu Art. 9 Abs. 3 GG).

889 BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 374 insoweit im Einklang mit der h.L., *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 28, § 26 Rn. 21 f.; *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 4; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, Anh. § 117 AktG, B § 25 MitbestG Rn. 15; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 140; zu den Rechtsfolgen derartiger Interessenkonflikte sogleich unter § 5A.

890 *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 140; so auch *Matthießen*, Stimmrecht; S. 440 ff.

891 Seit der Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG ganz h.M., stellvertretend Großkomm.AktG-*Oetker*, § 26 Rn. 15 f.; zu den Konsequenzen für die Aufsichtsratsstätigkeit siehe § 5A.

schaftsfunktionär<sup>892</sup> nach Ablauf der tariflichen Friedenspflicht<sup>893</sup> die Belegschaften der nicht zur *Lufthansa*-Gruppe gehörenden Betreibergesellschaften der Flughäfen Frankfurt a.M. (*Fraport AG*) und München (*Flughafen München GmbH*) zu Warnstreiks aufgerufen. Infolge der an den Flughäfen stattfindenden Streiks kam es zur Stornierung zahlreicher Flüge, unter anderen solcher der *Lufthansa AG*, welche nach Aussage ihres damaligen Vorstandsvorsitzenden auf der Hauptversammlung zu Schäden beim Unternehmen in Höhe eines zweistelligen Millionenbetrags führten<sup>894</sup>. *Bsirske* wurde daraufhin von der Hauptversammlung die Entlastung verweigert. Die Wiederwahl zum stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden erfolgte zudem erst im zweiten Wahlgang, in welchem gem. § 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG nur die Arbeitnehmervertreter stimmberechtigt sind. Gegenstand heftiger Kontroversen im betroffenen Unternehmen, in der Presse sowie in der juristischen Literatur war und ist hierbei die Frage, ob durch eine derartige Streikteilnahme gegen das Unternehmensinteresse und damit die organschaftliche Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds verstoßen wird, und ob infolgedessen eine Schadensersatzpflicht gegenüber der vom Streik mittelbar geschädigten Gesellschaft, hier der *Lufthansa AG*, besteht<sup>895</sup>. Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, daß eine Interessenkollision in derartigen Fällen offensichtlich ist. Ob diese jedoch auch eine haftungsrechtlich relevante Pflichtverletzung begründet, ist erst im Zusammenhang mit möglichen rechtlich-institutionellen Reaktionen auf festgestellte Corporate Governance-Defizite zu beantworten<sup>896</sup>.

## V. Funktionswidrige Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats

Nach der Mindestgrößenregel des § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG setzen sich mitbestimmte Aufsichtsräte in Unternehmen mit Arbeitnehmerzahlen zwischen regelmäßig 2.000 bis 10.000 Arbeitnehmern aus je sechs Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer (Nr. 1), bei Arbeitnehmerzahlen zwischen 10.000 und 20.000 aus je acht Vertretern beider Gruppen (Nr. 2) sowie bei Arbeitnehmerzahlen von mehr als 20.000 aus je zehn Vertretern beider Gruppen (Nr. 3) zusammen. Wie aus dem Umkehrschluß zu Satz 2 der Vorschrift zu entnehmen ist, kann mittels satzungsänderndem Beschluß selbst unter Beibehaltung der paritätischen Besetzung die Gesamtzahl

892 Vgl. §§ 42 Nr. 3, 70 Nr. 1 der ver.di-Satzung, abrufbar unter: <http://www.verdi.de/org/satzung.pdf>.

893 Die *Fraport AG* ist als Mitglied des tarifzuständigen hessischen Arbeitgeberverbands für den öffentlichen Dienst bestreikt worden, die *Flughafen München GmbH* wendet den maßgeblichen Bundesmanteltarifvertrag für gemeindliche Arbeiter und den BAT über dynamische Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverträgen ihrer Mitarbeiter an und war aus diesem Grund in den Arbeitskampf involviert.

894 Siehe FAZ v. 20.6.2003, S. 17.

895 Siehe aus der Presse: Handelsblatt v. 23.6.2003, S. 3 „Fall *Bsirske* heizt Streit um Mitbestimmung an“; FAZ v. 20.6.2003, S. 17 „*Lufthansa*-Aktionäre verweigern *Bsirske* die Entlastung“. Aus der juristischen Literatur: *Bender/Vater*, DStR 2003, S. 1807 ff.; *Kempfen*, GS Heinze, S. 437 ff.; *ders.* NZA 2005, S. 185, 190 ff.; *Lutter/Quack*, FS Raiser, S. 259 ff.; *Möllers*, NZG 2003, S. 697 ff.; *Ruzik*, NZG 2004, S. 455 ff.

896 Dazu eingehend unter § 5A.III.1.c.

der Gremiumsmitglieder nicht verringert, sondern nur erhöht werden. Das MitbestG ordnet also zwingend eine Gremiumsgröße von zwölf, 16 oder 20 Aufsichtsratsmitgliedern an.

Angesichts der Modellvorschrift des § 95 AktG kann die Regelung nur verwundern. Der Gesetzgeber hat in § 95 S. 1 AktG eine Regelmindestgröße von drei Aufsichtsratsmitgliedern vorgesehen, die durch Satzungsbeschluß gem. § 95 S. 2, 4 AktG bis zur Maximalgröße von neun, 15 bzw. 21 Mitgliedern erweitert werden kann. Der Gesetzgeber des AktG ist bei Erlaß der Vorschrift ausweislich der Gesetzesbegründung dem Primat der Sicherung einer effektiven Gremiumsarbeit gefolgt<sup>897</sup> und hat gegenüber der mehr als 10 Jahre später in Kraft getretenen Regelung des MitbestG den genau umgekehrten Regelungsansatz einer einseitig zwingend auf Maximalwerte beschränkten satzungsautonomen Lösung verfolgt. Hierzu mußten dem MitbestG unterliegende Aktiengesellschaften gem. § 95 S. 4 AktG eigens aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen werden. Vergegenwärtigt man sich die Tatsache, daß an Sitzungen mitbestimmter Aufsichtsräte der großen Aktiengesellschaften neben der Gesamtzahl von 20 Aufsichtsratsmitgliedern häufig noch bis zu zehn Vorstandsmitglieder und möglicherweise zusätzlich externe Sachverständige teilnehmen<sup>898</sup>, so ist deutlich, daß unter diesen Bedingungen eine sachbezogene Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen kaum möglich ist. Dieser Befund entspricht nicht nur den wiederholt geäußerten Wahrnehmungen aus der Unternehmenspraxis und Gesellschaftsrechtswissenschaft<sup>899</sup>, sondern auch neueren betriebswirtschaftlichen Untersuchungen aus dem anglo-amerikanischen Raum<sup>900</sup>, die eine „optimale“ Gremiumsgröße im einstufigen *Board*-Modell bei acht bis zwölf Mitgliedern (das „*Executive Management*“ eingeschlossen) ansiedeln. Im internationalen Vergleich liegt die Größe mitbestimmter Aufsichtsräte in Deutschland ohnehin an der Spitze, wenn man sich etwa die durchschnittliche Größe des *Board* von 13 Mitgliedern in den USA bzw. 12 Mitgliedern in Großbritannien bzw. die Größe der niederländischen Aufsichtsräte oder der französischen *Conseils d'Administration*<sup>901</sup> von sechs bis 14 Mitgliedern vergegenwärtigt.

897 Begr.RegE bei: *Kropff*, AktG 1965, S. 125.

898 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 975; v. *Werder*, Kodex-Komm., Rn. 388.

899 *Kopper* (DaimlerChryslerAG), zit. nach Börsenzeitung v. 10.3.2005, S. 48; *Neubürger* (Siemens AG), Handbuch CG, S. 177, 190 f.; *Schnevoigt* (Allianz AG), ZfA 2005, S. 233, 243; *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 701; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), S. 135, 147; *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143, 162; a.A. *Schmoldt*, ZAAR, § 5 Rn. 6; DBG-Bundesvorstand, Stellungnahme zum Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA/BDI v. 12.11.2004, S. 4, S. 4, abrufbar unter: [http://www.boeckler.de/pdf/dgb\\_stellungnahme\\_umitbest\\_2004\\_11.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/dgb_stellungnahme_umitbest_2004_11.pdf).

900 *Yermack*, JFE 40 (1996), S. 185 ff.; zustimmend *Schwalbach*, AG 2004, S. 186, 187; *Berrar*, NZG 2001, S. 1113, 1114, unter Verweis auf die empirische Studie von Malik, S. 163 für Schweizer Unternehmen, die drüber hinaus einen (m.E. zweifelhaften) Kausalitätsbezug zwischen geringerer Gremiumsgröße und steigendem Aktienkurs der Gesellschaft nachweisen will.

901 *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 191.

*De lege ferenda* ist es nach diesem Befund m.E. sinnvoll, ausgehend vom aktienrechtlichen Ansatz einer Mindestgröße, die Festlegung der unternehmensspezifischen Aufsichtsratsgröße dem Satzungsgeber zu überlassen. Die gegenwärtige starre Koppelung der Besetzungszahlen an Grundkapitalziffern oder Arbeitnehmerzahlen wie in den §§ 95 S. 4 AktG, 7 Abs. 1 MitbestG erfolgt, ist nicht funktionsgerecht, da die effektive Wahrnehmung der Aufsichtsratsarbeit durch eine ausreichende Zahl von Gremiumsmitgliedern neben der Unternehmensgröße von vielen weiteren Faktoren bestimmt wird, etwa der Arbeitsbelastung der Aufsichtsratsmitglieder durch weitere Mandate und insbesondere der jeweiligen wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.

Die Unternehmensmitbestimmung behindert eine funktionsgerechte Festlegung der Gremiumsgröße und konterkariert damit den funktionsgerechten Ansatz des Gesetzgebers des AktG. Der Ansatz der Kodex-Kommission, in Nr. 5.3.1 DCGK die Bildung von Aufsichtsratsausschüssen zu empfehlen, um zumindest die Entscheidungsvorbereitung in Kleingremien zu auszulagern, ist ebenso Ausdruck dieses gesetzlich angelegten Dilemmas<sup>902</sup> wie die Anregung getrennter Vorbesprechungen von Anteilseigner- und Arbeitnehmerbank in Nr. 3.6 DCGK. Der funktionswidrigen Gremiumsgröße wird durch beide Regelungen nicht begegnet<sup>903</sup>, da die Unternehmen selbst bei Anwendung beider Regelungen über die Gesamtverantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder für die von Untergremien getroffenen Entscheidungen nicht disponieren können.

### C. Zwischenergebnis

Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG konfliktiert in allen untersuchten Aspekten mit den Funktionen des Aufsichtsrats als institutionellem Faktor des deutschen Corporate Governance-Modells. Neben die festgestellten Kumulationswirkungen der Funktionen der betriebsverfassungsrechtlichen Gremien und des mitbestimmten Aufsichtsrats, welche die sachgerechte Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen beeinträchtigen, treten systemimmanente Funktionsdefizite mitbestimmter Aufsichtsräte. Auf die heterogene Organstruktur sind Beeinträchtigungen des Kommunikationsflusses zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie innerhalb des Aufsichtsrats zurückzuführen. Unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern mangelt es zudem an der funktionsbedingt notwendigen Qualifikation. Die vor diesem Hintergrund wünschenswerte Aufstellung unternehmensspezifischer Qualifikationsparameter ist dem Satzungsgeber durch den Gesetzgeber offenbar gerade wegen des von ihm erkannten Qualifikationsdefizits verwehrt worden. Mit der einheit-

---

902 *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 975; *Neubürger*, Handbuch CG, S. 177, 190; der Kompromiß ist im übrigen weitgehend der Ausklammerung der Unternehmensmitbestimmung aus dem Regierungsauftrag geschuldet, siehe *Baums*, Kommissionsbericht, Rn. 49.

903 Zutreffend bereits *Schiessl*, AG 2002, S. 593, 596.

lichen Pflichtenstellung aller Aufsichtsratsmitglieder ist dies nicht zu vereinbaren. Gemessen an internationalen Erwartungen und normativen Vorgaben sind unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter überdies nicht unabhängig. Erst durch auf den Bestandsschutz des deutschen Sonderwegs der paritätischen Mitbestimmung zielender Interventionen der Bundesregierung sind von der Europäischen Kommission und der US-amerikanischen Börsenaufsicht Ausnahmeklauseln geschaffen worden. Einer sachgerechten und einheitlichen Festlegung von Unabhängigkeitskriterien für Aufsichtsratsmitglieder steht dies entgegen. Auch Interessenkonflikte sind in der heterogenen Organstruktur des Aufsichtsrats angelegt. Wegen dieser Interessenkonflikte besteht die latente Gefahr der Informationspreisgabe an Gewerkschaften oder Betriebsräte als unbefugte Dritte. Gleiches gilt für die Gefahr sachwidriger Koppelungsgeschäfte. Ebenso strukturbedingt ist die Gefahr der In-Sich-Kontrolle wegen der personell und kompetenziell engen Verflechtung der Entscheidungsstrukturen in Betrieb und Unternehmen. Schließlich behindert die Unternehmensmitbestimmung nicht nur die Reduktion der funktionswidrigen Gremiengrößen, sondern sie hat sie sogar entgegen der aktienrechtlichen Regelgröße erst hervorgerufen.



## § 5 Reaktionen auf Corporate Governance-Konflikte

Denkbare Reaktionen auf die erkannten Konflikte zwischen Unternehmensmitbestimmung und funktionsgerechter Corporate Governance bestehen spiegelbildlich zur dualen Struktur des deutschen Corporate Governance-Modells einerseits in Reaktionen der Rechtsordnung und andererseits in marktgesteuerten Reaktionen der Unternehmen und ihrer Anteilseigner.

### A. Reaktionen der Rechtsordnung

Vorab ist klarzustellen, daß die untersuchten Reaktionen der Rechtsordnung nur auf Folgen der Mitbestimmungsstruktur des MitbestG antworten können, da der Gesetzgeber die Struktur als solche bislang nicht zur Disposition gestellt oder einer zumindest systemimmanenten Modifikation durch den Adressatenkreis des DCGK geöffnet hat. Ebenso wenig hat der Gesetzgeber bislang systemimmanente Wege zur Auflösung der Kumulation von Teilhaberechten auf betrieblicher Ebene und Unternehmensebene gefunden<sup>904</sup>. Untersucht werden daher Reaktionen der Rechtsordnung auf Folgeerscheinungen spezifischer Interessenkonflikte in Gestalt sachwidriger Kompromißentscheidungen und Koppelungsgeschäfte des Vorstands mit den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien, welche vom Aufsichtsrat initiiert oder toleriert werden, Reaktionen auf die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern auf beiden Seiten einer tarifpolitischen Auseinandersetzung sowie auf die Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte. Nach dem jeweiligen Ansatz der Reaktion ist zwischen spezifisch aktienrechtlichen Reaktionen außerhalb des Haftungsrechts sowie der straf- und zivilrechtlichen Haftung zu welcher auch die aktienrechtliche Schadensersatzhaftung gem. §§ 116 S. 1, 93 AktG zu zählen ist, zu unterscheiden.

### I. Aktienrechtliche Sanktionen

Bei den im Folgenden erörterten aktienrechtlichen Sanktionen ist zu unterscheiden zwischen solchen, welche die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter am Beratungs- und Beschlußverfahren des Aufsichtsrats betreffen, sowie Reaktionen der Hauptversammlung.

---

904 Außer Betracht bleiben müssen daher Reaktionen auf Kommunikationsstörungen, Qualifikationsdefizite, fehlende Unabhängigkeit sowie die Gremiumsgröße, es sei denn, diese führen zu spezifischen Pflichtverletzungen der Aufsichtsratsmitglieder.

## 1. Beschränkung der Beteiligungsrechte von Aufsichtsratsmitgliedern

Einschränkungen von Beteiligungsrechten kommen infolge der aufgezeigten Interessenkonflikte von Arbeitnehmervertretern in vielfältiger Form in Betracht. Hierbei ist nach dem Umfang der Einschränkung des Beteiligungsrechts zu differenzieren.

### a. Ruhen des Amtes

Als eine mögliche Beschränkung der Beteiligungsrechte des sich in einem Interessenkonflikt befindenden Arbeitnehmervertreters wird das Ruhen des Amtes diskutiert.

#### [1] Meinungsstand

Für tarifpolitisch motivierte Interessenkonflikte und jüngst auch für Beteiligungen von Arbeitnehmervertretern an betrieblichen Beschäftigungspakten<sup>905</sup> ist vereinzelt ein generelles Ruhen des Amtes des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds für die Dauer der jeweiligen Auseinandersetzung vertreten worden<sup>906</sup>. *Martens* hat dies für den Fall der Beteiligung am Arbeitskampf damit begründet, daß der Gesetzgeber sich dafür entschieden habe, im Arbeitskampf institutionalisierte Mitbestimmungsverfahren außer Kraft zu setzen, wie aus dem Arbeitskampfverbot der Betriebsverfassung ersichtlich sei. *Reuter* kommt zum selben Ergebnis über eine Analogie zum partiellen Alleinentscheidungsrecht der Anteilseignerseite gem. § 32 Abs. 1 MitbestG. *Müller* sieht schon durch die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an Tarifverhandlungsergebnissen über Informations-, Beschluß-, und Zustimmungsrechte das Prinzip der Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberseite als Grundpfeiler des Systems der Tarifautonomie verletzt und plädiert daher für ein temporäres Ruhen des Amtes.

Die ganz h.M. lehnt demgegenüber ein Ruhen des Amtes bei Auftreten tarifpolitisch motivierter Interessenkonflikte ab<sup>907</sup>. Weder AktG noch MitbestG sähen eine derartige Rechtsfolge vor. Im Gegenteil entspreche es der Systematik des AktG zur Beschränkung von Beteiligungsrechten bei Interessenkonflikten, allenfalls das Stimmrecht zu sperren, wie die §§ 34 BGB und 136 Abs. 1 AktG zeigten. Auch mitbe-

905 Zum Vorwurf der Mitwirkung an einer Erpressung des Vorstands der DaimlerChrysler AG im Rahmen eines Beschäftigungspaktes durch den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden Erich Klemm siehe FAZ v. 23.7.2005, S. 18.

906 Beschränkt auf den zugespitzten Fall des Arbeitskampfes: *Reuter*, AcP 179 (1979), S. 507, 559 f.; *Martens*, ZGR 1977, S. 422, 429; *Müller*, DB 1975, S. 253; OLG München, Urt. v. 19.9.1956 – 7 U 882/56, BB 1956, S. 995 (obiter); für die gesamte Phase der Tarifverhandlungen: *Müller*, DB 1979, Beil. 5, S. 9; entgegen *Hanau/Wackerbarth*, S. 77 wird ein Erlöschen des Aufsichtsratsmandats (selbst von den vorgenannten Vertretern) nicht diskutiert.

907 Großkomm.AktG-Oetker, § 26 Rn. 18; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 26 Rn. 20; *Hanau/Wackerbarth*, S. 85; *Matthießen*, Stimmrecht, S. 440 ff., 452, 455 f.; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 140, 145; *Seiter*, FS G.Müller, S. 589, 600.

stimmungsrechtlich folge aus dem Umkehrschluß zu § 24 Abs. 1 MitbestG<sup>908</sup> und § 74 Abs. 2 BetrVG, daß derartige Interessenkonflikte das Amtsverhältnis als solches unberührt lassen<sup>909</sup>. Die Rechtsfolge sei im übrigen unverhältnismäßig, da sie auch eine Beteiligung an Beratungsgegenständen ausschließe, die keinerlei Bezug zum jeweiligen Interessenkonflikt haben<sup>910</sup>. Zudem wäre wegen der vielfältig auftretenden Interessenkonflikte andernfalls die regelmäßige Aufsichtsratsarbeit in unzumutbarer Weise gestört<sup>911</sup>. Im übrigen mache das auch vom BVerfG im Mitbestimmungsurteil betonten Trennungsprinzip zwischen Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie deutlich, daß der Gesetzgeber die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberseite und damit eine funktionsfähige Tarifautonomie in verfassungskonformer Weise durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gewährleistet habe, welches den Arbeitnehmereinfluß hinreichend stark mediatisiere<sup>912</sup>.

## [2] Stellungnahme

Der h.M. ist zuzustimmen. Ein generelles Ruhen des Amtes während tarifpolitischer Auseinandersetzungen und sonstiger beschäftigungspolitischer Auseinandersetzungen mit betriebsverfassungsrechtlichen Gremien wäre unverhältnismäßig und ginge an der aktienrechtlichen Systematik zur Lösung von Interessenkonflikten<sup>913</sup> vorbei. Auch mitbestimmungsrechtlich wäre es nicht zu erklären, da derartige Interessenkonflikte vom Gesetzgeber des MitbestG gesehen und geduldet worden sind. Zudem wäre andernfalls entgegen der Intention des MitbestG die Organzusammensetzung unter Umständen dauerhaft zulasten der Arbeitnehmerseite verschoben, zumal das Nachrücken eines Ersatzmitglieds in § 101 Abs. 3 AktG nur bei „Wegfall“ eines Aufsichtsratsmitglieds, nicht bei bloßem Ruhen des Amtes in Betracht kommt<sup>914</sup>. Auch das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil zur Lösung derartiger Interessenkonflikte statt auf das starre Instrument der Inkompatibilität lediglich auf die gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorschriften verwiesen<sup>915</sup>. Soweit die Gegenansicht sich auf eine Analogie zu § 32 Abs. 1 MitbestG stützt, sprechen hiergegen zudem schon die gegen den entsprechenden Vorschlag zur Steuerung einer Mitbestimmungskumulation aufgrund betriebsverfassungsrechtlichen Teilhaberechte vorgebrachten Argumente: § 32 MitbestG ist als rechtstechnisch wie rechtsdogmatisch mißglückte

908 Großkomm.AktG-Oetker, § 26 MitbestG Rn. 18.

909 Hanau/Wackerbarth, S. 82 ff.

910 Seiter, FS G.Müller, S. 589, 600.

911 Großkomm.AktG-Oetker, § 26 MitbestG Rn. 18; Hanau/Wackerbarth, S. 85; i.E. auch Möllers, NZG 2003, S. 697, 699.

912 Matthießen, Stimmrecht, S. 455; Raiser, MitbestG, § 25 Rn. 140.

913 Hierzu sogleich unter § 5A.I.1.b.[2].

914 Hüffer, AktG, § 101 Rn. 13 nennt als Beispiele den Tod oder die endgültige Niederlegung des Amtes.

915 BVerfG, a.a.O., (Fn 47), S. 374.

und bewußt auf die ausdrücklich geregelten Fälle beschränkte Ausnahmvorschrift keiner Analogie zugänglich<sup>916</sup>.

### **b. Gegenstandsbezogenes Stimmverbot**

Ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat von der Abstimmung auszuschließen sind, soweit das Unternehmen an einer tarifpolitischen Auseinandersetzung in Form von Tarifverhandlungen oder nach Scheitern solcher Verhandlungen an Arbeitskämpfen beteiligt ist, ist streitig. Fraglich ist außerdem, wie die Gefahr einer Beteiligung von Arbeitnehmervertretern an der Überwachung einer Entscheidung zu beurteilen ist, die sie in ihrer Funktion als Betriebsratsmitglieder selbst mit dem Vorstand ausgehandelt bzw. mitgetragen haben.

#### **[1] Meinungsstand**

Eine Ansicht bejaht ein generelles Stimmverbot aller Arbeitnehmervertreter bei Gestaltungsentscheidungen des Aufsichtsrats in „allen Angelegenheiten der Tarifpolitik, des Arbeitskampfes und der Beteiligung in einer Arbeitgeberkoalition“<sup>917</sup>. Begründet wird dies zum einen mit dem aus einer Analogie zu §§ 34 BGB und 136 Abs. 1 AktG abzuleitenden gesellschaftsrechtlichen Prinzip des Stimmrechtsausschlusses des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds bei Rechtsgeschäften, welche die Gesellschaft mit ihm selbst oder mit einem vom Aufsichtsratsmitglied vertretenen oder zumindest beeinflussten Dritten tätigt<sup>918</sup>. Daher seien zumindest externe Gewerkschaftsmitglieder von Abstimmungen im Aufsichtsrat über Zwischenergebnisse von Tarifverhandlungen oder Reaktionen des Unternehmens auf Arbeitskampfmaßnahmen auszuschließen. Daneben sei auch ohne einen derart maßgeblichen Einfluß auf den jeweiligen Dritten ein gleichmäßig für alle Aufsichtsratsmitglieder geltendes Stimmverbot in Fällen eines Interessenkonflikts anzuerkennen. Wegen der vom BVerfG im Mitbestimmungsurteil bestätigten Trennung von Fragen der Tarifautonomie und der Unternehmensmitbestimmung müsse speziell für die Beteiligung an tarifpolitischen Fragen aber ausschlaggebend für einen Stimmrechtsausschluß sein, ob ohne diesen die Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite im Tarifkonflikt gefährdet werde. Letztere müsse ihre Position grundsätzlich frei vom Einfluß des sozialen Gegenspielers bilden können. Jedenfalls im zugespitzten Fall des Arbeitskampfes führte es aber zu einer Beeinträchtigung der Kampfparität, wenn die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

---

916 Zur abzulehnenden Steuerung von Mitbestimmungskumulativen durch § 32 MitbestG siehe § 4A.II.4.c.

917 *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 403; *Hanau/Wackerbarth*, S. 85 ff., 89 ff.; *Hanau/Ulmer*, § 26 Rn. 25; *Seiter*, FS Müller, S. 589, 601; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 633 f. m.w.N.; i.E. trotz anderer Begründung auch *Großkomm.AktG-Oetker*, § 26 Rn. 19.

918 Zu diesem Prinzip *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 9; *MünchHbAG/Hoffmann-Becking*, § 31 Rn. 59.

bei diesen Fragen stimmberechtigt wären<sup>919</sup>. Dem entspreche auch der Grundgedanke der Rechtsprechung des BAG zu arbeitskampfbedingten Einschränkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Maßnahmen des Arbeitgebers im Zuge von Tarifkonflikten sowie aus rechtsvergleichender Sicht eine entsprechende ausdrückliche Regelung des schwedischen Gesetzgebers in § 14 des Gesetzes über die Vertretung der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat von Kapitalgesellschaften (LSA)<sup>920</sup>.

Andere Autoren lehnen derartige, auf typisierte Interessenkonflikte der Arbeitnehmervertreter bezogene Stimmverbote ab. Es sei vielmehr gerade Sinn der Unternehmensmitbestimmung, daß derartige auch zugespitzte Konfliktlagen mit tarifpolitischem Hintergrund im konsensorientierten mitbestimmten Aufsichtsrat verhandelt würden<sup>921</sup>. Weitere Stimmen<sup>922</sup> betonen, daß sich der Konflikt im Kern auf eine Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung vertraulicher Informationen reduzieren lasse. Hierfür habe der Gesetzgeber die Rechtsfolge der Haftung für der Gesellschaft infolge der Offenbarung entstandene Schäden, nicht ein Stimmrechtsverbot vorgesehen.

Die Gefahr der Mitwirkung von betrieblichen Entscheidungsträgern an Kontrollentscheidungen über Vereinbarungen des Vorstands auf betrieblicher Ebene wird überdies teils als zu einem Stimmverbot führendes In-Sich-Geschäft i.S.v. § 34 BGB analog angesehen<sup>923</sup>, teils als systemimmanent und daher nur über die Haftung für Verstöße gegen das Unternehmensinteresse sanktionierbar gehalten<sup>924</sup>.

## [2] Stellungnahme

Bevor eine differenzierte Lösung der Frage eines Stimmrechtsausschlusses für die verschiedenen Gruppen der Arbeitnehmervertreter entwickelt wird, ist festzustellen, daß die Haftungssanktionen gem. §§ 93 Abs. 1, 116 S. 1 AktG bei Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eine Lösung des Interessenkonflikts über ein Stimmverbot nicht verdrängen, da sie zum einen erst nach Eintritt eines Schadens für die Gesellschaft und damit lediglich postventiv greifen und zum anderen Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht allenfalls durch einen Teilnahmeausschluß von der Beratung sensibler Entscheidungen beseitigt werden könnten,

919 *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 403; Großkomm.AktG-*Oetker*, § 26 Rn. 19; *Seiter*, FS Müller, S. 589, 602.

920 *Hanau/Wackerbarth*, S. 83 f. (zur Rechtsprechung des BAG zum Verhältnis von betriebsverfassungsrechtlicher Teilhabe und Kampfparität), S. 86 f. (zu § 14 LSA).

921 *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis Rn. 742.

922 *Kempen*, NZA 2005, S. 185, 192; *ders.*, GS Heinze, S. 437, 442, der aber dennoch (m.E. im Widerspruch hierzu) ein Teilnahmeverbot für möglich hält; ähnlich *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 145; i.E. auch *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1605 Fn. 24 (ohne Begründung).

923 *Säcker*, DB 1977, S. 1791, 1794.

nicht aber durch ein bloßes Stimmrechtsverbot. Zwischen vor- und nachgelagerter Sanktion besteht wegen dieses unterschiedlichen Ansatzes mithin kein Konkurrenzverhältnis.

In der Lösung der Frage nach tarifpolitisch veranlaßten Interessenkonflikten ist für externe Gewerkschaftsvertreter der erstgenannten Ansicht zu folgen. Ein Stimmverbot ist für externe Gewerkschaftsvertreter bei Tarifkonflikten des von ihnen beaufsichtigten Unternehmens mit der durch sie hauptamtlich vertretenen Gewerkschaft, neben dem Argument der zu weitgehenden Beeinflussung der Willensbildung des Arbeitgeber-Unternehmens bei tarifpolitisch das Unternehmen selbst betreffenden Sachverhalten, bereits mit dem Rechtsgedanken des § 34 BGB zu begründen. Zwar wird eine allgemeine Übertragung des Rechtsgedankens auf jegliche Form des Interessenkonflikts im Aufsichtsrat zu Recht für unzulässig gehalten, da dies zur unkonturierten Anwendung der vom Gesetzgeber auf Kernfallgruppen beschränkten Regelung führen würde<sup>925</sup>. Bei Vorstandsmitgliedern der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften ist aber m.E. eine hinreichend starke Interessenüberschneidung dann anzuerkennen, wenn sie sich aufgrund ihrer Aufsichtsratsfunktion auf beiden Seiten der tarifpolitischen Auseinandersetzung mit dem beaufsichtigten Unternehmen befinden<sup>926</sup>. Ob das jeweilige Gewerkschaftsmitglied durch sein Stimmverhalten die Grenzen der nach den Gewerkschaftssatzungen regelmäßig bestehenden<sup>927</sup> Gesamtvertretungsmacht für tarifrechtliche Entscheidungen einhält oder überschreitet, ist m.E. für das Kriterium der schädlichen Interessenüberschneidung unbeachtlich, da aus teleologischer Perspektive die Frage des zivilrechtlich wirksamen Handelns nur **ein** (eher formales) Indiz für eine Interessenüberschneidung bieten kann, ein hinreichender Einfluß auf die Willensbildung der Gewerkschaft auch bei Gesamtvertretung zu erwarten ist<sup>928</sup> und andernfalls die Gewerkschaften durch eine ebenfalls formale Satzungsentscheidung über das Eingreifen des Stimmverbots disponieren könnten.

Für die Belegschaftsvertreter könnte das Stimmverbot in tarifpolitischen Angelegenheiten demgegenüber mangels einer derartigen „amtsbezogenen Verflechtung“ mit der tarifpolitischen Gegenseite allein aus dem möglichen Einfluß auf die Willensbildung der Arbeitgeberseite im Tarifkonflikt, etwa bei der Beschlußfassung über die

---

924 *Matthießen*, Stimmrecht, S. 465; i.E. auch *MüKoAktG-Semler*, § 108 Rn. 157; *Raiser*, FS Duden, S. 423, 435 f.

925 *MüKoBGB-Reuter*, § 34 Rn. 9; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 9; *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1605.

926 I.E. auch *Roth*, ZfA 2004, S. 431, 456 für Tarifkonflikte in einer SE mit monistischem Verwaltungsrat; auch *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1605 für den entsprechenden Fall der Organmitgliedschaft im Zuliefererbetrieb und einem Direktgeschäft mit der beaufsichtigten Gesellschaft.

927 Vgl. etwa §§ 68 Nr. 1 S. 2, 70 Nr. 1 der ver.di-Satzung sowie § 22 Nrn. 1, 2 der IG Metall-Satzung

928 Für die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Einflusses auch *MüKoBGB-Reuter*, § 34 Rn. 9. Auch der eine vergleichbare Interessenkollision sanktionierende § 20 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG stellt zu Recht nicht auf die Vertretungsbefugnis ab, wie sich aus dem Umkehrschluß zu Nr. 3 ergibt.

Einlegung eines Vetos aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG gegen vom Vorstand präsentierte vorläufige Tarifverhandlungsergebnisse abgeleitet werden. Gegen das Argument, daß derartige Interessenkonflikte zum Wesen des mitbestimmten Aufsichtsrats gehören und daher schlechthin nicht sanktionierbar seien, ist einzuwenden, daß bereits das BVerfG im Mitbestimmungs-urteil die Frage, ob der Einfluß der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Einzelfall zu Verschiebungen im Machtgefüge der Tarifvertragsparteien führen könne, durch den Verweis auf eine künftige fachgerichtliche Praxis nicht negativ beantwortet hat. Die Beurteilung sinnvoller Beschränkungen der Beteiligungsrechte hat das BVerfG vielmehr ausdrücklich der Praxis überlassen<sup>929</sup>. Festgestellt hat das BVerfG im Mitbestimmungs-urteil lediglich, daß die tarifpolitische Betätigungsfreiheit als solche durch das Aufsichtsratsmandat nicht beeinträchtigt wird, nicht aber, daß umgekehrt Beteiligungsrechte im Aufsichtsrat eingeschränkt werden können. Das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden sichert der Arbeitgeberseite danach zwar insoweit ein formales Übergewicht, als daß der Kernbereich der Koalitions-freiheit der Arbeitgeberseite durch das MitbestG unverletzt bleibt. Über die Kriterien der Unvereinbarkeit von Doppelfunktionen und Interessenkollisionen ist damit noch nicht entschieden worden.

Ein pauschales Stimmrechtsverbot für alle Arbeitnehmervertreter ist m.E. in tarif-politisch sensiblen Fragen dennoch nicht zu begründen. Zum einen würde man hier-mit eine sachlich nicht gerechtfertigte tarifpolitisch einheitliche Interessenlage aller Arbeitnehmervertreter unterstellen. Schon mit dem Gegenbeispiel der leitenden An-gestellten ist diese Argumentation zu erschüttern<sup>930</sup>. Im übrigen dürften sich auf-grund des immer geringeren gewerkschaftlichen Organisationsgrades der Arbeit-nehmerschaft<sup>931</sup> zunehmend auch tarifpolitische Außenseiter im Aufsichtsrat wieder-finden. Schon deshalb ist eine pauschale Übertragung des Stimmrechtsausschlusses (auch) auf Außenseiter in Aufsichtsräten unplausibel. Zudem besteht m.E. das hinter der Diskussion um derartige Stimmrechtsverbote liegende praktische Bedürfnis in der Verhinderung eines ungewollten Informationsflusses zwischen Arbeitneh-mervetretern und Gewerkschaft während eines Tarifkonflikts. Dieses Bedürfnis läßt sich systemgerecht aber nur mit einem Teilnahmeverbot, nicht mit einem Stimmverbot befriedigen. Im übrigen würde man mit dem pauschalen Stimmrechtsausschluß aller

---

929 Siehe BVerfG, a.a.O., (Fn. 47), S. 374 ff.; zu Recht auch *Hanau/Wackerbarth*, S. 30; i.E. auch *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 457. Daß es in der Praxis bislang offenbar nur wenige Aufsichtsratsentscheidun-gen in Tarifaufinandersetzungen gegeben hat bzw. diese noch seltener Anlaß zu Rechtsstreitig-keiten gegeben haben, ist angesichts der durch Nr. 3.3 DCGK manifestierten, verstärkten Relevanz von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG im deutschen Corporate Governance-Modell kein beachtlicher Einwand gegen die Entwicklung von Leitlinien zur Lösung derartiger Interessenkonflikte.

930 Zur speziellen tarifpolitischen Interessenlage leitender Angestellter siehe *Schaub*, ArbRHb, § 14 Rn. 2.

931 Dieser liegt in Deutschland gegenwärtig bei lediglich 20%, iwd v. 18.8.2005, S. 4.

Arbeitnehmersvertreter die abgestuften und sinnvollen gesellschaftsrechtlichen Kriterien des § 34 BGB analog für in leitender Funktion bei der vertraglichen Gegenseite tätigen Gewerkschaftsvertreter konterkarieren.

Rechtsvergleichend wird diese Auffassung durch den normativen Umgang mit derartigen Interessenkonflikten in anderen Mitgliedsländern der Europäischen Union bestätigt. So bestehen jedenfalls in Ländern wie Frankreich, Belgien und Luxemburg, die eine Arbeitnehmermitbestimmung im einstufigen *Board*-System kennen und aufgrund dieser Erfahrung offenbar noch sensibler gegenüber Interessenkonflikten sind, ausdrückliche Regelungen, die der vorgetragenen Differenzierung gleichen<sup>932</sup>.

Ähnlich ist m.E. die Frage eines Stimmverbots bei Arbeitnehmersvertretern zu bewerten, die im Aufsichtsrat über eine unternehmerische Planung, die etwa Betriebsänderungen vorsieht, abstimmen, über deren Folgen sie dann auf betrieblicher Ebene erneut als Betriebsratsmitglieder mitentscheiden oder etwa im Rahmen von Sozialplanverhandlungen zuvor entschieden haben. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats lassen sich in diesem Fall nicht als „Geschäft mit einem Arbeitnehmersvertreter“ i.S.v. § 34 BGB analog klassifizieren, da die Entscheidung über das „Ob“ der Maßnahme den mit den Folgen der Entscheidung konfrontierten Arbeitnehmerkreis weitgehend offenläßt und auch eine Identifizierung des einzelnen Arbeitnehmersvertreters mit den auf betrieblicher Ebene vertretenen Belegschaftsinteressen wegen der dem Betriebsrat zukommenden Ausgleichsfunktion nicht in der Eindeutigkeit möglich ist, wie dies bei führenden Gewerkschaftsfunktionären gegenüber den Interessen ihrer Gewerkschaft möglich ist<sup>933</sup>. Andernfalls würde man den Rechtsgedanke des § 34 BGB überdehnen und müßte bei potentieller Betroffenheit von Folgen unternehmerischer Entscheidungen auch Anteilseignersvertreter (etwa als Repräsentanten von Zulieferern) vielfach im Stimmrecht beschränken. In den zuletzt genannten Fällen bleibt m.E. *de lege lata* nur der Weg einer Haftung für Verstöße gegen das Unternehmensinteresse.

Damit bestehen zwar im Ergebnis bei Interessenkonflikten der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat effektive Beschränkungsmöglichkeiten nur in den wenigen Fällen der Gewerkschaftsführer während eines Tarifkonflikts „ihrer“ Gewerkschaft mit dem beaufsichtigten Unternehmen. M.E. läßt sich dieses Dilemma aber befriedigend nicht durch eine wenig Rechtssicherheit versprechende Ausdehnung des Rechtsgedankens des § 34 BGB, sondern nur durch die Beseitigung der Ursache des Konflikts *de lege ferenda*, mithin der Existenz von stimmberechtigten Arbeitnehmersvertretern im Aufsichtsrat, beheben.

---

932 Dazu *Roth*, ZfA 2004, S. 431, 454.

933 Derartige „Repräsentationsvorstellungen“ führten vielmehr wiederum in die falsche Richtung eines quasidemokratischen Legitimationsansatzes. Zu Recht deutlich ablehnend *Reichold*, Sozialprivatrecht, S. 548.

### c. Gegenstandsbezogenes Teilnahmeverbot

Diejenigen Autoren, die schon gegenstandsbezogene Stimmverbote für Arbeitnehmervertreter bejahen, plädieren überwiegend auch dafür, die Arbeitnehmervertreter generell von der Teilnahme an der Beratung und der Information über die kritischen Beschlußgegenstände auszuschließen<sup>934</sup>. Andere kommen zwar zum selben Ergebnis, fordern aber hierfür im Einzelfall die nachweisbare Gefahr einer Offenbarung von dem Aufsichtsrat zugänglichen vertraulichen Informationen über die Verhandlungstaktik oder über Streikabwehrmaßnahmen des Unternehmens<sup>935</sup>. Letzterer Ansicht ist vor dem Hintergrund der soeben zum Stimmverbot vertretenen Position zuzustimmen. Die genannte Einschränkung ist berechtigt, da sie einerseits den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt und andererseits den im Aktienrecht allgemein anerkannten Voraussetzungen eines ungeschriebenen Ausschlusses von der Sitzungsteilnahme bei nicht mitbestimmungsrechtlich veranlaßten Interessenkollisionen entspricht<sup>936</sup>. Bei belegbaren Verstößen gegen das Vertraulichkeitsgebot in der Vergangenheit in gleichgelagerten Fällen oder einer konkreten Auseinandersetzung über die Reichweite des Vertraulichkeitsschutzes im Tarifkonflikt besteht somit für die Beratung der konkreten tarifpolitischen Fragen ein gegenstandsbezogenes Teilnahmeverbot.

### d. Pflicht zur Niederlegung des Amtes

Ebensowenig wie die zuvor diskutierten Beteiligungsbeschränkungen gesetzlich geregelt sind, ist eine Pflicht zur Amtsniederlegung geregelt. Sie wird jedoch von Teilen des aktienrechtlichen Schrifttums als *ultima ratio* infolge schwerwiegender, dauerhafter Interessenkonflikte, denen nicht mit milderem Mitteln wie punktuellen Stimmverboten oder dem Ausschluß von Information und Beratung begegnet werden kann, angenommen<sup>937</sup>. Die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern an tarifpolitischen Auseinandersetzungen kann aber schon aus denselben Gründen, die bereits gegen ein Ruhen des Amtes sprechen, keinen dauerhaften Interessenkonflikt in diesem Sinne begründen, da die Rechtsfolge der Niederlegung des Amtes noch weitreichender ist, als die des temporären Ruhen des Amtes.

Speziell für Fälle aktiver Streikbeteiligung wie im „Fall *Bsirske*“ wird dennoch von einigen Autoren unter Hinweis auf die Empfehlung der Nr. 5.5.3 S. 2 DCGK, wonach „wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte“ zur Mandatsbeendi-

934 Großkomm.AktG-Oetker, § 26 MitbestG Rn. 19; Hanau, ZGR 1977, S. 397, 404 f.; i.E. auch Matthießen, Stimmverbot, S. 480 f., der eine Verlagerung sensibler Beratungsgegenstände in einen Spezialausschuß des Aufsichtsrats ohne Arbeitnehmerbeteiligung befürwortet.

935 Hanau/Wackerbarth, S. 89; Kempen, NZA 2005, S. 185, 192; Lutter/Krieger, Rn. 778; Möllers, NZG 2003, S. 697, 700; a.A. Köstler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis Rn. 743: „verdrängt durch Verschwiegenheitspflicht“.

936 Hierzu näher Hüffer, AktG, § 109 Rn. 2.

937 Siehe Großkomm.AktG-Hopt/Roth, § 103 Rn. 97; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, Rn. 719.1.

gung führen sollen, eine entsprechende Pflicht des betroffenen Arbeitnehmervertreters zur Amtsniederlegung angenommen<sup>938</sup>.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Unterstellt, eine aktive Streikteilnahme sei als schwerwiegender Interessenkonflikt im Sinne der von diesen Autoren vertretenen ungeschriebenen aktienrechtlichen Pflicht zur Amtsniederlegung anzuerkennen, ließen sich in Form der aufgezeigten punktuellen Stimmrechtssperren sowie des Ausschlusses von der Sitzung bei der Gefahr einer Weitergabe vertraulicher Informationen mildere beteiligungsbezogene Sanktionen anwenden, so daß die Rechtsfolge unverhältnismäßig wäre. Zum anderen ist ein „Verstoß“ gegen Nr. 5.5.3 S. 2 DCGK ebenfalls auszuschließen. Die Kodex-Kommission hat Fragen der Unternehmensmitbestimmung nämlich auftragsgemäß nicht unter Corporate Governance-Gesichtspunkten untersucht und damit auch nicht in Nr. 5.5.3 S. 2 DCGK geregelt, so daß ein mitbestimmungsrechtlich indizierter „Verstoß“ gegen Nr. 5.5.3 S. 2 DCGK besonderer Begründung bedürfte. Eine solche liefern die zitierten Autoren aber nicht. Gemessen an den Tatbestandsvoraussetzungen der Empfehlung wäre der konkrete Interessenkonflikt zudem nicht wie vorausgesetzt von dauerhafter, sondern streikbedingt von lediglich vorübergehender Natur<sup>939</sup>. Selbst wenn man aber einen wesentlichen und dauerhaften Interessenkonflikt unterstellte, könnte wegen der Rechtsnatur der Kodexempfehlungen nicht unmittelbar auf ein pflichtwidriges Verhalten geschlossen werden, da Rechtspflichten lediglich aus der Entsprechenserklärung des Aufsichtsrats nach § 161 AktG, nicht aber aus den Kodexregeln als solchen folgen<sup>940</sup>.

#### **e. Gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund**

Als über den gegenstandsbezogenen Stimmrechts- und Teilnahmeausschluß der Aufsichtsratsmitglieder hinausgehende Sanktionierung eines Interessenkonflikts kommt somit allein eine gerichtliche Abberufung einzelner Aufsichtsratsmitglieder gem. § 103 Abs. 3 AktG in Betracht. Voraussetzung für einen begründeten Abberufungsantrag des Aufsichtsrats ist ein „wichtiger Grund in der Person des Aufsichtsratsmitglieds“ gem. § 103 Abs. 3 S. 1 AktG. Ein solcher ist nach allgemeiner Ansicht bei aus Sicht der Gesellschaft zu beurteilender „Unzumutbarkeit der Fortführung des Amtes bis zum Ablauf der Amtszeit“ gegeben<sup>941</sup>. Eine potentielle Interessenkollision zwischen den hauptamtlich und den nebenamtlich wahrzunehmenden Aufgaben reicht allein für die Annahme eines wichtigen Grundes jedoch nicht aus<sup>942</sup>. Sollte

---

938 *Bender/Vater*, DStR 2003, S. 1807, 1808; *Hopt*, ZGR 2004, S. 1, 37 f.; *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 458; *Säcker*, AG 2004, S. 180, 183.

939 So auch *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 699.

940 Siehe § 2D.II.5.

941 Stellvertretend *Hüffer*, AktG, § 103 Rn.10.

942 So hat das OLG Hamburg, Beschl. v. 23.1.1990, – 11 W 92/89 „HEW/Jansen“, ZIP 1990, S. 311, 313 f. = NJW-RR 1990, 673 zu Recht erst bei einer nachweislichen nebenamtlichen (hier als

aber etwa nachweislich infolge einer vorsätzlichen Verletzung des Vertraulichkeitsgebots<sup>943</sup> oder eines ähnlich schwerwiegenden Verhaltens einzelner Arbeitnehmervertreter wie etwa dem Aufruf zur Durchführung oder der Unterstützung von rechtswidrigen Kampfmaßnahmen gegenüber dem beaufsichtigten Unternehmen<sup>944</sup> während einer Tarifauseinandersetzung eine schwerwiegende und voraussichtlich irreparable Krise im Vertrauensverhältnis der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder zum jeweiligen betreffenden Arbeitnehmervertreter entstanden sein, durch welche die funktionsgerechte Wahrnehmung der Aufgaben des Gesamtgremiums nachhaltig beeinträchtigt wäre<sup>945</sup>, so könnte der Aufsichtsrat mit Mehrheitsbeschluß erfolgreich die gerichtliche Abberufung des jeweiligen Mitglieds gem. § 103 Abs. 3 S. 2 AktG beantragen. Die bloße Teilnahme an Tarifauseinandersetzungen mit dem beaufsichtigten Unternehmen in Wahrnehmung hauptamtlicher Funktionen ist demgegenüber kein wichtiger Grund im Sinne von § 103 Abs. 3 S. 1 AktG, da insofern die aufgezeigten mildereren beteiligungsbezogenen Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Neben diesen materiell hohen Hürden für einen erfolgreichen Abberufungsantrag trägt insbesondere das Mehrheitserfordernis<sup>946</sup> im paritätisch besetzten Aufsichtsrat dazu bei, daß § 103 Abs. 3 AktG, verglichen mit dem Paralleltatbestand des § 23 Abs. 1 S. 1 BetrVG für die Ebene der Betriebsverfassung, welcher auch einen isolierten Abberufungs- bzw. Auflösungsantrag des Arbeitgebers zuläßt, auch formal eine wenig taugliche Sanktion für Interessenkonflikten von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat abgibt.

#### f. Keine Einschränkung der Beteiligungsrechte im „Fall *Bsirske*“

Einschränkungen der Beteiligungsrechte des *ver.di*-Vorsitzenden *Bsirske*<sup>947</sup> hätten nach der hier vertretenen Ansicht ausschließlich bei nachweislich bestehender Gefahr der Beeinträchtigung des tarifpolitischen Verhaltens der *Lufthansa AG* in einem sie betreffenden Tarifkonflikt in Form eines gegenstandsbezogenen Stimm-

---

Energieminister des Landes Schleswig-Holstein) Hinwirkung auf den „Ausstieg aus der Kernenergie“, deren wirtschaftliche Nutzung gleichzeitig Hauptunternehmensgegenstand des beaufsichtigten Unternehmens war, eine „amtsbezogene Inkompatibilität“ bejaht.

943 So auch die bislang die einzigen instanzgerichtlichen Entscheidungen zu dieser Fragestellung: AG München, Beschl. v. 2.5.1985 – HRB 2212, mit zustimmender Anm. *Wiesner*, EWIR 1986, S. 631 f.; AG Frankfurt a.M., Beschl. v. 9.5.1985 – HRB 13068, EWIR 1986, S. 633 f.; i.E. zustimmend auch GroßKomm.AktG-*Hopt/Roth*, § 103 Rn. 66.

944 In derart mißbräuchlicher Nutzung des Nebenamts zur Verwirklichung hauptamtlicher Zweckbindungen liegt gleichzeitig auch die haftungsrechtliche Grenze der zulässigen Nebenamtstätigkeit, siehe § 5A.III.1.c.[3].

945 Soweit ein Aufsichtsratsmitglied dauerhaft die erforderlichen Grundkenntnisse vermissen läßt, ist ein Antrag auf gerichtliche Abberufung gem. § 103 Abs. 3 AktG denkbar. Zu einem vergleichbaren, nicht mitbestimmungsspezifischen Fall *Hüffer*, AktG, § 103 Rn. 10, § 84 Rn. 28.

946 Wenngleich das betroffene Aufsichtsratsmitglied nach ganz h.M., stellvertretend GroßKomm.AktG-*Hopt/Roth*, § 103 Rn. 49, wegen Richtens in eigener Sache beim Beschluß über den Abberufungsantrag gem. § 34 BGB analog einem Stimmverbot unterliegt.

947 Zum Sachverhalt siehe § 4B.IV.3.b.

verbots, bzw. bei Bestehen einer zusätzlichen Gefahr der Informationsweitergabe über im Aufsichtsrat zu behandelnde Verhandlungs- bzw. Arbeitskampfstrategien der Arbeitgeberseite, durch ein gegenstandsbezogenes Teilnahmeverbot erfolgen können. Da der Streikaufruf aber zum einen ausschließlich dritte Unternehmen (die Flughafenbetriebsgesellschaften) und nicht die *Lufthansa AG* selbst betraf und zudem tarifpolitische Strategien für diesen Fall weder Gegenstand der Beratung noch der Beschlußfassung im Aufsichtsrat der *Lufthansa AG* gewesen sind, kann weder der Rechtsgedanke des § 34 BGB noch das Argument einer möglichen Beeinträchtigung der Verletzung der Kampfparität der Arbeitgeberseite durchschlagen<sup>948</sup>. Erst Recht liegen infolgedessen keine Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses der Aufsichtsratsmitglieder zueinander durch etwaiges amtsmißbräuchliches Verhalten *Bsirskes* vor, das einen Abberufungsgrund i.S.v. § 103 Abs. 3 S. 1 AktG hätte begründen können<sup>949</sup>. Ein Bruch des Vertraulichkeitsgebots wurde im konkreten Fall ebensowenig behauptet wie ein Aufruf zu einem rechtswidrigen Streik, zumal dieser wiederum lediglich ein drittes Unternehmen betroffen hätte. Zudem ist auch nicht versucht worden, einen Mehrheitsbeschluß über einen Abberufungsantrag im Aufsichtsrat zu fassen, der zumindest einen Rückschluß auf ein nachhaltig gestörtes Vertrauensverhältnis im Aufsichtsrat erlaubt hätte. Daher waren im „Fall *Bsirske*“ Einschränkungen der Beteiligungsrechte nicht angezeigt<sup>950</sup>.

## 2. Reaktionen der Hauptversammlung

Schärfstes Schwert der Hauptversammlung gegenüber nicht mehr das Vertrauen der Anteilseigner genießenden Organmitgliedern ist an sich die Abberufung des jeweiligen Organmitglieds mit der erforderlichen Drei-Viertel-Mehrheit gem. § 103 Abs. 1 AktG. Aus dem Umkehrschluß zu § 103 Abs. 3 AktG folgt, daß hierfür neben den formalen Anforderungen der Vorschrift zusätzlich kein „wichtiger Grund“ gegeben sein muß.

Gegenüber Arbeitnehmervertretern ist diese Sanktion jedoch gem. § 103 Abs. 4 AktG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 2 MitbestG unanwendbar, da hiernach nur die von den Arbeitnehmervertretern repräsentierte Wahlklientel bzw. bei Gewerkschaftsvertretern die jeweilige Gewerkschaft Abberufungsanträge stellen können. Dies ist gleich in zweifacher Hinsicht systemwidrig, da einerseits die Parallelvorschrift des § 23 Abs. 1 S. 1 BetrVG im Fall grober Pflichtverletzungen durch Betriebsratsmitglieder auch allein dem Arbeitgeber ein entsprechendes Antragsrecht einräumt und

948 I.E. auch *Hanau/Wackerbarth*, S. 90; *Kempfen*, NZA 2005, S. 185, 193; *ders.*, GS Heinze; S. 437, 442, 444; a.A. die weitergehend für eine Pflicht zur Amtsniederlegung plädierenden Autoren (siehe Fn. 939).

949 A.A. *GroßKomm.AktG-Hopt/Roth*, § 103 Rn. 80; *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 458; i.E. wie hier *GroßKomm.AktG-Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 19; *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 700.

950 Zur haftungsrechtlichen Dimension des Falls siehe § 5A.III.1.c.

andererseits im Fall der externen Gewerkschaftsvertreter entgegen dem vom Gesetzgeber gewählten demokratiethoretischen Repräsentationskonzept nicht die Belegschaft, sondern nur durch die vorschlagende Gewerkschaft antragsbefugt ist.

Da folglich aber *de lege lata* die Möglichkeit einer Abberufung der Arbeitnehmervertreter durch die Hauptversammlung ausscheidet, bleibt der Hauptversammlung als einzige Sanktion die Verweigerung der Entlastung durch Beschluß gem. § 120 AktG. Durch die Entlastung billigt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Organmitglieder, ohne damit auf Haftungsansprüche zu verzichten, § 120 Abs. 2 AktG. Die einzige Möglichkeit, personenbezogenes Mißtrauen zu dokumentieren, ist eine negative Einzelentlastungsentscheidung gem. § 120 Abs. 1 S. 2 AktG. Mit einer derartigen „Mißbilligung der Verwaltung“ kann die Hauptversammlung neben der Bekundung des Mißtrauens in die zukünftige Amtsführung<sup>951</sup> erklären, daß die Amtsführung der Aufsichtsratsmitglieder im abgelaufenen Geschäftsjahr ihrer Ansicht nach insgesamt nicht gesetz- und satzungsmäßig gewesen ist, ohne daß dies unmittelbare Konsequenzen für die Amtsstellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zeitigen könnte<sup>952</sup>. Die Entlastungsentscheidung ist daher wegen der fehlenden rechtlichen Zwangswirkung ein stumpfes Schwert im Kampf um eine auf Anteilseignerinteressen ausgerichtete Corporate Governance. Zweck der Entlastung kann daher nur die öffentliche Dokumentation des sachlich begründeten Mißtrauens der Anteilseigner in die Funktionsfähigkeit der Gesellschaftsorgane sein<sup>953</sup>.

## II. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitnehmervertreter

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitnehmervertreter für Folgeerscheinungen der Defizite des deutschen Corporate Governance-Modells stand bislang gegenüber dem Diskussionsschwerpunkt des „Fall *Bsirske*“ um die Zulässigkeit einer Teilnahme an Arbeitskämpfen und möglicher zivilrechtlicher Folgen deutlich im Hintergrund. Das eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Untreue gegen den ehemaligen Gesamtbetriebsratsvorsitzenden der *Volkswagen AG*, *Klaus Volkert*, hat zwar ebenso wie das vom BGH an das LG Düsseldorf zurückverwiesene Verfahren wegen des Vorwurfs der Untreue bzw. der Beihilfe zur Untreue gegen ehemalige Aufsichtsratsmitglieder der *Mannesmann AG* Aufsehen erregt und die Corporate Governance-Diskussion verstärkt auf die Unternehmensmitbestimmung ge-

951 BGH, Beschl. v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, NJW 2003, S. 1032, 1033 „Macrotron“ = ZIP 2003, 387; zustimmend *Semler*, AG 2005, S. 321, 333; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280, 292.

952 Stellvertretend *Hüffer*, AktG, § 120 Rn. 12, 16. Im „Fall *Bsirske*“ hat die Hauptversammlung die Entlastung verweigert, ohne daß dies weitere Konsequenzen nach sich gezogen hätte. Zum Gegenbeispiel der Entlastung des damaligen IG Metall-Vorsitzenden Steinkühler trotz Streikaufrufs durch die Hauptversammlung der Daimler Benz AG im Jahr 1985 siehe Matthießen, Stimmrecht, S. 419 Fn. 23.

953 Zutreffend *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280, 301.

lenkt<sup>954</sup>. Beide Sachverhalte betreffen jedoch im Schwerpunkt nicht spezifisch mitbestimmungsrechtlich indizierte Defizite des deutschen Corporate Governance-Modells, und bleiben daher im Folgenden als solche außer Betracht.

Untersucht werden einerseits strafrechtliche Folgen einer Verletzung des Vertraulichkeitsgebots durch Arbeitnehmervertreter, die in ihrer Aufsichtsratsfunktion erhaltene vertrauliche Informationen etwa an die tarifpolitische Gegenseite des Unternehmens, den Betriebsrat oder die Presse zur direkten oder mittelbaren Beeinflussung der Vorstandsposition zugunsten von Arbeitnehmerinteressen weitergeben. Des weiteren werden sachwidrige Koppelungs- oder Kompromißgeschäfte zwischen Betriebsrat und Vorstand, die unter Druck der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zustande kommen oder von diesen geduldet werden, beleuchtet. Abschließend ist eine kurze Bemerkung zum Gedanken einer Haftung für die Abgabe einer inhaltlich unzutreffenden Entsprechenserklärung i.S.v. § 161 AktG angezeigt.

### 1. Verletzung der Geheimhaltungspflicht, § 404 AktG

Im Antragsdelikt des § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG ist die vorsätzliche (§ 15 StGB) Offenbarung eines „Geheimnisses der Gesellschaft“ unter Strafe gestellt, welches dem Aufsichtsratsmitglied in dieser Eigenschaft bekanntgeworden ist. Die Norm ist nach ihrem Wortlaut *lex specialis* zur entsprechenden Strafvorschrift des § 120 BetrVG, welche die Geheimnisoffenbarung und -verwertung in betriebsverfassungsrechtlicher Funktion sanktioniert. Qualifiziert ist die Tat gem. § 404 Abs. 2 S. 1 AktG, wenn der Täter gegen Entgelt oder in Bereicherungs- bzw. Drittschädigungsabsicht handelt. Gleiches gilt für die unbefugte Verwertung einer derartigen Information gem. § 404 Abs. 2 S. 2 AktG. Der Begriff des Geheimnisses ist zwar nicht wortgleich mit den Termini der Haftungstatbestände der §§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 S. 2 AktG, aber dem Sinn und Zweck des Unternehmens- und Anteilseignerschutzes entsprechend objektiv auszulegen. Unabhängig von einer ausdrücklichen Betonung der Vertraulichkeit werden damit alle Informationen, die nicht bereits offenkundig sind und die bei Offenbarung gegenüber unbefugten Dritten zu einer Schädigung des Unternehmens und seiner Anteilseigner führen können, erfaßt<sup>955</sup>. Unbefugte Adressaten sind wie bereits festgestellt<sup>956</sup>, auch die nicht im Aufsichtsrat vertretenen Betriebsratmitglieder oder Gewerkschaftsfunktionäre, da der Gesetzgeber in § 404 AktG weder explizit noch implizit, ebensowenig wie in den Haftungstatbeständen der §§ 93, 116 AktG, Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht normiert hat. Allein die vorsätz-

---

954 Siehe zum VW-Fall: Focus v. 25.7.2005, S. 136 f.; zum Mannesmann-Fall: BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, ZIP 2006, S. 72 ff. = NJW 2006, 522; LG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2004, – XIV 5/03 (Vorinstanz), ZIP 2004, S. 2044 ff. m. Anm. Tiedemann S. 2056 ff. = NJW 2004, 3275; zu den strafrechtlichen Folgen: Kort, NJW 2005, S. 333 ff.; zu den zivilrechtlichen Folgen: Peltzer, ZIP 2006, S. 205 ff.; Brauer/Dreier, NZG 2005, S. 57 ff.

955 Erbs/Kohlhaas/Fuhrmann, § 404 AktG, Anm. 3.

956 Siehe § 4B.IV.2; Für die Presse liegt dies ohnehin auf der Hand.

liche Weitergabe vertraulicher Informationen über dem Aufsichtsrat zugeleitete unternehmerische Entscheidungen, etwa über das „Ob“ und den Umfang einer geplanten Betriebsänderung oder eine Offenbarung der tarifpolitischen Verhandlungs- bzw. Arbeitskampfstrategie des Unternehmens oder des zuständigen Arbeitgeberverbands gegenüber der Presse oder anderen Dritten, erfüllt damit bereits den Tatbestand des Grunddelikts. Eine wirtschaftliche Verwertungsabsicht ist hierzu nicht nachzuweisen. Erfolgt die Weitergabe der Informationen an Betriebsrat oder Gewerkschaft, um hierdurch einen Verhandlungsvorteil zu erzielen, so liegt hierin aber eine wirtschaftliche Nutzung der Information<sup>957</sup>, welche den Verwertungsbestand des § 404 Abs. 2 S. 2 erfüllt. Da die Verwertung der Informationen in diesen Fällen regelmäßig erfolgen wird, um sich oder seiner Wahlklientel einen Vermögensvorteil etwa in Form eines höheren Tariflohns, einer Beschäftigungsgarantie etc. zu verschaffen, ist hiermit zudem der Bereicherungsbestand des § 404 Abs. 2 S. 1 AktG erfüllt. Die Diskussion um die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils muß hier, anders etwa als bei den Vermögensdelikten der §§ 253, 263 StGB, nicht geführt werden, da bereits der Wortlaut der Norm keine Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils fordert und die höhere Strafdrohung durch den gesteigerten Unrechtsgehalt der Ausnutzung von Amtsbefugnissen gerechtfertigt ist<sup>958</sup>. Aufgrund des – zumal bei Personenidentität auf Betriebsrats- und Aufsichtsratsebene – besonders schwer nachzuweisenden Informationsflusses ist diese Sanktion in der Praxis jedoch ein stumpfes Schwert.

## **2. Verbot der Offenbarung von Insiderinformationen, § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. a WpHG**

In Idealkonkurrenz zu § 404 AktG ist in den genannten Fallgruppen regelmäßig ein Verstoß gegen die wertpapierrechtliche Spezialvorschrift des § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. a WpHG zu bejahen. Verboten ist hiernach i.V.m. §§ 39 Abs. 2 Nr. 3, 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG das unbefugte Mitteilen oder Zugänglichmachen einer Insiderinformation durch einen Primärinsider<sup>959</sup>. Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft sind gem. § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. a WpHG Primärinsider. Insiderinformationen sind nach der Legaldefinition in § 13 Abs. 1 S. 1, 3 WpHG unter anderen solche nicht öffentlich bekannten, gegenwärtigen, jedenfalls aber mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintretenden, Umstände über den Wertpapieremittenten, die im Fall ihres Bekanntwerdens geeignet sind, den Kurs des Wertpapiers erheblich zu beeinflussen. Die Weitergabe von Informationen über beabsichtigte wesentliche Investitions- oder Desinvestitionsentscheidungen des Unternehmens zählen ebenso wie wichtige tarifpolitische Strategieinformationen zu den Informationen, die heftige Kursbewegungen

---

957 Siehe *Erbs/Kohlhaas/Fuhrmann*, § 404 AktG, Anm. 5.

958 So zu Recht auch *Geilen*, Kölner Komm. AktG, § 403 Anm. 51; *Tröndle/Fischer*, § 203 Rn. 50; *GK-BetrVG/Oetker*, § 120 Rn. 53; a.A. *Großkomm.AktG-Otto*; § 404 Rn. 32.

959 *Assmann/Schneider-Assmann/Cramer*, § 14 WpHG Rn. 39 ff.

des Wertpapiers zur Folge haben können<sup>960</sup>, unerheblich wie man sich zu der streitigen Frage der Maßgeblichkeit von fixen oder flexiblen Schwellenwerten für die notwendige ex-ante Prognose<sup>961</sup> stellt. Entscheidend ist m.E. für die Bewertung der Kursrelevanz eine Einzelfallbetrachtung, die neben anderen Faktoren die Größe und wirtschaftliche Lage des jeweiligen Unternehmens einbezieht. Unbefugt ist die Weitergabe der Insiderinformation, wenn der objektiv-aktienrechtliche Vertraulichkeitsmaßstab verletzt ist, der Gesellschaft also ein Schaden infolge der Offenbarung gegenüber dem Dritten entstehen könnte<sup>962</sup>. Damit sind Informationsweitergaben an die Belegschaft, den Betriebsrat sowie eine im Unternehmen vertretene Gewerkschaft außerhalb der Grenzen der §§ 106 Abs. 2 BetrVG, 116 S. 2 AktG generell als unbefugt anzusehen<sup>963</sup>. Ausnahmen sind (außerhalb der selbstverständlich zu beachtenden gesetzlichen Publikationspflichten) lediglich für unternehmensinterne (Rechts- oder Controllingabteilung) oder unternehmensexterne (etwa Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater) Dritte zu machen, die aufgrund der von ihnen zu erfüllenden Pflichten die Information zwingend benötigen<sup>964</sup>. Andernfalls wäre deren Beitrag zum Erfolg des Corporate Governance-Systems gefährdet. Der Emittent ist im übrigen durch den eigenen Primärinsiderstatus der genannten Informationsadressaten gem. § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WpHG hinreichend geschützt ist<sup>965</sup>. Im Fall einer im vorgenannten Sinn unbefugten und vorsätzlichen Weitergabe von Insiderinformationen ist dann auch eine Strafbarkeit von Arbeitnehmervertretern gem. § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. a WpHG zu bejahen.

### 3. Erzwingung arbeitnehmernütziger Vorstandsentscheidungen und Nichtbeanstandung sachwidriger Kompromiß- und Koppelungsentscheidungen

Eine Strafbarkeit von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat kommt auch bei einer Verletzung der Entschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit und der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Vorstands sowie des geschützten Vermögens des Unternehmens in Betracht. Denkbare Tathandlungen sind insofern Fälle der Erzwingung arbeitnehmernütziger Entscheidungen des Vorstands und/oder die Nichtbeanstandung einer sachwidrigen Kompromiß- oder Koppelungsentscheidung des mit

---

960 Ähnlich *Scholz* in: *Semler/v.Schenck*, *Arbeitshandbuch*, § 11 Rn. 121; in diese Richtung auch *Assmann/Schneider-Assmann*, § 14 WpHG Rn. 54 f.

961 Zur Diskussion: *Assmann/Schneider-Assmann*; § 13 WpHG Rn. 66 ff., insbes. Rn. 72; die h.M. befürwortet hiernach nach wie vor eine starre Schwelle, die bei einem Kursausschlag von 5% angesiedelt wird.

962 Zu diesem Maßstab bereits unter § 4B.IV.2.

963 Erst Recht gilt dies für die Presse als Informationsadressaten. Hinsichtlich des Wirtschaftsausschusses a.A. *Assmann/Schneider-Assmann/Cramer*, § 14 WpHG Rn. 54a.

964 Ähnlich *Marsch-Barner/Schäfer/Schäfer*, *Handbuch börsennotierte AG*, § 13 Rn. 63 f.

965 Zu letzterem Argument zutreffend auch *Assmann/Schneider-Assmann/Cramer*, § 14 WpHG Rn. 55. Hinsichtlich der beweisrechtlichen Bedenken in der Praxis gilt aber das zu § 404 AktG Ausgeführte.

einem betriebsverfassungsrechtlichen Gremium oder der tarifzuständigen Gewerkschaft zusammenwirkenden Vorstands.

### a. Nötigung, § 240 StGB

Eine Strafbarkeit einzelner Arbeitnehmervertreter wegen Nötigung gem. § 240 StGB kommt in Fällen in Betracht, in denen diese in Ausübung ihres Amtes<sup>966</sup> den Vorstand durch rechtlich zu mißbilligenden Druck zu einem bestimmten Verhalten veranlassen.

#### [1] Tatbestandsmäßigkeit

Denkbar ist als Tathandlung etwa der gegenüber dem Vorstand angekündigte Aufruf zu einem Streik gegen das Unternehmen bzw. der angekündigte Aufruf der Betriebsräte zur Kündigung sämtlicher Betriebsvereinbarungen mit dem Unternehmen, mit dem Ziel, den Vorstand zur Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluß einer bestimmten Vereinbarung mit dem Gesamtbetriebsrat, etwa in Form eines Standort-sicherungs- oder Beschäftigungssicherungspaktes, zur Unterlassung weiterer Verhandlungen mit einem externen Investor oder zur Aufnahme von Verhandlungen mit einer Gewerkschaft über einen Firmentarifvertrag zu veranlassen. Der Fall des angekündigten Kündigungsaufrufs ist in der Praxis jüngst beim Autozulieferer *Continental AG* (allerdings wohl ohne Mitwirkung von Aufsichtsratsmitgliedern) auf betrieblicher Ebene mit dem Ziel der Rücknahme eines Werkschließungsbeschlusses und der Abgabe einer Beschäftigungsgarantie aufgetreten, mit der Folge vom Unternehmen geschätzter Mehrkosten des Arbeitgeber-Unternehmens von ca. 42 Mio. €, sofern es tatsächlich zu den angedrohten Kündigungen käme<sup>967</sup>.

Das Nötigungsmittel des „Drohens mit einem empfindlichen Übel“ ist in allen genannten Fallgruppen ohne weiteres gegeben. Ein Arbeitskampf ist wegen der zu befürchtenden wirtschaftlichen Nachteile immer ein empfindliches Übel für das Unternehmen<sup>968</sup>, das für den bedrohten Vorstand in Funktion des gesetzlichen Vertreters zu einem eigenen Übel wird<sup>969</sup>. Gleiches gilt wegen der wirtschaftlichen Risiken umfangreicher Neuverhandlungen für die in Aussicht gestellten Kündigungen sämtlicher Betriebsvereinbarungen. Von einer straflosen Warnung unterscheidet sich die tatbestandsmäßige Drohung in solchen Fällen durch die Darstellung als entscheidend vom Willen des Täters abhängige Folge<sup>970</sup>: Wegen der in der Praxis regelmäßig gegebenen herausgehobenen betrieblichen und gewerkschaftlichen Funktionen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ist die Grenze zur straflosen Warnung aus der

966 In diesem Zusammenhang werden Fälle der Ausübung von Betriebsratsfunktionen oder der rein „privaten“ Druckausübung außer Betracht gelassen.

967 Siehe FAZ v. 1.12.2005, S. 16.

968 Löwisch/Krauß, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 170.10 Rn. 6.

969 Tröndle/Fischer; § 240 Rn. 37.

maßgeblichen Sicht des Genötigten regelmäßig überschritten, sofern der Arbeitnehmervertreter ankündigt, die Belegschaft und/oder die Betriebsräte gegen das Vorhaben des Vorstands mobilisieren zu wollen. Das erstrebte Verhalten des Vorstands erfüllt ohne weiteres auch den tatbestandsmäßigen Nötigungszweck.

## [2] Rechtswidrigkeit

Entscheidend ist jedoch die Frage nach der „Verwerflichkeit“ des Verhaltens i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB als Rechtswidrigkeitsschwelle und Korrektiv gegenüber der weiten Tatbestandsfassung des Nötigungsdelikts. Verwerflich ist die Tat in Fällen, in denen in einer Gesamtabwägung die Relation von Nötigungsmittel und Nötigungszweck besonders zu mißbilligen ist<sup>971</sup>. Fälle, in denen diese Mißbilligung im Einzelfall auszusprechen oder zu versagen ist, sind einer trennscharfen Abgrenzung kaum zugänglich. Der BGH hat sich jedenfalls bislang einer näheren Definition des Verwerflichkeitsmerkmals enthalten. Der zuletzt vom 1. Strafsenat in seiner „Sitzblockade-Entscheidung“ vom 5.5.1988 getroffenen Aussage, daß in früheren Entscheidungen herangezogene moralische Maßstäbe oder gar die „allgemeine Volksüberzeugung“<sup>972</sup> insofern untauglich seien, ist zwar zuzustimmen. In der Sache führt dies aber ebensowenig weiter, wie der mit Zustimmung der h.L. statt dessen eingeführte Begriff der „gesteigerten Sozialwidrigkeit“<sup>973</sup>, solange objektive Kriterien für ein sozialwidriges Verhalten fehlen. *Roxin*<sup>974</sup> hat derartige soziale Ordnungsprinzipien in Form des „Rechtswidrigkeitsprinzips“, des „Güterabwägungsprinzips“, des „Geringfügigkeitsprinzips“, des „Vorrangs staatlicher Zwangsmittel“, des „Autonomieprinzips“ und des „Prinzips des mangelnden Zusammenhangs“ zwar plausibel herausgearbeitet, gleichzeitig aber zu Recht klargestellt, daß diese nicht losgelöst von der umfassenden Würdigung der Zweck-Mittel-Relation im Einzelfall angewendet werden können.

In den genannten Fallgruppen der Streikdrohung und des Aufrufs zur Kündigung sämtlicher Betriebsvereinbarungen lassen sich zumindest das „Rechtswidrigkeitsprinzip“ und das „Prinzip des mangelnden Zusammenhangs“ anwenden. Folgt man *Roxins* Kategorisierung, so ist die gesteigerte Sozialwidrigkeit dann anzunehmen, wenn jemand zu einem verbotenen Verhalten genötigt wird<sup>975</sup>. Hiervon kann in den

---

970 *Tröndle/Fischer*, § 240 Rn. 36.

971 *Schönke/Schröder/Eser*, § 240 Rn. 43.

972 BGH, Urt. v. 11.5.1962 – 4 StR 81/62, BGHSt 17, 328, 332.

973 BGH, Urt. v. 5.5.1988 – 1 StR 5/88, „Sitzblockade“, NJW 1988, S. 1739, 1741 = NStZ 1988, 362. Der berechtigten Kritik von *Däubler*, in: Baumann/Dähn, Wirtschaftsstrafrecht, S. 91, 107 ff., 110 an den früher in der Respr. vorherrschenden Kriterien des „Volksüberzeugung“ bzw. des „Rechtsempfindens des Volkes“ ist der BGH damit in der Sache weitgehend gefolgt. Zu dieser Entwicklung zustimmenden h.L. *Tröndle/Fischer*, § 240 Rn. 41 m.w.N.

974 *Roxin*, JuS 1964, S. 373, 376 f.

975 *Roxin*, JuS 1964, S. 373, 376.

hier diskutierten Fällen beabsichtigter Standortsicherungs-, oder Beschäftigungssicherungsverträge nicht die Rede sein. In den Fällen des Streikaufrufs kann demgegenüber vielmehr das Nötigungsmittel von der Rechtsordnung mißbilligt sein. Dies ist dann der Fall, wenn der in Aussicht gestellte Streik selbst rechtswidrig wäre<sup>976</sup>. In den Fällen zu erstreikender Standortsicherungsverträge ist dies zu bejahen, da bereits ein tariflich regelbares Kampfziel fehlt. Gestreikt würde in diesen Fällen nicht – wie von Art. 9 Abs. 3 GG vorgesehen – um die Bedingungen unter denen abhängige Arbeit geleistet wird, sondern um die (Markt-)Bedingungen, unter denen erst die Voraussetzung für den Streit um Arbeitsbedingungen geschaffen wird<sup>977</sup>. Der Arbeitskampf um die Ausübung der Nachfrageposition des Arbeitgebers auf dem Arbeitsmarkt ist mithin nicht mehr von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, da hierdurch von vornherein ein mit Art. 14 Abs. 1 GG und dem hierin geschützten Kernbereich unternehmerischer Autonomie unvereinbarer Investitionszwang bzw. spiegelbildlich ein Desinvestitionsverbot gegenüber dem Arbeitgeberunternehmen herbeigeführt würde<sup>978</sup>. Ist das Nötigungsmittel hiernach als rechtswidrig nach arbeitskampfrechtlichen Maßstäben erkannt, folgt hieraus gleichwohl noch keine „gesteigerte“ Sozialwidrigkeit im Sinne des Verwerflichkeitsmerkmals in § 240 Abs. 2 StGB, da andernfalls das Erfordernis der Zweck-Mittel-Abwägung schlicht übergangen würde<sup>979</sup>.

Der „bloße“ Verstoß der angekündigten<sup>980</sup> Maßnahme gegen die arbeitskampfrechtlichen Voraussetzungen eines rechtmäßigen Streiks kann in derartigen Fällen mithin ebensowenig ausreichen wie die in der Aufforderung des Vorstands zur Vornahme konkreter Geschäftsführungsmaßnahmen liegende aktienrechtliche Kompetenzüberschreitung des Aufsichtsratsmitglieds vor dem Hintergrund des Geschäftsführungsverbots des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG<sup>981</sup>.

Jedenfalls aber in Fällen, in denen jegliche Verhandlungsofferten des Vorstands von vornherein ausgeschlagen werden oder mit der Begehung konkreter Straftaten wie Sabotageakten oder Betriebsblockaden gedroht wird, ist die Verwerflichkeitsschwelle überschritten und eine strafbare Nötigung zu bejahen. Andernfalls bleibt nur die

976 Zu den Voraussetzungen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes zusammenfassend *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, S. 154.

977 So auch *Franzen*, ZfA 2005, S. 315, 329 f., der zu Recht weitreichende Beschäftigungssicherungsabreden mit der Wirkung einer tarifrechtlich unzulässigen Standortsicherung einschließt; ähnlich *Löwisch*, DB 2005, S. 554, 558 f.

978 Ähnlich *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 9 GG Rn. 370: „Unternehmensautonomie als Vorbehalt“.

979 So i.E. auch *Tröndle/Fischer*, § 240 Rn. 49a.

980 Ob es tatsächlich zum angedrohten Verhalten kommt, ist für die Vollendung des Nötigungstatbestands unerheblich.

981 Ähnlich *Löwisch/Krauß*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 170.10 Rn. 13; *Schönke/Schröder/Eser*, § 240 Rn. 25; *Tröndle/Fischer*, § 240 Rn. 49a.

zivilrechtliche Haftung der Arbeitnehmervertreter für aktienrechtliche Pflichtverletzungen<sup>982</sup> sowie die Haftung nach arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen<sup>983</sup>.

Anders sind hingegen Konstellationen wie der eingangs dieses Abschnitts genannte Fall der *Continental AG* zu bewerten, sofern man unterstellt, daß ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in dieser Funktion gegenüber dem Vorstand mit dem Aufruf zur Kündigung sämtlicher Betriebsvereinbarungen droht. Hier ist zwar wiederum der Nötigungszweck nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für das Nötigungsmittel in Gestalt der in Aussicht gestellten Kündigungen aller Betriebsvereinbarungen, unterstellt, die Voraussetzungen des § 77 Abs. 5 BetrVG würden hierbei eingehalten. Gleichwohl verstößt die Androhung der pauschalen Kündigung von Kollektivverträgen gegen das genannte „Prinzip des mangelnden Zusammenhangs“: Die in Aussicht gestellte Beendigung sämtlicher Kollektivverträge steht in diesem Fall mit dem Nötigungszweck in keinerlei Zusammenhang, da nicht der Regelungsgegenstand einzelner Kollektivverträge, etwa wenn diese im Einzelfall Aspekte der Beschäftigungssicherung enthielten, zum Maßstab genommen wird, sondern allein die wirtschaftliche Druckwirkung der Totalobstruktion. Durch derartige Maßnahmen verkennen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht nur die eigene Bindung an das erläuterte Rangprinzip bei der Ermittlung des Unternehmensinteresses, sondern entfernen sich auch weit von jeder rechtsförmigen Sachauseinandersetzung über Beschäftigungsfragen im Aufsichtsrat. Ein solches Verhalten ist folglich als in gesteigertem Maße sozialwidrig anzusehen, erfüllt damit das Verwerflichkeitsmerkmal des Nötigungstatbestands und begründet eine Strafbarkeit der drohenden Arbeitnehmervertreter gem. § 240 StGB.

#### **b. Erpressung, § 253 StGB**

Eine Erpressung gem. § 253 StGB ist in den zu § 240 StGB genannten Konstellationen objektiv gegeben, wenn das dem Vorstand abgenötigte Verhalten in einer unmittelbar vermögensschädigenden Verfügung über das Gesellschaftsvermögen besteht<sup>984</sup>. Zumindest in den Fällen der Erzwingung eines betrieblichen Beschäftigungspaktes<sup>985</sup> oder eines Firmentarifvertrags ist dies zu bejahen<sup>986</sup>, während es bei der Aufgabe der Verhandlungen mit dem Investor an der Unmittelbarkeitsvoraussetzung fehlt. Im subjektiven Tatbestand ist neben dem Vorsatz die Bereicherungsabsicht des Täters zu prüfen, die aber jedenfalls in Gestalt einer angestrebten Drittbereicherung

---

982 Dazu unter § 5A.IV und § 5A.III.

983 Dazu eingehend *Löwisch/Krauß*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 170.3.3., insbes. Rn. 56 ff.

984 Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 2.

985 Dem Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden der Daimler-Chrysler AG, Erich Klemm, wird in einer bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart (Az. 140 JS 113356/04 W) eingegangenen Strafanzeige ein Streikaufruf in Ausübung seiner Betriebsratsfunktion gegen das Unternehmen vorgeworfen, um (im Ergebnis erfolgreich) Zugeständnisse des Vorstands beim betrieblichen Beschäftigungspakt zu erzwingen, siehe FAZ v. 25.7.2005, S. 13.

zugunsten der betroffenen Belegschaft regelmäßig gegeben sein wird. Da in den genannten Fällen zudem keine Ansprüche des Täters oder der begünstigten Belegschaften auf Abschluß vorteilhafter Kollektivverträge oder das Unterlassen beschäftigungsgefährdender unternehmerischer Entscheidungen besteht, ist der derart erstrebte Vermögensvorteil auch rechtswidrig. Zur Rechtswidrigkeitsprüfung ist wegen der Verwerflichkeitsanforderung des § 253 Abs. 2 StGB zusätzlich das zu § 240 StGB Gesagte zu beachten<sup>987</sup>.

### c. Untreue, § 266 StGB

Neben der Strafbarkeit wegen Nötigung oder Erpressung, mit der maßgeblich die verwerfliche Ausübung eines psychischen Zwangs gegenüber dem Vorstand sanktioniert wird, kommt bei Nichtbeanstandung von sachwidrigen Kompromiß- oder Koppelungsentscheidungen des Vorstands im Zusammenwirken mit den betrieblichen Gremien eine Strafbarkeit der beteiligten Arbeitnehmervertreter wegen Untreue zu Lasten des beaufsichtigten Unternehmens gem. § 266 StGB in Betracht. Wegen der Vielgestaltigkeit der denkbaren Kompromiß- und Koppelungsentscheidungen des Vorstands in Verhandlungen mit den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien können im Rahmen dieser Arbeit nur Beispiele möglicher Tathandlungen gegeben werden. In Betracht kommen etwa Vereinbarungen mit dem Betriebsrat in Gestalt von langfristigen Beschäftigungspakten, ein Absehen von aus betriebswirtschaftlicher Sicht notwendigen Betriebsänderungen oder der Abschluß von Koppelungsvereinbarungen, in denen zu Lasten des Gesamtunternehmens schließungsreife unprofitable Standorte aufrecht erhalten werden und im Gegenzug etwa der Gesamtbetriebsrat die Zustimmung zu einem flexibleren Einsatz von Leiharbeitnehmern zusagt.

Tatbestandsmäßig im Sinne des Untreuedelikts ist einerseits der Mißbrauch einer zugunsten eines anderen eingeräumten Rechtsmacht, für diesen eine Verfügung zu treffen oder ihn zu verpflichten (Mißbrauchstatbestand) oder die Verletzung einer kraft eines Treueverhältnisses zu einem anderen obliegende Pflicht, dessen Vermögensinteressen wahrzunehmen (Treubruchtatbestand), sofern hierdurch vorsätzlich das Vermögen des anderen geschädigt wird. Da der Aufsichtsrat in den hier interessierenden Konstellationen lediglich seine Überwachungsaufgabe aus § 111 Abs. 1 AktG wahrnimmt und selbst keine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen trifft<sup>988</sup>, kommt regelmäßig nur eine Verletzung des Treubruchtatbestands in Betracht. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft grundsätzlich eine von § 266 StGB ge-

---

986 Siehe *Löwisch/Krauß*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 170.10 Rn. 17a.

987 Sofern die Begehung der jeweiligen Haupttat in Ausübung eines Betriebsratsamtes erfolgt und das erzwungene Geschäft den Aufsichtsrat passieren muß, ist im Fall seiner Nichtbeanstandung zudem eine Beihilfe zur Tat der Betriebsratsmitglieder denkbar. Wegen der Erforderlichkeit eines Aufsichtsratsvotums ist die Haupttat in derartigen Fällen jedenfalls noch nicht beendet und damit noch beihilfefähig. Hierzu allg. *Tröndle/Fischer*, § 27 Rn. 4.

forderte qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft<sup>989</sup>: Der Aufsichtsrat hat gem. § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Dies ist die eigenverantwortlich wahrzunehmende Hauptpflicht des Aufsichtsrats. Hierbei hat er gem. § 116 S. 1 AktG in sinngemäßer Anwendung der für den Vorstand geltenden Sorgfaltsmaßstäbe des § 93 AktG zu handeln und fehlerhaftes und gesellschaftsschädliches Verhalten des Vorstands abzuwenden. Die Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf abgeschlossene, sondern auch auf laufende Geschäftsvorgänge und Maßnahmen des Vorstands<sup>990</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder sind hierbei entsprechend ihrer Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse gehalten, Entscheidungen des Vorstands, bei denen dieser seine Verpflichtung auf den Vorrang der Anteilseignerinteressen verletzt, zu beanstanden bzw. bei bestehendem Zustimmungsvorbehalt die Erteilung der Zustimmung zu versagen oder zumindest durch ihr Stimmverhalten hierauf hinzuwirken. Wie gezeigt, unterliegen die Mitglieder beider Unternehmensorgane insofern derselben, einheitlichen Leitungsmaxime<sup>991</sup>.

Wann jedoch im Einzelfall die Bindung an das Unternehmensinteresse und damit die Vermögensbetreuungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder verletzt ist, läßt sich weder aus der gesetzlichen Festlegung des Pflichtenumfangs gem. §§ 116 S. 1, 93 AktG, noch aus der Entscheidung für die Handlungsmaxime der Organmitglieder ablesen, da das Vorrangverhältnis eben nur den Rang der Anteilseignerinteressen vor denen anderer Stakeholder vorgibt und kein Ausschlußkriterium ist. Der 1. Strafsenat des BGH hat hierzu in der „Sportsponsoring-Entscheidung“ vom 6.12.2001<sup>992</sup> judiziert, daß insofern aus strafrechtlicher Sicht eine „gravierende gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung“ erforderlich ist<sup>993</sup>. Die Kriterien hierfür sind nach Ansicht des BGH im Einzelfall in einer Gesamtschau aller gesellschaftsrechtlichen Parameter zu ermitteln. Bedeutsam sind danach aus strafrechtlicher Sicht insbesondere: fehlende Nähe der Entscheidung zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz des Entscheidungsvorgangs sowie das Vorliegen sachwidriger Motive, insbesondere die

988 Siehe *Schönke/Schröder/Lenckner/Perron*, § 266 Rn. 15.

989 Zu den Voraussetzungen (Pflicht zur eigenverantwortlichen, fremdnützigen Vermögensfürsorge mit Hauptpflichtcharakter) im Einzelnen *Tröndle/Fischer*, § 266 Rn. 29.

990 So grundlegend der BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 „Sportsponsoring“, NJW 2002, S. 1585, 1588 f = AG 2002, 347. Zu unterstellen ist dabei freilich, daß überhaupt eine Beratungs- und Entscheidungskompetenz des Aufsichtsrats qua Gegenstand und Bedeutung des Geschäfts oder aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts besteht.

991 Siehe für den Vorstand § 2B.1.2, für den Aufsichtsrat § 3B.V.1.b.[2][a].

992 BGH, a.a.O. (Fn. 991), S. 1587; dem BGH folgend LG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 955), „Mannesmann“, S. 2051.

993 Zur insoweit vorgelagerten Frage einer gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung und zur Bedeutung der „Business Judgment Rule“ gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG n.F. in diesen Fällen siehe § 5A.III.1.a.

Verfolgung persönlicher Präferenzen<sup>994</sup>. Ob alle Merkmale gleichzeitig erfüllt sein müssen, hat der BGH ausdrücklich offengelassen. M.E. ist entgegen anderslautender Forderungen in der Literatur<sup>995</sup> durchaus auch bei Vorliegen lediglich einzelner Kriterien eine gravierende Pflichtverletzung denkbar. Der 3. Strafsenat des BGH hat ohnehin ganz in diesem Sinne das Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ in der „Mannesmann-Entscheidung“ vom 21.12.2005 deutlich in Frage gestellt, zumindest aber seinen Anwendungsbereich auf die Fallgruppe „unternehmerischer Prognoseentscheidungen“ beschränkt<sup>996</sup>.

Eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ist für Aufsichtsratsmitglieder nach diesen Kriterien mithin jedenfalls in Fällen denkbar, in denen die Kompromiß- oder Koppelungsentscheidung des Vorstands gemessen an der Ertrags- und Vermögenslage des Unternehmens deutlich unangemessen ist, etwa einem Sanierungsplan für das Unternehmen widerspricht oder außerhalb eines Krisenszenarios die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens absehbar nachhaltig beeinträchtigt. Auch bei intransparenten „Hinterzimmergeschäften“ des Vorstands ohne Dokumentation des Entscheidungsprozesses, sowie bei Befriedigung persönlicher Standortpräferenzen für ein bestimmtes Werk gegenüber anderen Standorten entgegen eindeutiger betriebswirtschaftlicher Befunde ist eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht denkbar. Als „Gravierend“ muß die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder nach neuester Rechtsprechung des BGH nur noch in Fällen einzustufen sein, in denen der Aufsichtsrat selbst eine „unternehmerische Prognoseentscheidung“ trifft. Dies ist lediglich bei Entscheidungen qua Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, nicht aber bei den hier diskutierten Kontrollentscheidungen denkbar<sup>997</sup>. Ein pflichtgemäßes Verhalten des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds besteht mithin in letzteren Fällen im Hinwirken auf die Wahrnehmung der Berichtspflichten durch den Vorstand gem. § 90 Abs. 1 AktG. Kommt der Vorstand dieser Pflicht nicht nach, kann sich aus § 90 Abs. 3 S. 2 AktG weitergehend eine Pflicht jedes Aufsichtsratsmitglieds zur Wahrnehmung eines Einzelberichtsverlangens und zur Wahrnehmung vorstandsunabhängiger Informationsmöglichkeiten<sup>998</sup> ergeben.

Ob durch die jeweiligen Pflichtverletzungen im Einzelfall ein zurechenbarer Schaden verursacht worden ist, ist eine andere, nicht im Rahmen der Feststellung der Vermögensbetreuungspflicht zu beantwortende Frage. Im übrigen stellen sich hinsichtlich des jeweiligen Verhaltens des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds bei der Beschlußfassung des Gremiums über eine zu beanstandende Entscheidung und die Erfolgs-

---

994 BGH, a.a.O. (Fn. 991), „Sportsponsoring“, S. 1587 (dort für den Vorstand).

995 Wollburg, ZIP 2004, S. 646, 657.

996 BGH, a.a.O. (Fn. 955), „Mannesmann“, S. 77.

997 Näher zur Haftung des Aufsichtsrats bei „unternehmerischem Handeln“ unter § 5A.III.1.a.

998 Dazu Kropff, FS Raiser, S. 225, 239 ff.

verantwortlichkeit für einen bei der Gesellschaft infolge der Nichtbeanstandung eingetretenen Vermögensschaden strafrechtsspezifische und im Einzelnen sehr Streitige Fragen der Erfolgskausalität des individuellen Stimmverhaltens bei Kollegialentscheidungen und der täterschaftlichen Verantwortung bei Mehrheitsentscheidungen. Diese Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nicht ausführlich diskutiert werden<sup>999</sup>. Als grobe Linie läßt sich aber Folgendes festhalten: Bei einer Neinstimme oder einer Stimmenthaltung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds läßt sich m.E. schon mangels Erfolgskausalität des Verhaltens keine Strafbarkeit aus § 266 StGB in Form des Begehungsdelikts<sup>1000</sup> begründen, sofern ein anders lautender Mehrheitsbeschluß ergeht. Möglich ist aber eine Unterlassungsstrafbarkeit aus §§ 266, 13 Abs. 1 StGB, sofern das einzelne Aufsichtsratsmitglied in der Position eines Beschützergaranten für das betreute Gesellschaftsvermögen keine über das Stimmverhalten hinausgehenden Maßnahmen zur Verhinderung eines billigenden Aufsichtsratsbeschlusses trifft. In letzterem Fall ist die Entscheidung des Gremiums auch dem überstimmten Aufsichtsratsmitglied zuzurechnen. Stimmt das einzelne Aufsichtsratsmitglied mit der Mehrheit für einen die Entscheidung des Vorstands billigenden Beschluß, so werden ihm die anderen zustimmenden Voten ohnehin als mittäterschaftliche Tatbeiträge im Rahmen des Tatplans der Gremiumsmehrheit zugerechnet, sofern das einzelne Aufsichtsratsmitglied über den Beschlußinhalt Kenntnis hatte<sup>1001</sup>. Gleiches gilt im Fall der Stimmenthaltung, wenn diese – wie beim Stimmverhalten des ehemaligen *IG Metall*-Vorsitzenden *Zwickel* im *Mannesmann*-Fall – entweder erst die Beschlußfähigkeit des Gremiums herbeiführt oder lediglich die an sich gewollte Zustimmung in Form einer Ja-Stimme aus politischen Motiven verschleiern soll<sup>1002</sup>.

Sofern die Aufsichtsratsmitglieder nachweislich zumindest mit bedingtem Vorsatz insbesondere hinsichtlich der Treuepflichtverletzung handeln, ist eine Untreuestrafbarkeit nach den vorgenannten Grundsätzen zu bejahen<sup>1003</sup>.

---

999 Dazu ausführlich mit umfangreichen Nachweisen *Schönke/Schröder/Cramer/Heine*, § 25 Rn. 76 ff.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, vor §§ 13 ff. Rn. 83a und zum *Mannesmann*-Fall: *Tiedemann*, ZIP 2004, S. 2056, 2057.

1000 Zutreffend *Tiedemann*, ZIP 2004, S. 2056, 2058; *Schönke/Schröder/Cramer/Heine*, § 25 Rn. 76b m.w.N.

1001 Der Einwand fehlender Erfolgskausalität geht dabei selbst bei einem Stimmenübergewicht der Gremiumsmehrheit von mehr als einer Stimme ins Leere, da andernfalls Aufsichtsratsentscheidungen zur „erfolgreichen Organisationsform persönlicher Unverantwortlichkeit“ würden, siehe *Schönke/Schröder/Lenckner*, vor §§ 13 ff. Rn. 83a. Ebenso schon BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 „Letersprayfall“, ZIP 1990, S. 1413, 6. Leitsatz = NJW 1990, 2560.

1002 So auch der BGH im *Mannesmann*-Fall, a.a.O. (Fn. 955), S. 78.

1003 Der vom LG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 955), S. 2055 im „*Mannesmann*-Fall“ bejahte Schuldausschließungsgrund des unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S.1 StGB dürfte demgegenüber allein infolge des durch die erregte öffentliche Aufmerksamkeit gestiegene Unrechtsbewußtsein in Zukunft als Einwand gegen eine Untreuestrafbarkeit in diesem Zusammenhang ausscheiden. Verworfen auch vom BGH, a.a.O. (Fn. 955), „*Mannesmann*“, S. 82.

#### 4. Abgabe einer falschen Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG

Eine entgegen der Erklärungspflicht des § 161 AktG abgegebene Entsprechenserklärung des Aufsichtsrats, etwa des Inhalts daß entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten im Unternehmen den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde bzw. wird oder entgegen der Erklärung weniger Empfehlungen tatsächlich beachtet werden, kann ebenfalls zu einer Strafbarkeit aller Aufsichtsratsmitglieder und damit auch der Arbeitnehmervertreter führen. In Betracht kommen insofern insbesondere die speziellen publizitätsrechtlichen Strafnormen der §§ 331 Nr. 1 und 2 HGB, 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG sowie die wertpapierrechtlichen Vorschriften der §§ 20a i.V.m. 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG<sup>1004</sup>. Eine genauere Auseinandersetzung mit diesem Aspekt kann aus mitbestimmungsrechtlicher Perspektive unterbleiben, da die an eine Verletzung des § 161 AktG anknüpfenden Sanktionen nicht mitbestimmungsbedingt schlechte Corporate Governance, sondern allgemein eine unterlassene oder falsche Information der Marktöffentlichkeit zum Maßstab haben.

### III. Zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft

Neben Auswirkungen mitbestimmungsspezifischer Corporate Governance-Defizite auf die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter und einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit kommt auch eine zivilrechtliche Schadensersatzhaftung im Verhältnis zur Gesellschaft in Betracht. Die Haftung einzelner Aufsichtsratsvertreter gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) ist dabei im Verhältnis zur deliktischen Außenhaftung gegenüber den Aktionären und anderen Stakeholdern die in der Praxis weitaus bedeutendere Haftungsform. Denkbare Haftungstatbestände sind insofern § 93 i.V.m. § 116 S. 1 AktG, § 117 AktG sowie die allgemeine deliktische Haftung nach § 826 BGB<sup>1005</sup>.

#### 1. § 93 i.V.m. § 116 S. 1 AktG

Eine Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat kann sich aufgrund des umfassenden Verweises des § 25 Abs. 1 Nr.1 MitbestG auf das Aktienrecht aus §§ 93, 116 S. 1 AktG als Haftung für die Folgen einer Verletzung der Sorgfaltspflicht, der Verschwiegenheitspflicht sowie für sonstige Verstöße gegen die organschaftliche Treuepflicht ergeben<sup>1006</sup>. Daneben ist eine Haftung ebensowenig aus §§ 280 Abs. 1, 611 BGB wie aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. einem aus dem Bestellungsakt abgeleiteten besonderen gesetzlichen Schuldverhältnis der Organmitglieder abzuleiten, da

1004 Eingehend hierzu *Radke*, Entsprechenserklärung, S. 175 ff.

1005 Außer Betracht bleiben neben der Haftung wegen Verletzung der Erklärungspflicht nach § 161 AktG (siehe § 5A.II.4) die konzernrechtlichen Tatbestände der §§ 310 Abs. 1 und 318 Abs. 2 AktG. Bei diesen stellen sich wegen der inhaltlichen Bezugnahme auf die §§ 93, 116 AktG im Wesentlichen dieselben Fragen. Gleiches gilt i.E. für die Haftung aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB; insofern wird auf die Ausführungen zu § 266 StGB (§ 5A.II.3.c) verwiesen.

1006 Allg. Ansicht, stellvertretend *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 6.

das Aufsichtsratsamt zum einen im Gegensatz zum vertraglichen Anstellungsverhältnis des Vorstands rein korporationsrechtlichen Ursprungs ist und zudem die Folgen einer Verletzung der aus diesem Verhältnis abzuleitenden organschaftlichen Pflichten gesetzlich in den §§ 93, 116 AktG geregelt sind, so daß auch kein Bedürfnis für die Konstruktion eines besonderen gesetzlichen „Anstellungsverhältnisses“ besteht<sup>1007</sup>.

#### a. Verletzung der Sorgfaltspflicht

Aufgrund des Verweises in § 116 S. 1 AktG auf § 93 AktG haben die Aufsichtsratsmitglieder bei Wahrnehmung ihrer Funktionen (Bestellung, Beratung und Überwachung des Vorstands) die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds zu wahren. Fraglich ist insbesondere, wann ein Verstoß gegen die Pflicht zur sorgfältigen Überwachung und Beratung des Vorstands in den Fällen anzunehmen ist, in denen Arbeitnehmervertreter an der Nichtbeanstandung sachwidriger Kompromiß- und Koppelungsentscheidungen des Vorstands bzw. der positiven Zustimmung im Rahmen von Zustimmungsvorbehalten mitwirken. Der Blick auf die „Sportsponsoring-Entscheidung“ des BGH zu Kriterien der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestands führt insofern nicht entscheidend weiter, da der BGH dort den gesellschaftsrechtlichen Maßstab der Sorgfaltspflichtverletzung vorausgesetzt hat und lediglich die Untreuehaftung angesichts der *ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts auf „gravierende Fälle“ beschränkt hat<sup>1008</sup>. Möglich ist somit nur ein Erst-Recht-Schluß von den genannten Untreuefällen auf Sorgfaltsverstöße. Außerhalb dieser gravierenden Fälle ist ein differenzierter Maßstab erforderlich. Gesellschaftsrechtlicher Überwachungsmaßstab des Aufsichtsrats ist die Rechtmäßigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Vorstandshandelns. Gleiches gilt für die Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats in Form der vom BGH anerkannten „präventiven Überwachung“ des Vorstands<sup>1009</sup>.

Demnach ist zunächst nach den Kriterien der Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns zu fragen. Der Vorstand hat sich entsprechend der für seine Geschäftstätigkeit maßgeblichen Leitungsmaxime und vorbehaltlich fehlender anderweitiger Satzungs-gestaltungen<sup>1010</sup> am Vorrang der Anteilseignerinteressen an einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts zu orientieren und dabei gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Bei den von ihm zu treffenden Entscheidungen sind dabei die Interessen der Arbeitnehmer und andere Stakeholder angemessen zu würdigen, aber sofern dies aus Sicht der Anteilseigner geboten ist, deren Interessen unterzuordnen. All-

---

1007 So i.E. auch Hüffer, AktG, § 101 Rn. 2.

1008 Zur Rechtsprechung des BGH siehe § 5A.II.3.c.

1009 Siehe § 2C.II.2.b.[3].

1010 Siehe § 2B.I.3.

gemein anerkannt ist, daß der Vorstand hierbei ein weites unternehmerisches Ermessen hinsichtlich der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der einzelnen Entscheidung hat. Mit der expliziten Einführung der aus dem US-amerikanischen Recht bekannten „*Business Judgment Rule*“ in das AktG<sup>1011</sup> wird dieser Spielraum für unternehmerische Entscheidungen des Vorstands neuerdings zudem ausdrücklich als pflichtverletzungsfreier Raum gekennzeichnet. Zwar ist hiermit in der Sache keine Änderung des Haftungsmaßstabs bewirkt worden<sup>1012</sup>. Die Kriterien eines pflichtwidrigen Vorstandshandelns lassen sich aber nunmehr aus einem Umkehrschluß aus dem neuen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ableiten. Hiernach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Unternehmerische Entscheidungen sind hierbei alle nicht zwingend gesetzlich oder satzungsrechtlich geforderte Entscheidungen mit Prognosecharakter, die nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG mithin solange keine Pflichtverletzung begründen können, wie sie gut informiert und frei von Sonderinteressen ausschließlich zum Wohl der Gesellschaft getroffen werden, selbst wenn sich ein hierbei eingegangenes Risiko zum Schaden der Gesellschaft realisiert hat<sup>1013</sup>. In den Fällen einer sachwidrigen, also im Entscheidungszeitpunkt nicht mit wirtschaftlichen Gründen zu rechtfertigenden Kompromißentscheidung des Vorstands zugunsten der oder einzelner Unternehmensbelegschaften wird regelmäßig eine Prognoseentscheidung getroffen, da sie in ihren wirtschaftlichen Folgen für das Unternehmen nicht im Einzelnen vorhersehbar ist. Der pflichtverletzungsfreie Entscheidungsspielraum ist in diesen Fällen aber offensichtlich überschritten, wenn sich der Vorstand vorrangig an Sonderinteressen der Belegschaft oder einzelner Teilbelegschaften orientiert und hierbei die ihn bindende Leitungsmaxime der nachhaltigen Verfolgung der Anteilseignerinteressen an einer Steigerung des Unternehmenswertes verläßt<sup>1014</sup>.

Ist das Verhalten des Vorstands sonach als pflichtwidrig erkannt, hat der Aufsichtsrat dieses in Wahrnehmung seiner Überwachungsfunktion zu beanstanden. Ein Ermessensspielraum steht ihm insoweit unbeschadet des Verweises in § 116 S. 1 AktG auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht zu. Gleiches gilt für eine beratende Tätigkeit im laufenden Entscheidungsprozeß des Vorstands. Der Aufsichtsrat handelt hierbei nicht unternehmerisch im Sinne der „*Business Judgment Rule*“, da die Festlegung der Ent-

---

1011 Siehe § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, in der durch Art. 1 Nr. 1a des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. I 2005, S. 2802 geänderten Fassung. Die Änderung ist gem. Art. 3 UMAG zum 1.11.2005 in Kraft getreten.

1012 Siehe bereits vor Erlaß des UMAG: BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 „ARAG/Garmenbeck“, BGHZ 135, S. 244, 253 = NJW 1997, 1926.

1013 Schäfer, ZIP 2005, S. 1253, 1255; eingehend zum Maßstab hinreichender Information aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Grundeiv. Werder*, AG 2005, S. 825, 828 ff.

1014 So i.E. auch MüKoAktG-*Hefermehl/Spindler*, § 76 Rn. 70; Großkomm.AktG-*Kort*, § 76 Rn. 58 f.; ähnlich *Grundeiv. Werder*, AG 2005, S. 825, 834.

scheidungsparameter und ihre Gewichtung nach wie vor dem Vorstand obliegt<sup>1015</sup>. Anders ist dies zwar, sofern der Aufsichtsrat kraft eines ihm gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG vorbehaltenen Zustimmungsrechts entscheidet<sup>1016</sup>, da der Aufsichtsrat hierbei in der Entscheidung über die Zustimmung nicht nur eine Entscheidung des Vorstands nachvollzieht, sondern eine eigene wirtschaftliche Prognoseentscheidung trifft. Für die diskutierten Fälle kann dies im Ergebnis allerdings wegen der in §§ 93, 116 AktG gesetzlich verankerten Kongruenz von Leitungsmaxime und Haftungsmaßstab von Vorstand und Aufsichtsrat<sup>1017</sup> nichts an der Pflichtwidrigkeit einer entgegen dieser Parameter erfolgten Zustimmungserteilung ändern.

#### **b. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht**

Verletzen Arbeitnehmervertreter die in § 116 S. 2 AktG hervorgehobene Verschwiegenheitspflicht als Unterfall der allgemeinen organschaftlichen Treuepflicht, indem sie vertrauliche Informationen, die Ihnen in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder bekannt geworden sind, an den Betriebsrat, eine Gewerkschaft oder die Presse weitergeben<sup>1018</sup>, so haften sie grundsätzlich für den aufgrund dessen der Gesellschaft entstandenen Schaden gem. § 93 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 116 S. 1 AktG. In der Praxis dürfte die Wirksamkeit dieser Haftungssanktion als Corporate Governance-Instrument aber häufig durch erhebliche Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Person des Schädigers beeinträchtigt sein. Eine Lösung des Dilemmas durch eine analoge Anwendung der Beweiserleichterung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB kommt hierbei nicht in Betracht, da die Vorschrift lediglich eine Beweisnot beim Geschädigten hinsichtlich des Nachweises der Kausalität mehrerer pflichtwidriger Verhaltensweisen lindert, die Zuordnung der pflichtwidrigen Schädigungshandlung zu den mehreren Schädigern aber voraussetzt<sup>1019</sup>. Die aus Sicht einer funktionsgerechten Corporate Governance bedenkliche Reaktion der zurückhaltenden Informationsversorgung des Aufsichtsrats durch den Vorstand<sup>1020</sup> ist insofern gesetzlich angelegt.

---

1015 *Kropff*, FS Raiser, S. 225, 229 f.; *Schäfer*, ZIP 2005, S. 1253, 1258; so auch der BGH, a.a.O. (Fn. 1013), S. 255 zur Entscheidung des Aufsichtsrats über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand.

1016 *Kropff*, FS Raiser, S. 225, 235; *Fischer*, Der Konzern 2005, S. 67, 76. Gleiches gilt nach BGH, a.a.O. (Fn. 955), „Mannesmann“, S. 73 für die gem. § 87 AktG dem Aufsichtsrat obliegende Entscheidung über die Vorstandsvergütung.

1017 So zu Recht auch *Schäfer*, ZIP 2005, S. 1253, 1258.

1018 Zum einheitlichen Umfang der Vertraulichkeitspflicht siehe § 4B.IV.2.

1019 Zu den Zurechnungsvoraussetzungen *MüKoBGB-Wagner*, § 830 Rn. 36.

1020 Hierzu § 4B.I.

### c. Sonstige Verletzungen der Treuepflicht, insbesondere: aktive Streikteilnahme durch Arbeitnehmervertreter

Neben der Verschwiegenheitspflicht trifft die Aufsichtsratsmitglieder eine allgemeine organschaftliche Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen<sup>1021</sup>. Inhalt der Treuepflicht ist die doppelte Verpflichtung, einerseits das Unternehmensinteresse zu wahren und andererseits die Ausnutzung des Amtes zugunsten persönlicher Interessen oder den Interessen eines anderen Unternehmens zu unterlassen<sup>1022</sup>. Konkrete Vorgaben für die Beantwortung der Frage, wann Arbeitnehmervertreter insbesondere durch Aktivitäten im Nebenamt die organschaftliche Treuepflicht verletzen, sind jedoch ebensowenig dem Gesetz zu entnehmen wie Maßstäbe für die Auswirkungen von Interessenkonflikten auf die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter im Hauptamt<sup>1023</sup>. Für den zugespitzten Fall der aktiven Streikteilnahme durch Arbeitnehmervertreter im Allgemeinen und den Streikaufruf im „Fall *Bsirske*“ im Besonderen ist diese Frage dementsprechend umstritten.

#### [1] Meinungsstand zur Streikteilnahme

Unstreitig und daher im Folgenden zu vernachlässigen ist, daß die Teilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern an rechtswidrigen Streiks<sup>1024</sup> gegen das eigene Unternehmen unzulässig ist und durch sie die organschaftliche Treuepflicht verletzt wird<sup>1025</sup>. Ebenso unstreitig ist, daß die Beteiligung von belegschaftsangehörigen, gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmervertretern an rechtmäßigen Streiks in Form schlichter Arbeitsniederlegungen, sog. passive Streikteilnahme, aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers für die Einführung der Unternehmensmitbestimmung und unbeschadet des Verzichts auf eine der Regelung des § 74 Abs. 3 BetrVG entsprechende Norm im MitbestG zulässig ist<sup>1026</sup>.

Lebhaft umstritten ist hingegen die Frage, ob auch die aktive, über die bloße Arbeitsniederlegung hinausgehende Beteiligung an rechtmäßigen Arbeitskämpfen angesichts der Bindung der Aufsichtsratsmitglieder an die organschaftliche Treuepflicht zulässig ist.

1021 Allg. Ansicht, stellvertretend *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG, § 116 Rn. 22 ff.

1022 *Lutter/Krieger*, Rn. 843.

1023 Zu Letzterem siehe § 5A.I.1.

1024 Zu den Voraussetzungen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes zusammenfassend *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, S. 154.

1025 Großkomm.AktG-*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 17; *Hanau/Wackerbarth*, S. 70; *Hopt*, ZGR 2004, S. 1, 35 f.; *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 700.

1026 *Hanau/Wackerbarth*, S. 70; *Kempen*, GS Heinze, S. 437, 439; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, Anh. § 117 B, § 25 MitbestG, Rn. 13; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 141 m.w.N.

Einige Autoren<sup>1027</sup> lehnen die Zulässigkeit generell ab und sehen hierin einen Verstoß gegen die Treuepflicht. Durch eine aktive Streikbeteiligung sei die gem. § 25 MitbestG i.V.m. §§ 93, 116 AktG auch von den Arbeitnehmervertretern zu beachtende Bindung an das Unternehmensinteresse verletzt. Diese Bindung sei vom Gesetzgeber des MitbestG nicht aufgehoben worden, sondern im Gegenteil in § 25 MitbestG besonders betont worden. Dies entspreche auch der Aussage des BVerfG zur Bedeutung des Unternehmensinteresses in koalitionsrechtlichen Konflikten, mit der das Trennungsprinzip im Verhältnis zwischen Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie untermauert worden sei. Diese gewollte Trennung von aktiver Streikteilnahme und Organbeteiligung stärke im übrigen mittelbar sachgerechte Streikentscheidungen der verantwortlichen Gewerkschaftsgremien und diene damit sogar der Aufgabenwahrnehmung der Gewerkschaftsvertreter im Hauptamt<sup>1028</sup>. Innerhalb des Organs Aufsichtsrat würde andernfalls zudem eine nachhaltige, die funktionsgerechte Beratung und Beschlußfassung beeinträchtigende Störung des Vertrauensverhältnisses der Organmitglieder zueinander eintreten, die schließlich der Konzeption des Aufsichtsrats nach dem MitbestG als einem homogenen, dem Konsensprinzip unterworfenen Organ zuwiderlaufe<sup>1029</sup>. In den geschützten Kernbereich der den Arbeitnehmervertretern gewährleisteten Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG werde hierdurch nicht eingegriffen. Das Recht zur koalitionsmäßigen Betätigung bestehe demgegenüber nur unter dem Vorbehalt des Schutzes anderer Rechtsgüter. Die organschaftliche Treuepflicht und die Bindung an das Unternehmensinteresse seien als Ausfluß des Schutzes der unternehmerischen Freiheit durch Artt. 12, 14 GG eine zulässige Schranke dieser Betätigungsfreiheit<sup>1030</sup>.

Nach der Gegenansicht<sup>1031</sup> ist eine aktive Streikteilnahme der Arbeitnehmervertreter gleich welcher Intensität jedenfalls im Grundsatz zulässig. Die organschaftlichen Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds beschränkten nicht von vornherein die Ausübung der Betätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Das BVerfG habe die ursprünglich zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG vertretene Kernbereichslehre längst aufgegeben<sup>1032</sup>. Der Gesetzgeber habe zudem durch das MitbestG eine heterogene Organstruktur geschaffen und durch die §§ 7, 16 MitbestG speziell für Gewerkschaftsvertreter hinreichend deutlich gemacht, daß er das Streikrecht durch die Unter-

1027 *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, S. 49, 51 f.; *Großkomm.AktG-Hopt/Roth*, § 116 Rn. 209; *Hopt*, ZGR 2004, S. 1, 30 f.; *Mertens*, AG 1977, S. 306, 317; *ders.*, Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 303, Anh. § 117 B § 25 MitbestG Rn. 13; *Seiter*, FS Müller, S. 589, 606.

1028 *Seiter*, FS Müller, S. 589, 606.

1029 *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, S. 49, 51 f.; *Mertens*, AG 1977, S. 306, 316; *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 457.

1030 *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, S. 49, 51 f.

1031 *Großkomm.AktG-Oetker*, § 26 Rn. 15; *GK-MitbestG/Naendrup*, § 25 Rn. 216; *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 406; *Hanau/Wackerbarth*, S. 90; *Kempfen*, GS Heinze, S. 437, 440 ff.; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 141; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, Rn. 739 f.; *MünchHbArbR-Wissmann*, § 380 Rn. 23; unentschieden *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1604, Fn. 14.

nehmensmitbestimmung nicht begrenzen wollte. Andernfalls wären externe Gewerkschaftsvertreter im übrigen gänzlich von koalitionsmäßiger Betätigung am Arbeitskampf ausgeschlossen, da mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung an das Unternehmen die aktive Streikbeteiligung die einzig denkbare Beteiligungsmöglichkeit sei. Dieser völlige Ausschluß verstieße gegen ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG und sei seinerseits mit dem vom BVerfG betonten Trennungsprinzip unvereinbar<sup>1033</sup>. Einfachgesetzlich läge hierin im übrigen eine Verletzung des Diskriminierungsverbots des § 26 S. 2 MitbestG<sup>1034</sup>. Die durch § 25 MitbestG unterschiedslos in Bezug genommene aktienrechtliche Treuepflicht aller Aufsichtsratsmitglieder könne das einzelne Mitglied nicht grundsätzlich daran hindern, die Interessen seiner Wahlklientel zu vertreten. Dies gelte für Anteilseignervertreter ebenso wie für Arbeitnehmervertreter. Zudem müßten Anteilseignervertreter in Person führender Arbeitgeberverbandsrepräsentanten aus Waffengleichheitsgründen dann vergleichbaren Beschränkungen hinsichtlich ihrer aktiven Arbeitskampfbeteiligung begegnen. Derartige werde aber eben wegen der naheliegenden Grundrechtsverstöße zu Recht nicht diskutiert<sup>1035</sup>. Schließlich spreche der Verzicht des MitbestG auf eine an das Prinzip des § 74 Abs. 2 S. 1 HS 1 BetrVG angelehnte Regelung für eine Zulässigkeit aktiver Arbeitskampfmaßnahmen<sup>1036</sup>. Gerade wegen des Trennungsprinzips im Verhältnis von Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung habe eine entsprechende Regelung für das Verhältnis Aufsichtsrat – Unternehmen nicht normiert werden müssen. Am auch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat geltenden Prinzip der grundsätzlich zulässigen aktiven Streikbeteiligung sei folglich durch die Tatsache, daß auch eine § 74 Abs. 3 BetrVG entsprechende Regelung im MitbestG fehle, in der Sache nichts geändert worden. Das Gegenteil hätte der Gesetzgeber ausdrücklich normieren müssen. Hierzu habe es nicht zuletzt wegen der Durchsetzbarkeit der Anteilseignerposition im Arbeitskampf kraft des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden aber keinen Anlaß gegeben.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Streikteilnahme sei lediglich bei einem Mißbrauch des Aufsichtsratseinflusses zugunsten der Tarifverhandlungs- und Streikführung etwa durch die persönliche Verwendung oder Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte zu machen. Dieses Verhalten widerspreche eindeutig der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse und sei von der Freiheit zur koalitionsmäßigen Betätigung nicht mehr gedeckt<sup>1037</sup>. Möllers

---

1032 *Hanau/Wackerbarth*, S. 71 Fn. 277.

1033 *Kempfen*, GS Heinze, S. 437, 440; *Lutter/Quack*, FS Raiser, S. 259, 265; *Hanau*, ZGR 1977, S. 397, 405 f.; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, Rn. 739; *MünchHbArbR-Wissmann*, § 380 Rn. 23.

1034 *Kempfen*, NZA 2005, S. 185, 191; *Großkomm.AktG-Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 17.

1035 *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 699; *Kempfen*, GS Heinze, S. 437, 440.

1036 *Kempfen*, GS Heinze, S. 437, 440 f.; *ders.*, NZA 2005, S. 185, 192.

1037 *Hanau/Wackerbarth*, S. 76; *Kempfen*, NZA 2005, S. 185, 192; *ders.*, GS Heinze, S. 437, 442.

folgt dieser Position im Grundsatz, bejaht aber zusätzlich eine Treuepflichtverletzung, sofern mit dem Streik die Unternehmensinsolvenz, jedenfalls aber der Eintritt eines „unverhältnismäßig großen Schadens“ riskiert werde<sup>1038</sup>.

## [2] Anwendung der Grundsätze auf den „Fall *Bsirske*“ durch die Literatur

Entsprechend der erstgenannten Ansicht ist der Streikaufruf und die Beteiligung an Streikplanung und -leitung von einem Teil der Literatur als Verstoß gegen das Unternehmensinteresse und die organschaftliche Treuepflicht gewertet worden<sup>1039</sup>. *Bender/Vater* begründen den Pflichtenverstoß zusätzlich mit dem entstandenen hohen Schaden<sup>1040</sup>, während *Ruzik* die über die aktive Streikteilnahme durch Posten stehen oder Flugblattverteilung hinausgehende Intensität der Beteiligung für ausschlaggebend hält<sup>1041</sup>. Als Vertreter der Gegenansicht verneinen *Hanau/Wackerbarth* im „Fall *Bsirske*“<sup>1042</sup> eine Pflichtverletzung, da weder ein Anhaltspunkt dafür bestanden habe, daß *Bsirske* Informationen aus seiner Aufsichtsrats Tätigkeit bei der Streikleitung verwendet habe und damit sein Amt mißbraucht habe, noch daß im Aufsichtsrat der *Lufthansa AG* über streikbezogene (Gegen-) Maßnahmen verhandelt oder gar beschlossen worden sei. Auch bei Anteilseignervertretern sei schließlich anerkannt, daß ein für die beaufsichtigte Gesellschaft nachteiliges Handeln im Hauptamt, etwa bei Ablehnung einer von der beaufsichtigten Gesellschaft dringend benötigten Kreditvergabe, kein pflichtwidriger Interessenkonflikt bestehe. Darüber hinaus betont *Kempfen*<sup>1043</sup>, daß die Besonderheit des Streikaufrufs darin bestand, daß dieser auf die Flughafenbetreibergesellschaften als Dritte, nicht auf das beaufsichtigte Unternehmen selbst, bezogen gewesen sei. Dieses Verhalten, auch wenn es mittelbar zu einem Schaden bei der *Lufthansa AG* geführt habe, sei die zulässige Konsequenz des im Nebenamtsprinzip konkretisierten allgemeinen Wirtschaftsrisikos, welches das Unternehmen zu tragen habe. Mit den Tarifverhandlungen und dem Arbeitskampf in anderen Unternehmen zusammenhängende Fragen seien weder im Aufsichtsrat der *Lufthansa AG* behandelt worden, noch hätte eine Kompetenz dazu bestanden. Im übrigen erfolge die Zurechnung von Streikfolgen aus Streiks in Drittbetrieben systemgerecht über die von der Rechtsprechung entwickelte Arbeitskampftrisikolehre, wonach das Lohnausfallrisiko bei Arbeitsausfall im eigenen Unternehmen infolge von Fernwirkungen eines anderen bestreikten Unternehmens nach

1038 *Möllers*, NZG 2003, S. 697, 700.

1039 Stellungnahme *Deutsches Aktieninstitut (DAI)* und *Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapier (DSW)* in: *Börsenzeitung* v. 27.3.2003, S. 9; *FAZ* v. 27.3.2003, S. 25.

1040 *Bender/Vater*, DStR 2003, S. 1807, 1808; die Schadenshöhe halten auch *Lutter/Quack*, FS Raiser, S. 259, 269 f. für maßgeblich, im konkreten Fall aber für nicht überschritten.

1041 *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 457.

1042 *Hanau/Wackerbarth*, S. 81, 90; i.E. auch *Lutter/Quack*, FS Raiser, S. 259, 270; *Ruzik*, NZG 2004, S. 455, 458; wohl auch *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1606 (letzterer allg. zu aktiver Streikteilnahme).

1043 *Kempfen*, GS Heinze, S. 437, 442 ff., 446; *ders.*, NZA 2005, S. 185, 193.

dem Maßstab der Paritätsrelevanz verteilt werde. Diese Grundsätze verdrängten die aktienrechtliche Pflichtenstellung der Arbeitnehmervertreter.

### [3] Stellungnahme

Eine aktive Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter ist m.E. zulässig und kann grundsätzlich die organschaftliche Treuepflicht nicht verletzen. Aus der Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG kann nichts Gegenteiliges geschlossen werden, da das Gericht die Grundentscheidung des Gesetzgebers zur Einführung des MitbestG gebilligt hat. Diese ist durch das Trennungsprinzip zwischen Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung<sup>1044</sup> einerseits und die Entscheidung für eine Besetzung des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats auch mit externen Gewerkschaftsvertretern andererseits geprägt. Deren Streikrecht, welches naturgemäß auf aktive Maßnahmen beschränkt ist, ist vom Gesetzgeber des MitbestG nicht eingeschränkt worden. Für externe Gewerkschaftsvertreter bliebe andernfalls vom Gewährleistungsumfang des Art. 9 Abs. 3 GG wenig übrig. Folgt man den vom Gesetzgeber der Unternehmensmitbestimmung beigemessenen Zwecken, so muß man im Gegenteil davon ausgehen, daß der Gesetzgeber derartige Konflikte hingenommen hat. Inkompatibilitätsvorschriften, welche zudem nur die Tätigkeit im Nebenamt als Aufsichtsrat und nicht die hauptamtliche Tätigkeit berühren, finden sich *de lege lata* nur in den Vorschriften der §§ 100, 124, 125 AktG. Daneben greifen lediglich die allgemeinen Regeln des Vertraulichkeitsschutzes und des Mißbrauchsverbots, welche aber die grundsätzliche Zulässigkeit aktiver Streikbeteiligung unberührt lassen.

Konsequenzen aus Interessenkonflikten sind aktienrechtlich vielmehr systemgerecht über eine Beschränkung der Beteiligungsrechte des Aufsichtsratsmitglieds sowie über die Haftung für Schäden, die dem Unternehmen entweder infolge einer Verletzung des Vertraulichkeitsgebots oder infolge einer amtsmißbräuchlichen Ausübung von Verhandlungsdruck auf den Vorstand als Verhandlungspartner der Gewerkschaft (etwa im Streit um den Abschluß eines Firmentarifvertrags) entstehen, zu lösen<sup>1045</sup>. Die Drohung eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber dem Vorstand, einen Streik **im eigenen Unternehmen** kraft der dem Aufsichtsratsmitglied als betrieblichem oder gewerkschaftlichem Funktionsträger zukommenden Machtposition zu veranlassen, verläßt hingegen den Rahmen amtskonformen Verhaltens deutlich, da das für interorganschaftliche Konflikte gesetzlich angelegte Kooperationsprinzip mißachtet wird<sup>1046</sup>. Dieses besteht in der Nutzung von Informations-, Beanstandungs-, und ggf. Zustimmungsrechten des Aufsichtsrats und nicht in der Anwendung eines sach-

---

1044 Dazu bereits unter § 3B.IV.2.b.[4].

1045 Ähnlich MüKoAktG-Semler, § 116 Rn. 172.

1046 Wie gezeigt überschreitet derartiges Verhalten regelmäßig sogar die Strafbarkeitsschwelle der §§ 240, 253 StGB.

widrigen Verhandlungsdrucks<sup>1047</sup>. Eben diese Differenzierung ist im übrigen auch dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 2 S. 1 HS 1 BetrVG zu entnehmen<sup>1048</sup>, welches **insofern** Ausdruck eines allgemeinen mitbestimmungsrechtlichen Rechtsgedankens ist.

Die von *Bender/Vater* und *Möllers* vorgenommene Differenzierung nach dem jeweiligen Schadensrisiko für das Unternehmen ist hingegen nicht sinnvoll, da sie keine rechtssicheren Entscheidungsmaßstäbe liefert. Völlig unverhältnismäßige, existenzbedrohende Kampffolgen führen im übrigen schon zur Rechtswidrigkeit des Streiks als solchem<sup>1049</sup>. In diesen Fällen ist eine Treuepflichtverletzung unstreitig gegeben, so daß die Differenzierung nach den Schadensfolgen leerliefe.

Im „Fall *Bsirske*“ ist dementsprechend kein pflichtwidriger Interessenkonflikt mit dem Unternehmensinteresse festzustellen. Entgegen *Kempen* ist dies zwar nicht mit der „Verdrängung der Bindung an das Unternehmensinteresse durch die Arbeitskampfrisikozurechnung bei Streiks in Drittunternehmen“ zu begründen, da die Arbeitskampfrisikolehre einen von den organschaftlichen Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder völlig verschiedenen Zweck, nämlich eine sachgerechte Verteilung des Lohnausfallrisikos zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, verfolgt<sup>1050</sup>. Sie kann folglich die Pflichtenbindung der Organmitglieder auch nicht verdrängen. Der Fall aktiver Streikteilnahme ist im übrigen mit Konstellationen vergleichbar, in denen Anteilseignervertreter in Ausübung ihrer hauptamtlichen Funktion für andere Unternehmen Entscheidungen treffen, die mittelbar negative Folgewirkungen für das beaufsichtigte Unternehmen haben. Abgesehen von gesetzlich geregelten Inkompatibilitätsfällen und Mißbrauchsfällen, insbesondere der Nutzung im Hauptamt gewonnener vertraulicher Informationen und sonstigen willkürlichen Schädigungen der beaufsichtigten Gesellschaft, sind derartige Geschäfte zulässig, da sie *de lege lata* im Nebenamtsprinzip und der heterogenen Organstruktur des Aufsichtsrats nach dem MitbestG angelegt sind<sup>1051</sup>.

Im „Fall *Bsirske*“ bestanden weder gesetzliche Inkompatibilitätsvorschriften, noch lagen Hinweise auf einen Amtsmißbrauch im oben genannten Sinne vor. Angesichts der von Interessenkonflikten ausgehenden Gefahren des Amtsmißbrauchs oder einer unbefugten Verwendung vertraulicher Informationen für die hauptamtliche Tätigkeit mag man diese Rechtslage bedauern, *de lege lata* lassen sich aus ihr jedenfalls

---

1047 Auch Nr. 3 DCGK betont deutlich das Kooperationsprinzip gegenüber konfrontativen Konfliktlösungsstrategien.

1048 GK-BetrVG/*Kreutz*, § 74 Rn. 37, 31.

1049 Siehe *Dieterich*, Erfurter Komm., Art. 9 GG Rn. 125.

1050 Siehe *Dieterich*, Erfurter Komm., Art. 9 GG Rn. 137.

1051 Zu einem entsprechenden (freilich nicht mitbestimmungsrechtlich veranlaßten) Fall siehe BGH, Urt. v. 21.12.1979 – II ZR 244/78 „Schaffgotsch“, NJW 1980, S. 1629 f. = BB 1980, 334 ; dazu: *Ulmer*, NJW 1980, S. 1603, 1606.

keine Beschränkungen für die Tätigkeit von Gewerkschaftsvertretern im Hauptamt herleiten, sondern wie gezeigt allenfalls für die Beteiligungsrechte im Nebenamt.

#### d. Haftungsausfüllende Kausalität

Für die haftungsausfüllende Kausalität bei einem der Gesellschaft entstandenen Schaden gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze<sup>1052</sup>. Eine Entlastung des einzelnen Arbeitnehmervertreters im Rahmen der Schadenszurechnung ist insbesondere bei festgestellter individueller Sorgfaltspflichtverletzung nicht durch den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens<sup>1053</sup> in Fällen möglich, in denen das einzelne Mitglied von der Gremiumsmehrheit (selbst im Fall der Abgabe einer Neinstimme) überstimmt worden wäre<sup>1054</sup>. Andernfalls wäre die Sorgfaltspflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds auf ein Verbot aktiver Schädigung der Gesellschaft reduziert und einer bereits im Rahmen des Untreuetatbestands angedeuteten „kollektiven Unverantwortung bei Gremiumsentscheidungen“ der Weg bereitet<sup>1055</sup>. Trotz einer abgegebenen Neinstimme muß das Aufsichtsratsmitglied vielmehr auf eine Verhinderung der Billigung gesellschaftsschädlichen Verhaltens durch die anderen Gremiumsmitglieder aktiv hinwirken. Andernfalls ist die Nichtentfaltung einer derartigen „Verhinderungskausalität“ (mit-)ursächlich für den eingetretenen Schaden. Darüber hinaus ist es geboten, daß der Aufsichtsrat haftungsrechtliche Konsequenzen gegenüber dem Vorstand prüft und durchsetzt, sofern dies nicht im Einzelfall unverhältnismäßig wäre, da es selbst die Gesellschaft schädigen würde<sup>1056</sup>. Andernfalls haften die Aufsichtsratsmitglieder für den entstandenen Schaden gesamtschuldnerisch<sup>1057</sup>.

#### e. Haftungsprivileg für Arbeitnehmervertreter?

Fraglich ist, ob Arbeitnehmervertretern ein Haftungsprivileg zugute kommen kann. Diskutabel ist ein solches lediglich für Sorgfalts- und Treuepflichtverstöße, nicht hingegen für Verletzungen des Geheimnisschutzes, da insoweit ein vom gewerkschaftlichen Schrifttum vereinzelt vertretener „gespaltener Vertraulichkeitsmaßstab“ abzulehnen ist<sup>1058</sup>.

1052 Dazu Palandt-*Heinrichs*, Vor §§ 249 ff. Rn. 54 ff.

1053 Dazu MüKoBGB-*Oetker*, § 249 Rn. 211 ff.

1054 So i.E. auch GroßKomm.AktG-*Hopt/Roth*, § 116 Rn. 283; a.A. wohl MüKoAktG-*Semler*, § 116 Rn. 501.

1055 Siehe dazu bereits Fn. 1002.

1056 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 „ARAG/Garmenbeck“, BGHZ 135, S. 244, 255 f. = NJW 1997, 1926; *Lutter/Krieger* Rn. 834 ff. Aus Beweisgründen empfiehlt es sich zudem, dieses Verhalten protokollarisch festzuhalten, siehe *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 25 Rn. 23.

1057 So i.E. auch *Goette*, Handbuch CG, S. 749, 768 f.

1058 Siehe dazu bereits § 4B.IV.2.

### [1] Unanwendbarkeit der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs

Das OLG Düsseldorf als Vorinstanz des BGH in der Rechtssache „ARAG/Garmenbeck“ hat angedeutet, daß im Rahmen des Aufsichtsratsermessens bei der Entscheidung über die Einleitung eines Haftungsverfahrens der Gesellschaft gegen den pflichtwidrig handelnden Vorstand „den arbeitsrechtlichen Haftungsregeln der allgemeine Gedanke entnommen werden kann, wonach im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen dem Grad des Verschuldens eine maßgebliche Bedeutung für die Haftung zukommt“<sup>1059</sup>. Hiernach könne eine bloß fahrlässige Pflichtverletzung das Bedürfnis der Gesellschaft nach dem Ausgleich des erlittenen Schadens relativieren und infolge dessen auch das Ermessen des Aufsichtsrats bei der Entscheidung über die Einleitung eines Haftungsprozesses steuern.

Dieser Gedanke ist m.E. zur Begründung eines Haftungsprivilegs der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht tragfähig. Abgesehen davon, daß die arbeitnehmerprivilegierenden Grundsätze der Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich<sup>1060</sup> bereits im entschiedenen Fall wegen der Organstellung des Vorstands und des zwischen diesem und der Gesellschaft bestehenden freien Dienstverhältnisses schon im Ansatz unpassend waren<sup>1061</sup>, muß erst Recht eine Übertragung auf Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ausscheiden<sup>1062</sup>. Zwischen Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern besteht nämlich ein rein korporatives Rechtsverhältnis ohne schuldrechtlichen Charakter<sup>1063</sup>. Der jedenfalls zwischen den Belegschaftsvertretern und der Gesellschaft daneben bestehende Arbeitsvertrag kann keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung geben, da Organmitgliedschaft und Arbeitsverhältnis völlig voneinander zu trennende Rechtsverhältnisse sind. Das MitbestG respektiert diese Trennung, indem es für die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats in § 25 S. 1 Nr. 1 MitbestG pauschal auf das AktG verweist. Das AktG kennt überdies mit der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG kodifizierten „*Business Judgment Rule*“ eine eigene, auf das spezifische Rechtsverhältnis der Organmitglieder zugeschnittene Haftungsprivilegierung, die andernfalls ebenso durchbrochen würde wie die hohen Hürden für einen auch nur teilweisen Forderungsverzicht der Gesellschaft gegenüber Organmitgliedern in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG.

---

1059 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.6.1995 – 6 U 104/94, ZIP 1995, S. 1183, 1192 = NJW-RR 1995, 1666.

1060 Dazu *Schaub*, ArbRHb, § 52 Rn. 48 ff.

1061 Siehe Erfurter Komm.-Preis, § 619a BGB Rn. 19; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 98.

1062 Zu Recht *Henssler*, FS 50 Jahre BGH, S. 387, 416; *Lutter/Krieger*, Rn. 853; i.E. auch *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, S. 49, 54 f..

1063 *Hüffer*, AktG, § 101 Rn. 2 m.w.N. zur mittlerweile überholten Gegenansicht.

## [2] Unanwendbarkeit der Grundsätze zur Haftungsprivilegierung des Betriebsrats

Eine Haftungsprivilegierung von Arbeitnehmervertretern bei einer schuldhaft verletzten Amtspflicht innerhalb der von ihnen wahrgenommenen Gremiumsarbeit wird in der Arbeitsrechtswissenschaft teilweise für den Fall der Betriebsratstätigkeit angenommen<sup>1064</sup>. Hierbei sei die Haftung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten zu beschränken, da die Haftungsrisiken der Betriebsratsmitglieder wegen des für die Betriebsratstätigkeit geltenden Ehrenamtsprinzips nicht hinreichend kompensiert würden und andernfalls die erforderliche persönliche Unabhängigkeit beeinträchtigt werde.

Auf die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ist dieser Gedanke m.E. nicht übertragbar<sup>1065</sup>. Zum einen ist das Aufsichtsratsamt aufgrund der Vergütungsregelung des § 113 Abs. 1 S. 1 AktG nicht als Ehrenamt konzipiert. Daß in § 113 AktG die Gewährung einer Vergütung den Unternehmen freigestellt ist, ändert nichts an der gesetzlichen Konzeption. Ohnehin ist die Gewährung einer Vergütung gängige Praxis<sup>1066</sup> und zudem ausweislich der Regelung der Nr. 5.4.5 DCGK auch Bestandteil des deutschen Corporate Governance-Modells. Zum anderen werden in der Praxis die eine unbefangene Amtsführung möglicherweise beeinträchtigenden Haftungsrisiken der Aufsichtsräte ohnehin über sog. „*Directors and Officers Liability Insurances*“ (D&O-Versicherungen) aufgefangen<sup>1067</sup>. Der von Nr. 3.8. S. 2 DCGK empfohlene „angemessene Selbstbehalt“ ändert an diesem Zusammenhang nichts, da ihm allenfalls<sup>1068</sup> eine Präventionsfunktion zukommt.

## [3] Keine dem MitbestG immanente Verringerung des Mindestsorgfaltsmaßstabs

*Henssler*<sup>1069</sup> folgert aus der im MitbestG angelegten Heterogenität mitbestimmter Aufsichtsräte, welche auch Arbeitern ein Aufsichtsratsamt in großen Aktiengesellschaften ermöglichen, daß für die Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung der Aufsichtsratsmitglieder ein „funktionsbezogener Sorgfaltsmaßstab“ gelten müsse. Die Arbeitnehmervertreter seien vom Gesetzgeber mit einer Doppelrolle betraut, welche mit dem einheitlichen Pflichtenmaßstab wie ihn der BGH von der Literatur

1064 *Richardi/Thüsing*, BetrVG, Vorbem. vor § 26 Rn. 14; *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 226.

1065 I.E. auch *Henssler*, FS 50 Jahre BGH, S. 387, 416 f.

1066 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 512.

1067 *Ringleb*, Kodex-Komm., Rn. 514. Daß die D&O-Versicherungsprämien zunehmend nicht als Vergütungsbestandteil angesehen werden, sondern im Gesellschaftsinteresse an der Generierung eines ausreichenden Haftungssubstrats (siehe *Kremer*, Kodex-Komm., Rn. 1060), ist kein relevantes Gegenargument, da für die Frage der Haftungsprivilegierung allein die tatsächliche Risikoentlastung maßgeblich ist.

1068 Zu berechtigten Zweifeln an der Präventionstauglichkeit des Selbstbehalts *Fischer*, Der Konzern 2005, S. 67, 77 f.

1069 *Henssler*, FS 50 Jahre BGH, S. 387, 418 f.

unbestritten<sup>1070</sup> in der „*Hertie*-Entscheidung“ festgelegt habe<sup>1071</sup>, konfliktieren könne, so daß bereits *de lege lata* je nach beruflicher Qualifikation des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds ein höherer oder geringerer Sorgfaltsmaßstab gelten müsse. Für Arbeitnehmervertreter mit geringer Qualifikation, insbesondere für den in den Aufsichtsrat gewählten Arbeiter, müsse dieser angesichts des vom Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 S. 3 MitbestG betonten Proporzgedankens niedriger sein als für andere, etwa leitende Angestellte und erst Recht niedriger als für ehemalige Vorstandsmitglieder. Andernfalls würden die Arbeitnehmervertreter „ihrer mitbestimmungsrechtlichen Funktion, ein Gegengewicht zu den Anteilseignerinteressen zu bilden“, beraubt.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. *Henssler* vermengt ohne Not mehrere Aspekte des Pflichtenmaßstabs. Unstreitig ist es nämlich mit dem Grundsatz des einheitlichen Sorgfaltsmaßstabs aller Aufsichtsratsmitglieder vereinbar, höhere Sorgfaltspflichten aufgrund der mit der Ausübung eines bestimmten Aufsichtsratsamtes verbundenen besonderen Funktionen, etwa für den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses oder den Aufsichtsratsvorsitzenden abzuleiten<sup>1072</sup>. Die Frage, ob subjektive Umstände, namentlich eine besondere individuelle Qualifikation, auch zu einer Verschiebung des vom BGH betonten einheitlichen Sorgfaltsmaßstabs aller Aufsichtsratsmitglieder führen muß, ist hingegen umstritten. Eine Ansicht<sup>1073</sup> lehnt dies angesichts des das deutsche Zivilrecht prägenden objektiven Maßstabes der verkehrüblichen Sorgfalt ab. Andere<sup>1074</sup> verlangen unter Verweis auf den Nebenamtscharakter des Aufsichtsratsamtes eine Differenzierung nach **Spezialkenntnissen**. Hiernach würden Aufsichtsratsmitglieder mit Spezialqualifikation in Fällen, in denen diese es ermöglichen, pflichtwidriges Verhalten des Vorstands zu erkennen, schneller haften als andere Aufsichtsratsmitglieder ohne diese Qualifikation. Unabhängig wie man sich in dieser (nicht mitbestimmungsrechtlich veranlaßten) Diskussion entscheidet, ist mit der ganz h.M. an der vom BGH geforderten einheitlichen Mindestqualifikation nicht zu rütteln. *Henssler*'s Gegengewichtsargument macht nämlich deutlich, worum es ihm eigentlich geht. Er reduziert die Arbeitnehmervertretung *de lege lata* auf die Machtkontrollfunktion. Diese Funktion, mag sie der Gesetzgeber des MitbestG **auch** gesehen haben, ist bereits systematisch nicht zu rechtfertigen<sup>1075</sup>. Den Proporzgedanken des § 15 Abs. 2 S. 3 MitbestG hat der

---

1070 Siehe nur MünchHbAG/*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 45; *Mertens*, Kölner Komm. AktG § 111 Rn. 25; MüKoAktG-*Semler*, § 116 Rn. 95.

1071 Siehe dazu § 4B.II.2.

1072 *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 3; MünchHbAG/*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 46; *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 333 Fn. 27 m.w.N.

1073 *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 828 f.; *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 335 f.

1074 *Fischer*, Der Konzern 2005, S. 67, 69; *Mertens*, Kölner Komm. AktG, § 116 Rn. 57; MüKoAktG-*Semler*, § 116 Rn. 95; *Altmeyden*, ZGR 2004, S. 390, 411 f.; MünchHbAG/*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 46.

1075 Siehe § 3B.II.2.c.

Gesetzgeber im übrigen bereits im Jahr 2001 aufgegeben<sup>1076</sup>. Wer sich in eine herausgehobene Unternehmensfunktion wie das Aufsichtsratsamt wählen läßt, weiß zudem, daß funktionsbedingt Mindestqualifikationen erforderlich sind. Der Gesetzgeber, der ansonsten zum Schutz der Arbeitnehmervertreter einen gespaltenen Sorgfaltsmaßstab hätte regeln können, hat diese Entscheidung den Arbeitnehmervertretern nicht abgenommen. Eine Haftungsprivilegierung ist daher unangebracht.

## 2. § 117 AktG

Sollten Arbeitnehmervertreter ihren Einfluß auf die Konfliktbereitschaft der Belegschaft oder eine von ihnen in leitender Funktion vertretene Gewerkschaft gegenüber dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat geltend machen, indem sie ihn mit einem Aufruf zum Streik oder einem ähnlich kompromittierenden Verhalten drohen, kommt eine Haftung für entstandene Schäden nach § 117 AktG in Betracht. Nach § 117 Abs. 1 S. 1 AktG ist dafür erforderlich, daß jemand „unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft“ vorsätzlich ein Handeln des Vorstands oder Aufsichtsrats zum Schaden der Gesellschaft bewirkt. Da als Einfluß jedes Verhalten in Betracht kommt, das nach Art und Intensität geeignet ist, Führungspersonen zu einer schädigenden Handlung zu bestimmen<sup>1077</sup>, ist etwa ein angedrohter Streikaufruf ohne weiteres tatbestandsmäßig. Derartiges amtsmißbräuchliches Verhalten ist allein schon wegen der hierin liegenden Treuepflichtverletzung rechtswidrig, so daß der Streit, ob in Abgrenzung zu § 117 Abs. 2 S. 1 AktG auch pflichtgemäßes Verhalten rechtswidrig sein kann, offen bleiben kann<sup>1078</sup>. Haben daneben Vorstandsmitglieder und/oder Aufsichtsratsmitglieder etwa durch einen Beschluß, durch den ein die Gesellschaft schädigendes Verhalten bzw. Verhandlungsergebnis unbeanstandet bleibt, gegen ihre Sorgfaltspflichten aus §§ 93, 116 AktG verstoßen, so haften sie als Gesamtschuldner. Nutznießer des rechtswidrigen Verhaltens haften ebenfalls gem. § 117 Abs. 3 AktG als Gesamtschuldner, sofern sie die Beeinflussung des Vorstands durch die Arbeitnehmervertreter veranlaßt haben. Da hierfür ein Verhalten unterhalb der Anstiftungsschwelle des „Bestimmens zur Tat“ ausreicht<sup>1079</sup>, kann § 117 Abs. 3 AktG im Einzelfall sogar eine Mithaftung begünstigter Belegschaftsteile auslösen.

## 3. § 826 BGB

Sofern das Verhalten des vorsätzlich handelnden Arbeitnehmervertreters die Voraussetzungen des § 117 AktG erfüllt, ist gleichzeitig § 826 BGB erfüllt, da die vorsätzliche Ausnutzung eines Einflusses auf das Leitungsorgan in sachwidriger Form unter

---

1076 Durch Art. 12 des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) v. 23.7.2001, BGBl. I S. 1852.

1077 Hüffer, AktG, § 117 Rn. 3.

1078 Siehe hierzu Hüffer, AktG, § 117 Rn. 6 m.w.N.

1079 Hüffer, AktG, § 117 Rn. 10.

Mißachtung des Kompetenzgefüges der Aktiengesellschaft dem „Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden“<sup>1080</sup> widerspricht. Aus arbeitskampfrechtlicher Perspektive ist zusätzlich ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen, soweit der betreffende Arbeitnehmervertreter damit droht, zu einem rechtswidrigen Streik, etwa in Form von betrieblichen, nicht gewerkschaftlich getragenen Arbeitsniederlegungen aufzurufen<sup>1081</sup>.

#### **IV. Zivilrechtliche Haftung gegenüber Aktionären und sonstigen Stakeholdern**

Die Außenhaftung der Arbeitnehmervertreter gegenüber den Aktionären und sonstigen Stakeholdern wie insbesondere Gesellschaftsgläubigern ist gegenüber der Innenhaftung weitaus weniger praxisrelevant, da sie auf deliktische Haftungsbestände beschränkt ist. Mögliche Ansatzpunkte einer Außenhaftung werden daher im Folgenden lediglich benannt.

##### **1. Haftung gegenüber Aktionären**

Gegenüber Aktionären kommt eine deliktische Haftung neben der selten einschlägigen Vorsatzhaftung gem. § 117 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 AktG<sup>1082</sup> insbesondere wegen einer Verletzung ihres als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützten Mitgliedschaftsrechts in Betracht. In den hier diskutierten Fallgruppen der Schädigung der Gesellschaft durch die Verletzung der organschaftlichen Sorgfalts-, Verschwiegenheits- und allgemeinen Treuepflicht werden jedoch nicht die Strukturmerkmale des Mitgliedschaftsrechts, insbesondere die Beteiligungsrechte der Aktionäre beeinträchtigt. Allenfalls ist die vermögensrechtliche Komponente der Mitgliedschaft mittelbar durch eine Beeinträchtigung der Ertragsfähigkeit der Gesellschaft infolge wirtschaftlich unsinniger Vereinbarungen mit Gewerkschaften oder Betriebsräten betroffen. In diesen Fällen ist, um den begrenzten deliktischen Schutz absoluter Rechte nicht durch einen allgemeinen Vermögensschutz auszuhöhlen, eine deliktische Haftung wegen Beeinträchtigung des Mitgliedschaftsrechts abzulehnen<sup>1083</sup>. Eine Haftung gegenüber Kapitalanlegern unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Erklärungspflicht aus § 161 AktG bei falschen Angaben über die Befolgung der Empfehlungen des DCGK ist zwar sowohl als quasivertragliche wie als deliktische Haftung unter wertpapierrechtlichen Gesichtspunkten denkbar<sup>1084</sup>, kann hier jedoch unberücksichtigt bleiben, da mitbestimmungsspezifische Verletzungen

---

1080 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht Rn. 233.

1081 *Staudinger/Oechsler*, § 826 BGB Rn. 419.

1082 Erforderlich ist gem. § 117 Abs. 1 S. 2 AktG nämlich ein über den Schaden, der den Aktionären in Form des Schadens der Gesellschaft entstanden ist, hinausgehender Schaden. Gleiches gilt in Konzernsachverhalten gem. § 317 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 AktG.

1083 *Lutter/Krieger*, Rn. 862; *MüKoBGB-Wagner*, § 823 Rn. 165.

des DCGK in seiner gegenwärtigen Fassung auszuschließen sind. Eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung gem. § 823 Abs. 2 BGB kommt dagegen in Verbindung mit Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht aus § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG oder bei Verwirklichung des Untreuetatbestands des § 266 StGB grundsätzlich in Betracht<sup>1085</sup>, weist aber keine diskussionswürdigen Besonderheiten auf.

## 2. Haftung gegenüber anderen Stakeholdern

Eine Außenhaftung der Arbeitnehmervertreter gegenüber anderen Stakeholdern, insbesondere Gesellschaftsgläubigern wird in den seltensten Fällen relevant. Denkbar ist sie ohnehin nur unter dem Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung. Da aber die §§ 93, 116 und 117 AktG ebenso wie die §§ 266, 404 StGB als Schutzgesetze zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nach einhelliger Ansicht ausscheiden, da sie lediglich dem Schutz der Gesellschaft und allenfalls dem ihrer Aktionäre dienen<sup>1086</sup>, wird auf weitere Ausführungen verzichtet.

## V. Zwischenergebnis

Die denkbaren Reaktionen der Rechtsordnung auf die erkannten Corporate Governance-Defizite sind naturgemäß in ihrer Wirkung begrenzt, da sie nicht als Reaktion auf mitbestimmungsspezifische Verwerfungen entwickelt worden sind. Spezifisch aktienrechtliche Reaktionen auf Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern sind allenfalls geeignet, im Sinne einer Mißbrauchskontrolle ein Handeln unmittelbar zulasten der Gesellschaft zu verhindern. Selbst Aufsehen erregendes Verhalten zulasten der Gesellschaft wie es im „Fall *Bsirske*“ bekannt geworden ist, ist rechtlich nicht spürbar zu sanktionieren. Das Strafrecht als *ultima ratio* der Rechtsordnung kann neben den eindeutigen, aber in der Praxis mitunter schwer zu beweisenden Fällen des Verstoßes gegen Geheimhaltungsgebote, ebenfalls lediglich exzeßhaftes Verhalten sanktionieren. In der Praxis zunehmend bedeutsam werden dürfte insofern der Untreuetatbestand. Er ermöglicht schon jetzt jedenfalls in gravierenden Fällen eine Haftung von Arbeitnehmervertretern, die u.U. mit ihrer Mitwirkung auf betrieblicher Ebene zustandegekommene sachwidrige Vorstandsentscheidungen im Aufsichtsrat „abnicken“. Gleiches gilt für die zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft nach §§ 93, 116 AktG. Die jüngst in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierte

1084 Dazu *Fischer*, Der Konzern 2005, S. 67, 74 ff.; eingehend *Bertrams*, Haftung des Aufsichtsrats, S. 233 ff.

1085 §§ 93, 116 AktG dienen demgegenüber nicht dem Anlegerschutz, sondern aus dem Umkehrschluß zu § 117 Abs. 1 S. 2 AktG ersichtlich ausschließlich dem Schutz der Gesellschaft.

1086 Zu §§ 93, 116 AktG: *MüKoBGB-Wagner*, § 823 Rn. 383; zu § 117 AktG: *Hüffer*, AktG, § 117 Rn. 14. Für die §§ 266, 404 StGB ergibt sich dies aus den unternehmensbezogenen Sonderpflichten der Vermögensbetreuung bzw. des Geheimnisschutzes.

„*Business Judgment Rule*“ bietet Aufsichtsratsmitgliedern bei sachwidrigem Kontrollverhalten jedenfalls keinen Schutz.

## **B. Kompensations- und Vermeidungsstrategien der Unternehmen und ihrer Anteilseigner**

Spiegelbildlich zur dualen Struktur des deutschen Corporate Governance-Modells ist neben den Reaktionen der Rechtsordnung auf mitbestimmungsbedingt schlechte Corporate Governance die Wirksamkeit möglicher Strategien der Aktiengesellschaften und ihrer Anteilseigner zur Kompensation von Kontrolldefiziten innerhalb des gegenwärtigen Mitbestimmungssystems zu erörtern. Darüber hinaus sind Strategien zur Vermeidung der Anwendbarkeit der Unternehmensmitbestimmung insgesamt, insbesondere durch eine grenzüberschreitende Verlegung des Unternehmenssitzes oder durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit einem anderen Rechtsträger, zu erörtern.

### **I. Systemimmanente Kompensationsstrategien**

Eine mögliche Kompensationsstrategie liegt in der Entwicklung anreizorientierter Vergütungsmodelle für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, über die im ersten Fall gem. § 87 AktG der Aufsichtsrat, im zweiten Fall gem. § 113 Abs. 1 S. 2 AktG die Satzung oder ein Hauptversammlungsbeschluß zu entscheiden hätte. Weitere Kompensationsmöglichkeiten könnten sich durch qualitative Modifikationen der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG unter Beibehaltung ihrer quasiparitätischen Struktur ergeben.

#### **1. Hindernisse anreizbezogener Vergütungsmodelle für Aufsichtsräte**

In der Praxis wird seit langem versucht über anreizbezogene Vergütungsmodelle das Managementverhalten zu steuern<sup>1087</sup>. Auch Nr. 4.2.3 DCGK empfiehlt für die Vorstandsvergütung feste und variable, an den geschäftlichen Erfolg gekoppelte Vergütungsmodelle unter ausdrücklicher Einbeziehung von Aktienoptionsprogrammen.

Für die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder empfiehlt Nr. 5.4.5 Abs. 2 DCGK neben festen Vergütungskomponenten ebenfalls ein erfolgsorientiertes Vergütungsmodell, ohne sich ausdrücklich für oder gegen bestimmte Modelle zu entscheiden. Gesetzlich ist allein in § 113 Abs. 3 AktG ein Berechnungsweg bei einer Anknüpfung an den Bilanzgewinn als meßbaren Erfolgsfaktor vorgesehen. Die Praxis tendiert

---

1087 Siehe § 2C.I.1.

gegenwärtig wohl zu einer Dividendenkoppelung<sup>1088</sup>. Dies ist insofern nachvollziehbar, als einerseits die Dividende als der den Aktionären ausgeschüttete Gewinn eine plausible Referenzgröße für eine an ihren Interessen orientierte Verhaltenssteuerung bietet und andererseits gegen eine aktienkursgekoppelte Vergütung des Aufsichtsrats weitere in der dualistischen Struktur der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft sowie dem deutschen Mitbestimmungsmodell begründete Bedenken bestehen.

#### a. Steuerungsdefizite im dualistischen System

Bedenklich sind aktienkursbezogene Vergütungsmodelle vor allem vor dem Hintergrund der Informationsasymmetrien in der *Principal-Agent*-Beziehung. Denn aufgrund der Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Festsetzung der Vorstandsvergütung gem. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG wird die Lösung des zwischen Anteilseignern und Management bestehenden Principal-Agent-Konflikts auf eine Ebene verlagert, die durch einen eigenen *Principal-Agent*-Konflikt geprägt ist, nämlich den zwischen Anteilseignern und Aufsichtsratsmitgliedern. Auf dieser Ebene ist aber schon die Meßbarkeit einer kursbezogenen Erfolgskausalität des Aufsichtsratshandelns sehr zweifelhaft. Dies gilt m.E. nicht nur im Bereich seiner Kontrollfunktion, sondern auch in Fällen des engen beratenden Zusammenwirkens mit dem Vorstand in einer Krise<sup>1089</sup>.

Unabhängig hiervon ist eine Beteiligung des Aufsichtsrats an Aktienoptionsprogrammen nach der „*MobilCom*-Entscheidung“ des BGH vom 16.2.2004 unzulässig<sup>1090</sup>. Dies folgt nach zutreffender Ansicht des BGH für den Weg der Bedienung eines solchen Programms durch bedingtes Kapital schon aus dem Wortlaut des § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG, der nur von „Mitgliedern der Geschäftsführung“ spricht. Die Geschäftsführung obliegt nämlich gem. §§ 77, 111 Abs. 4 S. 1 AktG allein dem Vorstand. Auch im Wege der Beteiligung an rückerworbenen eigenen Aktien der Gesellschaft gem. § 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 5 AktG i.V.m. § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG kann keine Vergütung durch Aktienoptionen erfolgen, wie sich aus dem ebenfalls nur „Mitglieder der Geschäftsführungen“ nennenden Wortlaut des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG sowie aus der Entwurfsbegründung zum KonTraG ergibt<sup>1091</sup>. Auch der DCGK empfiehlt in Nr. 4.2.3 Aktienoptionsprogramme nur für Vorstandsmitglieder. Zwar hat der BGH offengelassen, ob ein Aktienoptionsprogramm für Aufsichtsratsmitglieder über die Begebung von Wandelschuldverschreibungen und Optionsanleihen gem. § 221 AktG zu-

1088 Krieger, FS Röhrich, S. 349, 350. Wegen des Einflusses des Aufsichtsrats gem. § 171 Abs. 1 AktG auf bilanzpolitische Ermessensentscheidungen gegen eine Zulässigkeit (*de lege ferenda*) Habersack, ZHR 168 (2004), S. 373, 379 f.

1089 Dies verkennt Kramasch, ZHR 169 (2005), S. 112, 122.

1090 BGH, Urt. v. 16.2.2004 – II ZR 316/02, ZIP 2004, S. 613, 615 = NJW 2004, 1109.

1091 BT-Drucks. 13/9712 S. 23.

lässig ist<sup>1092</sup>, doch ist aufgrund der Gefahr einer hierdurch künstlich erzeugten Interessenkonvergenz von Leitungs- und Kontrollorgan der Aktiengesellschaft die Aufsichtsratsvergütung durch Aktienoptionen generell abzulehnen<sup>1093</sup>. Dasselbe muß für schuldrechtliche Nachbildungen der Wirkung von Aktienoptionen durch sog. „phantom stocks“ oder „stock appreciation rights“ gelten<sup>1094</sup>. Andernfalls würde auf schuldrechtlichem Weg eine gesetzlich ausgeschlossene Vergütungsform wieder eingeführt und hätte der Vorstand die Möglichkeit, über den ihm gegebenen kurzfristigen Einfluß auf die Kursentwicklung der Aktie auch die Vergütungshöhe des Aufsichtsrats zu steuern. Damit würde die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand in § 87 Abs. 1 S. 1 AktG konterkariert und die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand beeinträchtigt<sup>1095</sup>. Diese Ansicht steht auch im Einklang mit den Empfehlungen der Europäischen Kommission vom 14.12.2004 und vom 15.2.2005<sup>1096</sup>, die allerdings vorläufig noch aber auf ein zwingendes Verbot derartiger Gestaltungen verzichtet. Hierin liegt entgegen *Hoffmann-Becking*<sup>1097</sup> auch kein Widerspruch zur Zulässigkeit der erfolgsorientierten Vergütung für Aufsichtsräte nach § 113 Abs. 3 AktG, da diese hierin nur an das starre Parameter des Bilanzgewinns gekoppelt wird und der Gesetzgeber damit eine Honorierung langfristiger Geschäftserfolge verfolgt. Zudem ist der Gesetzgeber ohnedies generell wechselseitig beeinflussbaren, gleichlaufenden Vergütungsparametern gegenüber skeptisch eingestellt<sup>1098</sup>, wie aus § 114 AktG folgt. Zulässig dürften aber nach wie vor neben den gesetzlich zugelassenen, an Bilanzgewinn oder Dividende anknüpfenden Tantiemen Regelungen sein, die für einen Teil der ausgeschütteten Tantieme eine Aktienerwerbspflicht samt der Pflicht, diese über einen längeren Zeitraum zu halten, begründen, da bei dieser Gestaltungsform die Gefahr einer Interessenkollision verhältnismäßig gering ist.

1092 BGH, a.a.O. (Fn. 1091), S. 615, mit ausdrücklichen Zweifeln hieran.

1093 So auch die Begründung des RegE v. 17.11.2004 zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), S. 54 f., abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/797.pdf>; i.E. auch *Gehling*, ZIP 2005, S. 549, 557; *Habersack*, ZHR 168 (2004), S. 373, 380; *ders.*, ZGR 2004, S. 721, 732; *Mayer/Ludwig*, ZIP 2004, S. 940, 944; a.A. *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), S. 155, 178.

1094 So der BGH obiter dictu, a.a.O. (Fn. 1091), S. 614; zustimmend *Habersack*, ZGR 2004, S. 721, 733; *Lenenbach*, EWIR 2004, S. 413, 414; *Mayer/Ludwig*, ZIP 2004, S. 940, 944; vorsichtiger *Hopt*, ZIP 2005, S. 461, 467; *Kremer*, Kodex-Komm, Rn. 1079; a.A. *Gehling*, ZIP 2005, S. 549, 557; *Vetter*, AG 2004, S. 234, 237.

1095 So auch *DAI/TowersPerrin*, Empfehlungen zur Aufsichtsratsvergütung, S. 29.

1096 Anhang II Nr. 1 c der Empfehlung der Kommission v. 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Aufsichts-/Verwaltungsrats, ABl. L 52/51; Nrn. 6.1, 2.1 der Empfehlung der Kommission v. 14.12.2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, ABl. 385/85.

1097 *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), S. 155, 179.

1098 Ähnlich OLG München, Beschl. v. 27.2.2002 – 7 U 1906/01, AG 2003, S. 164, 165 = NJW-RR 2002, 1117.

## b. Umsetzungshindernis Unternehmensmitbestimmung

Eine wirksame Steuerung des Verhaltens der Aufsichtsratsmitglieder durch erfolgsbezogenen Vergütungskomponenten hin zu einer effektiven Überwachung des Vorstands ist im übrigen, unabhängig von den aufgezeigten Bedenken gegen die Wirksamkeit von Aktienoptionsprogrammen, insbesondere in mitbestimmten Aufsichtsräten nicht zu erwarten.

Dies liegt daran, daß den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gem. Nr. 2.1.1, Abschnitt I und III des Beschlusses des DGB-Bundesausschusses vom 10. Oktober 2000<sup>1099</sup> ein maximaler Eigenbehalt der Aufsichtsratsvergütung von 4.600 € für einfache Aufsichtsratsmitglieder, von 6.900 € für stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende sowie von 9.200 € im seltenen Fall des Aufsichtsratsvorsitzenden, gewährt ist<sup>1100</sup>. Eine den Eigenbehalt überschießende Vergütung ist hiernach an die gewerkschaftsnahe *Hans-Böckler-Stiftung* abzuführen. Das gilt jedenfalls faktisch auch für Nichtmitglieder der DGB-Gewerkschaften, da diese ebenfalls nur von DGB-Gewerkschaften im Wahlverfahren unterstützt werden, wenn sie sich schriftlich der Abführungsregelung unterwerfen<sup>1101</sup>. Damit können Aktienoptionen und ähnliche erfolgsbezogene Vergütungskomponenten bei Arbeitnehmervertretern von vornherein keine Anreizfunktion erfüllen. Eine effektive Verhaltenssteuerung durch Vergütungsmodelle im Interesse der Anteilseigner ist somit erheblich beeinträchtigt<sup>1102</sup>.

Die Abführungspraxis ist auch rechtlich nicht unbedenklich. Zum einen finanzieren hierdurch mittelbar die betroffenen Unternehmen die tarifpolitische Gegenseite, zum anderen könnte hierin eine unzulässige Wahlbehinderung i.S.v. § 20 Abs. 1 i.V.m. §§ 15, 16 MitbestG oder eine unzulässige Wahlbeeinflussung nach § 20 Abs. 2 MitbestG gesehen werden. Im Ergebnis führen freilich beide Einwände nicht zur Rechtswidrigkeit der Abführungspflicht: Eine Rechtspflicht entsteht hierdurch zum einen nur im innerverbandlichen Rechtsverhältnis eines Gewerkschaftsmitglieds zur betreffenden DGB-Gewerkschaft. Das Unternehmen selbst ist angesichts der „Kann-Vorschrift“ des § 113 Abs. 1 S. 1 AktG bereits nicht verpflichtet, überhaupt eine Vergütung zu gewähren. Angesichts dieser Vergütungsautonomie der Kapitaleigner ist m.E. auch die Beeinträchtigung der koalitionsrechtlich von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG geschützten Gegnerunabhängigkeit zu vernachlässigen. Aus demselben Grund kann

1099 Abgedruckt bei *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, Rn. 706.

1100 Seit dem 1.1.2006 gelten sogar verschärfte Abführungsregelungen. Danach müssen einfache Aufsichtsratsmitglieder bei Jahresvergütungen bis zu 3.500 € 10% des Betrags abführen, während oberhalb des Betrags 90% der Vergütung abzuführen sind. Für Aufsichtsratsvorsitzende und deren Stellvertreter liegen die Schwellenwerte bei 7.000 € bzw. 5.250 €. Damit reagiert der DBG ausdrücklich auf den steigenden Anteil variabler Vergütungsformen in der Aufsichtsratsvergütungspraxis, siehe FAZ v. 26.10.2005, S. 14.

1101 *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, Rn. 461; *Henssler*, ZHR-Sonderheft 72, 2004, S. 133, 146.

1102 So auch GroßKomm.AktG-*Hopt/Roth*, § 113 Rn. 7; Winter, Handbuch CG, S. 335, 354; a.A. wohl *Habersack*, ZGR 2004, S. 721, 734.

in der Abführungspraxis auch nicht die Etablierung eines aktienrechtsfremden Ehrenamtsprinzips gesehen werden. Dies wäre m.E. erst dann zu bejahen, wenn die den Kapitaleignern in § 113 Abs. 1 S. 2 AktG zugewiesene Vergütungsautonomie konterkariert würde. Ein derart weitreichender (mittelbarer) Eingriff kann aber erst bei einer gegenwärtig nicht statuierten Abführungspflicht hinsichtlich der gesamten vorgesehenen Vergütung oder bei einem verbleibenden „symbolischen Betrag“ angenommen werden. In der faktischen Anwendung der Abführungsregelung auch auf nicht gewerkschaftlich gebundene Arbeitnehmervertreter entsteht demgegenüber bereits keine (rechtlich) sanktionierbare Abführungspflicht. Eine Verletzung des passiven Wahlrechts der Betroffenen i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 2 MitbestG bzw. eine unzulässige Drohung mit wahlbeeinflussenden Nachteilen i.S.v. § 20 Abs. 2 Alt. 2 MitbestG ist in diesem Verhältnis ebenfalls nicht anzunehmen<sup>1103</sup>, da einerseits nach der übertragbaren allgemeinen Ansicht zum wortgleichen § 20 Abs. 1 S. 2 BetrVG<sup>1104</sup> die Vorschrift des § 20 Abs. 1 S. 2 MitbestG dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, daß nicht jedes, sondern nur **rechtswidriges** Verhalten eine unzulässige Wahlbeeinträchtigung bewirkt. Letzteres ist in der angedrohten Versagung der Unterstützung eines Nichtgewerkschaftsmitglieds durch eine Gewerkschaft nicht zu sehen, da dieses Verhalten lediglich der natürlichen Interessenlage der Beteiligten entspricht. Aus demselben Grund kann dieses Verhalten dann folgerichtig auch nicht als rechtlich relevante Benachteiligung i.S.v. § 20 Abs. 2 Alt. 2 MitbestG angesehen werden.

Nicht zuletzt wegen der hiernach gegebenen fehlenden Sanktionierbarkeit der Abführungspraxis hat sich der Gesetzgeber mit dem VorstOG jedenfalls bei börsennotierten Aktiengesellschaften zum Konzept der Offenlegung als Kontrollinstrument bekannt<sup>1105</sup>.

## 2. Grenzen einer systemimmanenten Strukturreform

Bevor das Unternehmen Mitbestimmungsvermeidungsstrategien ergreift oder der Gesetzgeber auf den Plan gerufen wird, um Eingriffe in das bestehende Modell paritätischer Mitbestimmung vorzunehmen, ist die Frage zu beantworten, ob mitbestimmte Aktiengesellschaften die erkannten, mitbestimmungsspezifischen Corporate Governance-Defizite *de lege lata* durch unternehmensspezifische Regelungen beheben können. Gesetzlich explizit vorgesehen sind derartige Vereinbarungslösungen nicht. Ihre Zulässigkeit ist daher im Einzelnen streitig.

---

1103 I.E. zutreffend auch *Spieker*, BB 1962, S. 925, 926 f. (zu § 78 BetrVG 1952).

1104 GK-Mitbest/*Kreutz*, § 20 Rn. 12 m.w.N.; *Raiser*, MitbestG, § 20 Rn. 1.

1105 Zu Recht *Baums*, ZHR 169 (2005), S. 299, 300 unter Verweis auf den Fall „Mannesmann“ und die Enthaltung des damaligen Aufsichtsratsmitglieds und IG Metall-Vorsitzenden Zwickel.

### a. Diskutierte Regelungsmodelle

Diskutiert werden *de lege lata* unternehmensspezifische Regelungsmodelle dreierlei Umfangs<sup>1106</sup>: Den stärksten Eingriff in das Mitbestimmungsregime des MitbestG hätten statusändernde Lösungen zu Folge, sei es in Form der Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung im Unternehmen, einer Absenkung des paritätischen Beteiligungsniveaus auf eine Drittelbeteiligung oder einer Anhebung des Schwellenwertes des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

Weniger weitreichend wären als Mitbestimmungsanpassungslösung oder Rationalisierungslösung bezeichnete Ansätze, die den Status der paritätischen Mitbestimmung unangetastet lassen, aber die innere Ordnung des Aufsichtsrats wie sie in den §§ 25 ff. MitbestG geregelt ist, modifizieren. Hierzu zu zählen wären etwa Regelungen, die eine konkrete Zuweisung von Ausschußsitzten entsprechend vorab festgelegter Qualifikationsanforderungen vornehmen und Arbeitnehmervertreter hiervon im Einzelfall ausschließen. Gleiches gälte für Regelungen, die einschränkende Kriterien für vom Aufsichtsrat festgelegte Zustimmungsvorbehalte festlegten, etwa indem sie auf betrieblicher Ebene geschlossene Verträge des Vorstands oder tarifpolitische Verhandlungsergebnisse generell von der Zustimmungsbedürftigkeit ausnehmen. Denkbar sind derartige Anpassungslösungen auch in Form der Ausweitung der Katalogtatbestände des § 32 Abs. 1 MitbestG etwa um die Entscheidung über betriebsverfassungsrechtliche und tarifpolitische Fragen bei gleichzeitiger Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf das einzelne Unternehmen<sup>1107</sup>, um so Mitbestimmungskumulationen zu bekämpfen. Vom Regelungsgegenstand hiermit vergleichbar wären auch Gestaltungen, welche einen auf teilhaberelevante Sachfragen beschränkten Kompetenzkatalog für Arbeitnehmervertreter beinhalteten.

Den geringsten Eingriff in das Mitbestimmungsregime bewirken schließlich Lösungen zur Bereinigung von im Einzelfall zweifelhaften und streitigen Sach- und Rechtsfragen, etwa zur Konkretisierung des gesetzlichen Vertraulichkeitsmaßstabs<sup>1108</sup>.

### b. Materiellrechtliche Grenzen der Regelungsautonomie

Die vorgestellten Regelungsmodelle sind insbesondere im Fall der Aktiengesellschaft weitgehenden materiell-rechtlichen Schranken unterworfen.

So sind die genannten statusändernden Regelungen nach zutreffender h.M. unzulässig, da der Mitbestimmungsstatus des MitbestG zwingendes Recht ist<sup>1109</sup>. Dies gilt

1106 Im Anschluß an *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1466 ff. sind die folgenden Kategorien allgemein anerkannt, stellvertretend *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 43 ff.; zuletzt *Seibt*; AG 2005, S. 413, 415.

1107 Dies entspräche i.E. der von einigen Autoren befürworteten Analogie zu § 32 MitbestG zur Vermeidung von Mitbestimmungskumulationen § 4A.II.4.c.[1].

für einseitige Einschränkungen durch den Satzungsgeber gleichermaßen wie für Vereinbarungslösungen. Eine Anhebung des Schwellenwertes gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG kommt daher *de lege lata* nicht in Betracht. Eine Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung verstieße ebenso wie eine Reduktion der Zahl der Arbeitnehmervertreter zudem gegen die über den Grundsatz der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG satzungsfeste Zusammensetzung des Aufsichtsrats gem. §§ 95 S. 5 Alt. 1, 96 Abs. 1 HS 1, 101 Abs. 1 S. 1 AktG<sup>1110</sup>. Die abweichende Ansicht von *Fabricius*<sup>1111</sup>, wonach der Grundsatz der Satzungsstrenge lediglich die völlige Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung verbiete, nicht aber eine Verringerung der Zahl der Arbeitnehmervertreter, verkennt, daß über den Verweis in § 95 S. 5 AktG gesetzestechnisch auch das Paritätsniveau zwingendes Recht wird.

Zur Wirksamkeit der genannten Mitbestimmungsanpassungslösungen lassen sich demgegenüber keine pauschalen Aussagen treffen<sup>1112</sup>, da § 25 Abs. 2 MitbestG abweichende Satzungsgestaltungen jedenfalls insoweit ausdrücklich zuläßt, als sie den über die §§ 27 bis 29 und 31 f. MitbestG sowie über § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG zwingenden Normenbestand für die innere Ordnung des Aufsichtsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder nicht verletzen. Der Regelungsspielraum (auch) für Vereinbarungslösungen ist angesichts des Umfangs dieses zwingenden Normenbestands jedoch erheblich eingengt. So wären m.E. alle zuvor genannten Beispielsregelungen<sup>1113</sup> wegen Verstoßes gegen § 25 Abs. 2 MitbestG nichtig: Ein Zuschnitt der Aufsichtsratsausschüsse in personeller oder kompetenzieller Hinsicht durch den Satzungsgeber oder durch eine Vereinbarungslösung gleich welcher Art verstieße gegen die in § 107 Abs. 3 AktG verankerte Organisationsautonomie des Aufsichtsrats<sup>1114</sup>. Eine Beschränkung des Aufsichtsrats in seinem Recht, eigenständig Zustimmungsvorbehalte zu begründen, um Mitbestimmungskumulationen entgegenzuwirken, verstieße gegen § 111 Abs. 4 S. 1 AktG<sup>1115</sup>, da das Recht zur Begründung von Zustimmungsvorhalten hierin ausdrücklich Hauptversammlung oder Aufsichtsrat zugewiesen wird, ohne damit eine wechselseitige Ausschließlichkeit rechtfertigen

- 
- 1108 Zu den von § 23 Abs. 5 AktG gezogenen (engen) Grenzen derartiger Konkretisierungen grundsätzlich BGH, Urt. v. 5.7.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 65, S. 325, 328 = NJW 1975, 1412.
- 1109 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 36; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 49; MünchHbArbR-*Wissmann*, § 375 Rn. 16; *Seibt*, AG 2005, S. 413, 416.
- 1110 *Seibt*, AG 2005, S. 413, 416, 421; *Hüffer*, AktG, § 96 Rn. 3; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 46; *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1467.
- 1111 *Fabricius*, FS Hilger/Stumpf, S. 154, 158 f.
- 1112 Zu Recht *Seibt*, AG 2005, S. 413, 415; MünchHbAG/*Hoffmann-Becking*, § 28 Rn. 48; *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1467; a.A. *Hüffer*, AktG, § 96 Rn. 3; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 45 (generell unzulässig).
- 1113 Siehe § 5B.I.2.a.
- 1114 Siehe § 4B.II.3; ebenso *Hüffer*, AktG, § 107 Rn. 16; MünchHbAG/*Hoffmann-Becking*, § 32 Rn. 14 f.
- 1115 Allgemein gegen eine Beschränkung *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 17a; *Lutter*, Kodex-Komm., Rn. 374; a.A. *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1467 (Vereinbarungslösung unter Beteiligung des Aufsichtsrats zulässig).

zu können. Auch eine Ausdehnung des § 32 Abs. 1 MitbestG auf privatautonomen Weg scheidet aus, wie sich bereits aus dem auf § 32 verweisenden Wortlaut des § 25 Abs. 1 MitbestG ergibt<sup>1116</sup>. § 32 MitbestG ist zwar inhaltlich lückenhaft, aber vom Gesetzgeber wie gezeigt bewußt in dieser Form belassen worden<sup>1117</sup> und damit zwingender Bestand des MitbestG. Schließlich verstieße die Festlegung eines teilhabebezogenen Kompetenzkatalogs gegen das Prinzip der einheitlichen Rechte und Pflichten aller Aufsichtsratsmitglieder wie es in § 25 MitbestG und im allgemeinen Rechtsgedanken des § 4 Abs. 3 S. 1 Montan-MitbestG festgelegt ist.

Einer privatautonomen Regelung zugänglich sind damit lediglich schlichte Rationalisierungsvorhaben, etwa Regelungen zur Vereinfachung des Wahlverfahrens nach den Wahlordnungen zum MitbestG im Wege der Bildung gemeinsamer Wahlvorstände für mehrere Betriebe<sup>1118</sup> und Regelungen zur Beschlußfassung in Aufsichtsratsausschüssen, welche die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats im übrigen unberührt lassen<sup>1119</sup>.

Die dritte Gruppe der systemimmanenten Mitbestimmungslösungen ist demgegenüber nach ganz h.M. grundsätzlich zulässig und, sofern sie die Voraussetzungen eines Vergleichs gem. § 779 BGB erfüllt, für die Vertragsparteien auch bindend<sup>1120</sup>. Dem ist zuzustimmen, da durch die Lösung der genannten Streitfälle kein Mitbestimmungsbesitzstand oder zwingendes Binnenorganisationsrecht verletzt wird.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Regelungsspielraum für systemimmanente Lösungen der erkannten Corporate Governance-Defizite über den Grundsatz der Satzungsstrenge und den zwingenden Mitbestimmungsbestand erheblich eingeschränkt ist und allenfalls einzelne Rechtsunsicherheiten über kosmetische Korrekturen behoben werden können.

### c. Parteien systemimmanenter Vereinbarungslösungen

Erkennt man eine Regelungsautonomie für einzelne Rationalisierungsvereinbarungen sowie für Vergleiche über Streitige Tatsachen- und Rechtsfragen an, stellt sich zwangsläufig die Frage nach den Parteien derartiger Vereinbarungen. Die Antwort ist wegen fehlender normativer Ansätze Streitig. *Ulmer*<sup>1121</sup> vertritt eine Parteistellung der Hauptversammlung auf Unternehmensseite sowie „der Belegschaft“ auf Arbeit-

1116 A.A. *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1467 (Vereinbarungslösung unter Beteiligung des Aufsichtsrats zulässig).

1117 Siehe § 4A.II.4.c.[2].

1118 So auch *MünchHbAG/Hoffmann-Becking*, § 28 Rn. 48; *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1466 f.

1119 So auch *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417.

1120 *Großkomm.AktG-Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 107; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 44; *MünchHbAG/Hoffmann-Becking*, § 28 Rn. 46; *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1466; *Seibt*, AG 2005, S. 413, 415; zweifelnd *Hüffer*, AktG, § 96 Rn. 3; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 49.

1121 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 43.

nehmerseite, während *Raiser*<sup>1122</sup> einen Vertragsschluß zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat befürwortet, der bei Gegenständen, die den Umfang bloßer Binnenkoordination des Organs übersteigen, „in Anlehnung an die §§ 291 ff. AktG“ der Zustimmung der Hauptversammlung sowie „der Arbeitnehmerschaft“ bedürfe. Andere<sup>1123</sup> vertreten für die Unternehmenseite eine Zuständigkeit des Vorstands, dessen Handeln aber nach allgemeinen Regeln an Zustimmungsvorbehalte i.S.v. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG gekoppelt werden könne. Für die Arbeitnehmerseite bejahen diese Autoren eine Abschlußkompetenz der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften<sup>1124</sup>.

M.E. ist der letztgenannten Ansicht für die Frage der Abschlußkompetenz auf Unternehmenseite zuzustimmen. Es besteht kein Grund, insofern von den Grundsätzen der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung gem. § 78 AktG abzuweichen. Eine Abschlußkompetenz der Hauptversammlung wäre systemwidrig, wie bereits der Zuständigkeitskatalog des § 119 Abs. 1 AktG zeigt<sup>1125</sup>. Die dort in den Nrn. 4 und 7 genannte Prüferbestellung taugt nicht als Gegenbeispiel, da die vertragsrechtlichen Abschlußkompetenzen insoweit beim Aufsichtsrat liegen, wie § 111 Abs. 2 S. 3 AktG zeigt. Auch § 93 Abs. 4 S. 3 AktG weist der Hauptversammlung lediglich ein Zustimmungsrecht zu Verzichts- und Vergleichsvorschlägen des für die Gesellschaft handelnden Aufsichtsrats zu. Auch der Vereinbarungsgegenstand ist bei den hier diskutierten gewillkürten Modifikationen des Mitbestimmungsregimes nicht von einer Reichweite, die mit dem Zustimmungserfordernis des § 293 AktG oder den anerkannten ungeschriebenen Kompetenzen der Hauptversammlung bei Strukturänderungen<sup>1126</sup> vergleichbar ist. Die von *Raiser* vorgeschlagene Spaltung des Aufsichtsrats in getrennte Verhandlungspartner würde überdies ohne Not das Kollegialitätsprinzip durchbrechen und eine systemwidrige Ausdehnung der aktienrechtlichen Sondervertretungsbefugnisse des Aufsichtsrats<sup>1127</sup> vornehmen.

Für die Arbeitnehmerseite ist entgegen den zuletzt genannten Autoren eine Zuständigkeit der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften ebenso abzulehnen wie eine Zuständigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Gremien. Gewerkschaften sind nach dem MitbestG nicht zur Vertretung der Belegschaft in Fragen der Unter-

1122 *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1464.

1123 *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417 f. (anders freilich für die hier nicht zu behandelnde Frage der gewillkürten Erweiterung des Mitbestimmungsstatus); Großkomm.AktG-Oetker, Vorbem. MitbestG, Rn. 105.; zu Vereinbarungen i.R.v. § 5 Abs. 3 MitbestG auch *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 5 Rn. 76.

1124 *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417 f. (unter Mitwirkung des Betriebsrats und „hilfsweise“ der Belegschaft); Großkomm.AktG-Oetker, Vorbem. MitbestG, Rn. 109, 115.

1125 Dies mag bei statusändernden Verträgen wegen der strukturellen Auswirkungen auf das Organgefüge der Gesellschaft anders zu beurteilen sein. Dies wird wie gezeigt nur bei hier nicht zu behandelnden Mitbestimmungserweiterungen relevant. Zu letzteren *Seibt*, AG 2005, S. 413, 417; *Hanau*, ZGR 2001, S. 75, 80 ff.

1126 Zu den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Fällen siehe § 2C.II.1.b und Fn. 173.

1127 Solche bestehen nur gem. §§ 111 Abs. 2, 112, 246 Abs. 2 S. 2, 249 Abs. 1 S. 1 AktG.

nehmensmitbestimmung berufen wie in der Ausgestaltung des Wahlverfahrens für Gewerkschaftsvertreter in § 16 Abs. 2 S. 1 MitbestG deutlich wird. Die Gewerkschaften haben insoweit lediglich ein Vorschlags- und kein Endsendungsrecht<sup>1128</sup>. Auch aus tarifrechtlicher Perspektive wäre eine derartige Parteistellung ein Fremdkörper, da nach zutreffender ganz h.M. aus dem Umkehrschluß zu § 1 Abs. 1 TVG zu schließen ist, daß tarifvertraglich geschaffene Rechtsnormen über Fragen der Unternehmensmitbestimmung wegen Überschreitens der Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien nichtig wären<sup>1129</sup>. Im übrigen wäre auch in der Sache eine Legitimation der Gewerkschaften, in Unternehmen mit u.U. geringem Organisationsgrad die Belegschaft zu vertreten, schlechthin nicht zu begründen. Der Vorschlag, betriebsverfassungsrechtliche Gremien mit Vertragsschlußkompetenzen über Gegenstände der Unternehmensmitbestimmung auszustatten, käme zwar einer plausiblen Lösung unter diesem Gesichtspunkt näher, würde aber die gesetzliche Kompetenzverteilung der Unternehmensorgane vollends durchbrechen und den Betriebsrat mittelbar zu einem „Hilfsorgan“ der Unternehmensverfassung machen.

Hierfür besteht im übrigen auch kein Bedürfnis. Die §§ 9, 10 Abs. 3, 11 und 15 Abs. 3 MitbestG sehen in Form der Delegiertenwahl bereits ein detailliertes gesetzliches Modell für eine Wahl von Repräsentanten der Belegschaft zur Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vor. Der Gesetzgeber kennt mithin in Fragen der Unternehmensmitbestimmung ein von der Belegschaft in Urwahl bestimmtes Repräsentationsgremium, mag es auch an einer besonderen rechtlichen Verfaßtheit der Delegierten als Gruppe fehlen. Angesichts der Entscheidung des Gesetzgebers, bereits die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter selbst in die Hand von Belegschaftsdelegierten gelegt wird, läßt sich m.E. im Wege des Erst-Recht-Schlusses auf die Möglichkeit einer Überantwortung derartiger Fragen auf ein in entsprechender Anwendung der Vorschriften zur Delegiertenwahl in Urwahl gebildetes Verhandlungsgremium schließen.

## II. Tauglichkeit von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien

Da die denkbaren systemimmanenten Reaktionen auf mitbestimmungsbedingte Corporate Governance-Defizite allenfalls an den Symptomen kurieren können, richtet sich der Blick zwangsläufig auf mögliche Mitbestimmungsvermeidungsstrategien der betroffenen Unternehmen. Um so mehr gilt dies, seit sich mitbestimmte Unternehmen infolge europarechtlicher Vorgaben auch auf dem inländischen Markt im Wettbewerb mit mitbestimmungsfreien ausländischen Unternehmen befinden.

---

1128 Zu Recht *Raiser*, BB 1977, S. 1461, 1464.

1129 Stellvertretend *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 115; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 55 m.w.N.

### 1. Wettbewerbsdruck durch mitbestimmungsfreie Auslandsgesellschaften in Deutschland

Infolge der Entscheidungstris des EuGH in den Rechtssachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 43, 48 EG in Fällen der grenzüberschreitenden Verlegung des Verwaltungssitzes<sup>1130</sup> von in einem EU-Mitgliedsstaat inkorporierter Gesellschaften in einen anderen Mitgliedsstaat<sup>1131</sup> hat sich die Wettbewerbssituation mitbestimmter Aktiengesellschaften deutlich verändert. Nach der bis zur „Überseering-Entscheidung“ in Deutschland vorherrschenden sog. Sitztheorie konnte die Rechtspersönlichkeit einer im Ausland gegründeten juristischen Person nicht anerkannt werden, wenn diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt hatte. Die Verlegung des Verwaltungssitzes durch eine EU-Auslandsgesellschaft nach Deutschland war damit infolge deren Anerkennung als bloße Personengesellschaft insbesondere aus Haftungsgesichtspunkten äußerst unattraktiv. Der EuGH hat in der Nichtanerkennung des Gründungsstatuts in den entschiedenen Zuzugsfällen einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages gesehen. Den BGH hat diese Rechtsprechung wegen der Bindung an die Auslegung des Vertrags durch den EuGH zur Aufgabe der Sitztheorie für Zuzugsfälle veranlaßt<sup>1132</sup>.

Folge dieser Entwicklung aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht ist, daß in Deutschland unternehmensmitbestimmungsfreie ausländische Kapitalgesellschaften<sup>1133</sup> und solche, die ein geringeres Mitbestimmungsniveau kennen, mit mitbestimmten deutschen Aktiengesellschaften vergleichbarer Größe und Arbeitnehmerzahl konkurrieren.

1130 Dies ist im Gegensatz zum Inkorporationsort der Gesellschaft der Ort, „an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.“, BGH, Urt. v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, S. 269, 272 = NJW 1986, 2194.

1131 EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 „Centros“, ZIP 1999, S. 438 ff. = NJW 1999, 2027 ff.; Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 „Überseering“, – ZIP 2002, S. 2037 ff. = NJW 2002, 3614 ff.; Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 „Inspire Art“, EuZW 2003, S. 687 ff. = NJW 2003, 3331 ff. Für Drittstaatenfälle, insbesondere im Rechtsverkehr Deutschland-USA stellen sich aufgrund des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertrags vom 29.10.1954 (Fn. 845) weitgehend dieselben Rechtsfragen. Zur Anerkennung des Gründungsstatuts in Fällen der Verwaltungssitzverlegung nach Deutschland unter Anwendung des Vertrages etwa BGH, Urt. v. 5.7.2004 – II ZR 389/02, RIW 2004, S. 787 = NJW-RR 2004, 1618; Urt. v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, BGHZ 153, S. 353, 358 = NJW 2003, 1607; näher hierzu *Hirte/Bücker-Forsthoff* § 2 Rn. 29 ff.

1132 BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, NZG 2003, S. 431 ff. = NJW 2003, 1461 ff.

1133 Die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG ist ein deutscher Sonderweg. Keine der 24 anderen EU-Jurisdiktionen kennt ein vergleichbares Niveau der Organbeteiligung. Zehn Mitgliedstaaten, namentlich Großbritannien, Italien, Spanien, Belgien, Portugal, Griechenland, Irland, Estland, Lettland und Litauen kennen überhaupt keine Organbeteiligung von Arbeitnehmervertretern, in allen anderen Mitgliedstaaten (bis auf den Sonderfall Sloweniens, das ein Optionsmodell der Anteilseigner zugunsten paritätischer Mitbestimmung kennt) sind Arbeitnehmervertreter zu maximal einem Drittel im jeweiligen Aufsichtsorgan beteiligt. Eingehender Rechtsvergleich bei: *Rebhahn*, ZAAR, § 2 Rn. 8 ff.; *Baums/Ulmer* (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Sonderheft 72, (2004).

ren. Vom MitbestG werden Auslandsgesellschaften *de lege lata* zum einem kollisionsrechtlich<sup>1134</sup>, zum anderen sachrechtlich wegen der Anknüpfung des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG an ausschließlich deutsche Gesellschaftsformen nämlich nicht erfaßt<sup>1135</sup>. Hinzu kommen Wettbewerbsverzerrungen in Konzernkonstellationen, wenn ausländische Konzernmütter Tochtergesellschaften deutschen Rechts unterhalten, welche für sich genommen wegen geringer Arbeitnehmerzahlen die Anwendungsschwellen des MitbestG oder sogar die des DrittelbG unterschreiten<sup>1136</sup>. In diesen Fällen bleibt wegen des Verweises in § 5 Abs. 1 MitbestG auf § 1 MitbestG sogar der gesamte Konzernverbund mitbestimmungsfrei.

## 2. Keine Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften *de lege lata*

Konzepte, welche diese Konkurrenzsituation *de lege lata* durch eine Erstreckung des Mitbestimmungsregimes auf Auslandsgesellschaften zugunsten der mitbestimmten deutschen Gesellschaften zu lösen versuchen, sind nicht erfolgversprechend.

Sofern man für mitbestimmungsfreie Auslandsgesellschaften einen Zwang zur Umgründung in eine deutsche Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG erwäge<sup>1137</sup>, würde man die Sitztheorie für grenzüberschreitende Zuzugsfälle reanimieren und gegen die eindeutige Auslegung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH verstoßen. Sofern man Auslandsgesellschaften über eine Analogie zu § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG der Unternehmensmitbestimmung unterwürfe, würde man bereits die erste methodische Voraussetzung eines Analogieschlusses, nämlich die erforderliche planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers, ignorieren. Entgegen einzelner Literaturstimmen hat nämlich der vom EuGH erzwungene Wandel zur Anerkennung des Gründungsstatuts in Zuzugsfällen von EU-Auslandsgesellschaften in der Sache keine planwidrige Regelungslücke des deutschen Mitbestimmungsgesetzgebers offenbart<sup>1138</sup>. Vielmehr war dem Gesetzgeber bereits zum Erlaßzeitpunkt die Situation von im Ausland inkorporierten Gesellschaften mit ins Inland verlegter Hauptverwaltung bekannt. Im Verhältnis zum Haupthandelspartner USA ist schließlich in Art. XXV Abs. 5 S. 2 des bilateralen deutsch-amerikanischen Freundschafts-

1134 Das Mitbestimmungsrecht gehört nach ganz h.M. zum Gesellschaftsstatut der jeweiligen Auslandsgesellschaft, siehe nur *Junker*, ZfA 2005, S. 1, 6 m.w.N.

1135 Ganz h.M., Großkomm.AktG-*Oetker*, § 1 MitbestG Rn. 10; *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 341 f.; *Thüsing*, ZIP 2004, S. 381, 382. Die von *Franzen*, RdA 2004, S. 257, 260 vertretene a.A. („Substitution“ der in § 1 Abs. 1 MitbestG genannten Rechtsträger durch äquivalente ausländische Rechtsträger) begegnet unüberwindlichen strukturellen Hindernissen wegen der des umfassenden Verweises in § 25 MitbestG auf die Binnenstruktur deutscher Kapitalgesellschaften.

1136 *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 341 f. Ähnliches gilt für den Sonderfall einer ausländischen Gesellschaft als Komplementärgesellschaft einer KG wegen des Verweises in § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG.

1137 So noch *Roth*, IPRax 2003, S. 117, 122 ff.; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 518 ff.

1138 So aber *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 344; *Zimmer*, GS Heinze, S. 1123, 1128 unter Verweis auf die Ausschlußberatungen zum MitbestG, BT-Drucks. 7/4845, S. 4; a.A. *Veit/Wichert*, AG 2004, S. 14, 16; *Thüsing*, ZAAR, § 3 Rn. 5; *ders.* ZIP 2004, S. 381, 382.

Handels- und Schifffahrtsvertrags vom 29.10.1954 eine ausdrückliche Anerkennungspflicht geregelt<sup>1139</sup>. Davon unabhängig würde eine analoge Anwendung unüberwindliche Schwierigkeiten hinsichtlich der unterschiedlichen Binnenstrukturen deutscher und ausländischer Gesellschaften zu Folge haben<sup>1140</sup>. Diesen Einwänden hätte sich der Gesetzgeber auch zu stellen, erwäge er *de lege ferenda* eine Ausdehnung der Unternehmensmitbestimmung im Wege der Sonderanknüpfung auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland<sup>1141</sup>.

*De lege lata* bleibt mitbestimmten Inlandsgesellschaften als Reaktion auf die neue Konkurrenzsituation nur die Entwicklung von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien. Als solche kommen mit dem Wegzug aus dem territorialen Anwendungsbereich des MitbestG und der Umwandlung der Aktiengesellschaft in einen mitbestimmungsfreien Rechtsträger inländischen oder ausländischen Rechts zwei der bereits unter dem Stichwort der „Exit-Option“ genannten Strategien zur Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens in Betracht<sup>1142</sup>. Die Gründung einer Auslandsholding mit inländischen Konzerntöchtern führte wegen der in § 5 Abs. 3 MitbestG für diese Fälle vorgesehenen Verlagerung der Mitbestimmung auf eine im Inland verbliebene Teilkonzernspitze demgegenüber zu keiner echten Mitbestimmungsvermeidung. Eine Ausnahme hiervon (mitbestimmungsfreie deutsche Zwischenholding) ist allenfalls bei der tatsächlich alleinigen Ausübung des beherrschenden Einflusses über inländische Enkelgesellschaften durch die ausländische Konzernmutter und bloßer Beteiligungsverwaltung der deutschen Zwischenholding im Vertragskonzern zu machen<sup>1143</sup>, wobei in der Praxis gerade der Verlust eines beherrschenden Einflusses im Inland gegen die Tauglichkeit der Strategie sprechen wird. Derartige Gestaltungsmodelle bleiben daher wohl für die große Mehrheit der gestaltungswilligen mitbestimmten Unternehmen ebenso außer Betracht wie das der Liquidation der Gesellschaft im Inland und anschließender Neugründung im Ausland. Letzteres scheidet in der Praxis wegen des Zugriffs des deutschen Fiskus im Wege der Schlußbesteuerung gem. § 11 KStG aus wirtschaftlichen Gründen aus.

---

1139 BGBl. II 1956, S. 487, 500. Dies gibt auch *Zimmer* zu, ohne freilich hieraus den notwendigen Schluß zu ziehen, siehe GS Heinze, S.1123, 1128 Fn. 25.

1140 Hierzu deutlich *Roth*, GS Heinze, S. 709, 715; *Schwark*, AG 2004, S. 173, 178; *Thüsing*, ZAAR, § 3 Rn. 5; *Zimmer*, GS Heinze, S.1123, 1129; a.A. *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 344 ff.

1141 Selbiges muß für Neugründungen im Ausland und anschließender Sitzverlegung nach Deutschland, sog. Scheinauslandsgesellschaften, gelten. Auch diese Fragen sind heftig umstritten, die mögliche Rechtslage *de lege ferenda* ist aber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Weiterführend *Roth*, GS Heinze, S. 709, 717 ff.; *Thüsing*, ZAAR, § 3 Rn. 7 ff.; *Zimmer*, GS Heinze, S. 1123, 1129 ff.

1142 Siehe § 2C.I.4. Dazu näher *Henssler*, RdA 2005, S. 330, 332 ff.

1143 Zu Recht *Henssler*, ZfA 2005, S. 289, 294, 307 f.; Großkomm.AktG-Oetker, § 5 MitbestG Rn. 47 m.w.N.

### 3. Verlegung des Satzungs- und/oder Verwaltungssitzes ins Ausland

Nach bislang h.M. ist neben einer ausdrücklichen Auflösungsentscheidung, die zur Umwandlung der werbenden Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft führt, auch der Hauptversammlungsbeschluß, den Satzungssitz i.S.v. § 5 AktG **und/oder** den tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderes EU-Mitgliedsland zu verlegen, als Auflösungsbeschluß i.S.v. § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG auszulegen. Dies wird sogar für den Fall einer expliziten Nichtauflösungsentscheidung der Hauptversammlung oder einer anderslautenden Satzungsbestimmung angenommen<sup>1144</sup>. Zur Beurteilung der Bestandskraft der dieser Ansicht zugrundeliegenden Prämisse ist zu unterscheiden:

#### a. Verlegung des Satzungssitzes

Eine identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes, unerheblich ob gleichzeitig auch der Verwaltungssitz verlegt wird, wäre wegen der Anwendungsbeschränkung des MitbestG auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes (Territorialitätsprinzip)<sup>1145</sup> an sich eine taugliche Mitbestimmungsvermeidungsstrategie. Nach ganz h.M. sind derartige Satzungssitzverlegungen aber auch nach der Entscheidungstrias des EuGH zur Niederlassungsfreiheit unvereinbar mit der Anknüpfung der Anerkennung der Rechtspersönlichkeit als Aktiengesellschaft deutschen Rechts an den deutschen Satzungssitz<sup>1146</sup>. Dies gälte selbst bei Verlegung des statutarischen Sitzes in ein Land, das kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgt, da eine gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB zu beachtende Rückverweisung in das deutsche Sachrecht nach ausländischem Internationales Privatrecht ins Leere ginge, weil die Gesellschaft nach dem Recht des ursprünglichen Satzungssitzes (also dem deutschen Sachrecht) ohne gegenwärtigen satzungsmäßigen Sitz in Deutschland nicht wirksam fortbestehen könnte<sup>1147</sup>.

1144 BGH, Urt. v. 11.7.1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, S. 134, 144 = WM 1957, 995; BayObLG, Beschl. v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92, DB 1992, S. 1400 = NJW-RR 1993, 43; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.3.2001 – Wx 88/01, NZG 2001, S. 506 = NJW 2001, 2184; OLG Hamm, Beschl. v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NZG 2001, S. 562 = NJW 2001, 2183; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 618, 634; *Triebel/v.Hase*, BB 2003, S. 2409, 2414; a.A. *Hüffer*, AktG, § 6 Rn. 12; *MüKoAktG-Heider*, § 5 Rn. 65; Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 AktG, weil auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet und demnach förmlicher Auflösungsbeschluß samt Auslandsneugründung erforderlich. M.E. ist die Grenze der Auslegungsfähigkeit eindeutig überschritten und die richtige Lösung in einer Umdeutung gem. § 140 BGB analog in einen Auflösungsbeschluß zu sehen, sofern ein unbedingter Wegzugswille der erforderlichen Versammlungsmehrheit erkennbar ist.

1145 Stellvertretend *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 13.

1146 OLG Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2004 – 6 Wx 4/04, ZIP 2005, S. 489, 490 f. = BB 2005, 849; BayObLG, Beschl. v. 11.2.2004 – 3Z BR 175/03, ZIP 2004, S. 806, 807 = BB 2004, 570; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 652; *Roth*, FS Heldrich, S. 972, 979 f., 988 f.; a.A. *Wachter*, EWiR 2004, S. 375, 376; *Hüffer*, AktG, § 1 Rn. 37; AG Heidelberg, Beschl. v. 3.3.2000 – HRB 831 – SNH, NZG 2000, S. 927, 928 = EvZW 2000, 414.

1147 OLG Brandenburg, a.a.O. (Fn. 1147), S. 489; BayObLG, a.a.O. (Fn. 1146), S. 807; OLG Hamm, a.a.O. (Fn. 1144) S. 563; BayObLG, a.a.O. (Fn. 1144), S. 1400; i.E. auch *Hirte/Bücker-Leible*, § 10 Rn. 11; *Roth*, FS Heldrich, S. 973, 979 f.

Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 43, 48 EG liegt m.E. hierin nicht. Einerseits ist bei der reinen Satzungssitzverlegung ohne Entfaltung einer unternehmerischen Tätigkeit am neuen Sitz, etwa um im territorialen Anwendungsbereich auf Deutschland begrenzte Regelungen wie die Unternehmensmitbestimmung zu umgehen, schon keine Niederlassung i.S.v. Artt. 43, 48 EG gegeben, so daß die Auflösungsfolge in diesem Fall bereits den Schutzbereich der Marktfreiheit nicht tangiert<sup>1148</sup>. Jedenfalls sind aber für den Fall der beabsichtigten identitätswahrenden Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz sachrechtliche Beschränkungen des Wegzugsstaats etwa zum Schutz der registerrechtlichen Kontrolle der Entstehungsvoraussetzungen der Aktiengesellschaft (§§ 41 Abs. 1 S. 1, 36 Abs. 1, 5 Abs. 1 AktG), der registerrechtlichen Publizitätserfordernisse und der Rechtsprechungshoheit gegenüber Gesellschaften inländischen Rechts und damit letztlich zur Gewährleistung effektiven prozessualen Rechtsschutzes für inländische Gesellschaftsgläubiger gem. § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO niederlassungsrechtlich gerechtfertigt<sup>1149</sup>. Des weiteren ist entscheidend, daß der Gründungsstaat kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Gestaltungshoheit schon frei ist in der Gewährung und Ausgestaltung der Gesellschaftsform als solcher<sup>1150</sup>. Ob demgegenüber allein die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung ein rechtfertigungsfähiges Allgemeininteresse zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in Wegzugsfällen böte, ist äußerst zweifelhaft<sup>1151</sup>. Angesichts der vorherigen Argumentation kann die Beantwortung der Frage aber dahinstehen. Dem *de lege lata* bestehenden Hindernis einer identitätswahrenden Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland will die Europäische Kommission mit dem Erlaß der 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur Satzungssitzverlegung begegnen. Über einen Konsultationsaufruf ist der Erlaßprozeß bislang aber noch nicht hinausgekommen<sup>1152</sup>. Zu befürchten ist aber nach der Herkunftslandregelung der Nr. 10 des Konsultationsaufrufs, daß auch für Fälle der Satzungssitzverlegung eine Perpetuierung des deutschen Modells der Unternehmensmitbestimmung dadurch ermöglicht wird, daß entweder der Herkunftsstaat eine Regelung zur Absicherung des vor der Satzungssitzverlegung bestehenden Mitbestimmungsniveaus treffen darf oder zumindest das Verhandlungsmodell der SE-RL

---

1148 Art. 43 EG erfaßt nur die dauerhafte Teilnahme am Wirtschaftsleben des jeweiligen Mitgliedsstaates, siehe *Streinz/Müller-Graff*, Art. 43 EG Rn. 16.

1149 Zu Recht *Roth*, FS Heldrich, S. 973, 981, 988 f.; *Geyrhalter/Weber*, NZG 2005, S. 837, 838.

1150 So auch die Rechtsansicht der EU-Kommission im Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ v. 21.5.2003, KOM (2003) 284 endg., Nr. 3.3, S. 24; zuvor bereits *Eidenmüller*, ZIP 2002, S. 2233, 2243; zustimmend *Lutter/Roth*, S. 395.

1151 Mit überzeugender Begründung verneinend *Roth*, GS Heinze, S. 709, 715 f.; a.A. *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 349 ff.

1152 Konsultationsaufruf der Kommission vom 26.2.2004, abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_de](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/index_de).

übernommen wird<sup>1153</sup>. Damit würde die 14. Richtlinie die vom EuGH angestoßene Entwicklung zu einem gemeinschaftsweiten Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen beeinträchtigen und die *Exit-Option* der Unternehmen weitgehend beschränken.

### b. Verlegung des Verwaltungssitzes

Die Verlegung des Verwaltungssitzes hatte der EuGH in der „*Daily Mail*-Entscheidung“ als nicht von der Niederlassungsfreiheit umfaßt gesehen, da die Gründungs- und Existenzbedingungen einer Gesellschaft als „Geschöpf des nationalen Rechts“ nationaler Gestaltungshoheit unterlägen und das Gemeinschaftsrecht keine eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Kriterien kenne<sup>1154</sup>. An dieser Aussage hat der EuGH auch in der „*Überseering*-Entscheidung“ ausdrücklich festgehalten<sup>1155</sup>. Die von der wohl noch h.M.<sup>1156</sup> infolgedessen als niederlassungsrechtlich gerechtfertigt angesehene Auflösungsfolge einer Verwaltungssitzverlegung ins Ausland ist m.E. dennoch nicht haltbar<sup>1157</sup>. Zum einen hat der EuGH jüngst in der Rechtsache „*Hughes de Lasteyrie du Saillant*“ eine steuerrechtliche Wegzugsbeschränkung gegenüber einer natürlichen Person als unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen<sup>1158</sup> und damit das in der „*Daily Mail*-Rechtsprechung“ noch maßgebliche fiskalische Beschränkungsmotiv<sup>1159</sup> in seiner Bedeutung erheblich relativiert. Zum anderen geht das Argument, das Gemeinschaftsrecht kenne keine gesellschaftsrechtlichen Kriterien für die Existenz der Gesellschaft, ins Leere, da Art. 48 EG schon nach seinem Wortlaut nur in Ansehung der Gründungsvorschriften ins nationale Recht verweist. Die Frage des Fortbestehens der Gesellschaft bei Verlagerung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland ist demgegenüber keine Frage der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit, sondern des sachlichen Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit nach erfolgter Gesellschaftsgründung<sup>1160</sup>. Andernfalls wäre im übrigen gerade die Auflösung der Gesellschaft als

1153 Grundmann, FS Raiser, S. 81, 95; ders., Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn 839; kritisch zu Recht Junker, ZfA 2005, S. 1, 40.

1154 EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. 81/87 „Daily Mail“, Slg. 1988, S. 5483 Tz 19-24 = NJW 1989, 2186.

1155 EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 „Überseering“, Tz 102 f., ZIP 2002, S. 2037 ff. = NJW 2002, 3614 ff.; zu entscheiden hatte der EuGH in der Rechtssache „Überseering“ nur über die Sitztheorie als Zuzugsbeschränkung, nicht über die hier maßgebliche Auflösungsfolge wegen der Anwendung der Sitztheorie als Wegzugsschranke.

1156 So noch BGH, a.a.O. (Fn. 1145) S. 144; BayObLG, a.a.O. (Fn. 1145), S. 1400; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR Rn. 634 ff.; *Hirte/Bücker-Leible* § 10 Rn. 11.

1157 So auch *Eidenmüller*, JZ 2004, S. 24, 29; *Hirte/Bücker-Forsthoff* § 2 Rn. 22; *Roth*, GS Heinze, S. 709, 713 f.

1158 EuGH, Urt. v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ Tz 54, DB 2004, S. 686 f. = NJW 2004, 2439.

1159 EuGH, a.a.O. (Fn. 1155) „Daily Mail“, Tz 7.

1160 Ähnlich *Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 48 EGV Rn. 11; *Hirte/Bücker-Forsthoff*, § 2 Rn. 22; a.A. *Körper*, Grundfreiheiten, S. 293, 312.

denkbar krasseste Folge einer niederlassungsrechtlich determinierten Entscheidung dem Schutz der Marktfreiheiten entzogen.

Die Frage der Zulässigkeit einer Verwaltungssitzverlegung ist mithin auf der Rechtfertigungsebene für Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit zu beantworten. Selbst wenn man aber den Schutz der Arbeitnehmerinteressen durch das deutsche Regime der Unternehmensmitbestimmung als zwingendes Gemeinwohlinteresse im Sinne der Schrankendogmatik des EuGH ansähe<sup>1161</sup>, könnte sie die Auflösungsfolge keinesfalls rechtfertigen. Einerseits wäre die Auflösung der Gesellschaft eine zur Durchsetzung dieses Gemeinwohlbelangs ungeeignete Rechtsfolge, da sie bereits das Zugriffsobjekt der Unternehmensmitbestimmung beseitigen würde. Zudem kennt das Europarecht selbst für Wegzugsfälle eine abgestufte, auf die hinreichende Information der betroffenen Interessengruppen abzielende und damit wesentlich mildere Rechtsfolge, wie die Regelung zur Sitzverlegung einer SE in Art. 8 SE-VO zeigt<sup>1162</sup>. Folgerichtig kann mit der Verwaltungssitzverlegung (mangels Auflösung der Gesellschaft) auch nicht mehr der Verlust der Steuerobjektsqualität gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG einhergehen, welcher Anknüpfungspunkt der Liquidationsbesteuerung des § 12 Abs. 1 KStG ist. Eine andere Ansicht ist aus steuerrechtlicher Perspektive m.E. spätestens seit der Entscheidung „*Hughes de Lasteyrie du Saillant*“ nicht mehr vertretbar<sup>1163</sup>. Aus umwandlungsrechtlicher Sicht hat der EuGH jüngst in der Rechtsache „*SEVIC Systems AG*“ diese Entwicklung gestärkt<sup>1164</sup>.

Für die Frage nach einer erfolgsversprechenden Mitbestimmungsvermeidung ist damit jedoch wenig gewonnen, da nunmehr mangels erzwungenen Wechsels des Gesellschaftsstatuts der Anknüpfungspunkt für die Unternehmensmitbestimmung in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG erhalten bleibt<sup>1165</sup>. Eine Flucht aus dem deutschen Mitbestimmungsrecht ist mithin durch die bloße Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland nicht möglich.

#### 4. Unternehmensmitbestimmung als Umstrukturierungshemmnis

Infolge dieser nach wie vor bestehenden Hindernisse für eine identitätswahrende Sitzverlegung, mit deren Hilfe der territoriale Anwendungsbereich des MitbestG verlassen werden könnte, wird eine Umstrukturierung des Unternehmens durch Umwandlung des oder der mitbestimmten Rechtsträger in einen oder mehrere mit-

---

1161 Grundlegend EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 „Gebhard“, Tz 35, 37, NJW 1996, S. 597 f. = NVwZ 1996, 365; als zwingenden Gemeinwohlbelang in diesem Zusammenhang anerkannt von Roth, GS Heinze, S. 709, 715 f.

1162 So auch Eidenmüller, JZ 2004, S. 24, 29.

1163 I.E. auch Gosch-Lamprecht, KStG, § 12 Rn. 39.

1164 EuGH, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 „SEVIC Systems AG“ Tz 30 = NJW 2006, 425. Dazu sogleich näher unter § 5B.II.4.b; so vor Erlaß des Urteils auch Wachter, EWIR 2005, S. 581, 582; Geyrhalter/Weber, NZG 2005, S. 837, 838.

1165 Zutreffend Roth, GS Heinze, S. 709, 712.

bestimmungsfreie Rechtsträger zur verbleibenden Vermeidungsstrategie<sup>1166</sup>. Umwandlungsrechtlich begegnen derartige Strategien jedoch vielfältigen Hindernissen, die aus Mitbestimmungsbeibehaltungs- und Sicherungsregelungen des deutschen Rechts sowie des Europarechts resultieren.

#### a. Mitbestimmungsbeibehaltung gem. § 325 Abs. 1 UmwG

Bereits mitbestimmungsrechtlich werden Vermeidungsstrategien in Einzelunternehmen vom deutschen Gesetzgeber durch § 4 MitbestG (für den Fall der GmbH & Co KG) sowie in mehrstufigen Konzernen neben der Zurechnung der Arbeitnehmerzahlen zur ggf. einzigen Kapitalgesellschaft des Verbunds (§§ 5 Abs. 1 und 2 MitbestG) und der Fingierung einer Teilkonzernspitze (§ 5 Abs. 3 MitbestG) drastisch eingeschränkt. In § 325 Abs. 1 S. 1 UmwG schreibt der Gesetzgeber für die Fälle der Abspaltung gem. § 123 Abs. 2 UmwG und der Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG die Beibehaltung des vor der Spaltung zuletzt geltenden Mitbestimmungsstatuts für einen Zeitraum von fünf Jahren vor, sofern infolge der Spaltung die Anwendungsvoraussetzungen der Unternehmensmitbestimmung beim übertragenden Rechtsträger entfallen würden. Eine Ausnahme hiervon gilt gem. § 325 Abs. 1 S. 2 UmwG nur, sofern infolge der Spaltung beim übertragenden Rechtsträger nur noch weniger als 25% der für die Anwendung der jeweiligen Mitbestimmungsvorschriften geltenden Mindestzahl von Arbeitnehmern beschäftigt wäre. Eine Zerlegung des Unternehmens in mitbestimmungsfreie Einheiten wird damit als Mitbestimmungsvermeidungsstrategie weitgehend verhindert<sup>1167</sup>, zumal § 325 Abs. 1 UmwG wegen des Sonderschutzcharakters zum indisponiblen Kern des UmwG (§ 1 Abs. 3 UmwG) zu zählen ist<sup>1168</sup> und daher privatautonome Sonderlösungen ausscheiden.

#### b. Beeinträchtigung grenzüberschreitender Verschmelzungen de lege lata

Als Mitbestimmungsvermeidungsstrategie kommt insbesondere ein „Wegzug“ der Gesellschaft aus dem territorialen Anwendungsbereich des MitbestG durch eine Verschmelzung auf einen Rechtsträger ausländischen Rechts, welche keiner zwingenden Mitbestimmung unterworfen ist, in Betracht<sup>1169</sup>. Der deutsche Gesetzgeber behindert

1166 Die ebenfalls denkbare „Abschmelzung“ der regelmäßigen Arbeitnehmerzahl unter den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG führte einerseits gem. § 1 Abs. 3 MitbestG zur Anwendung des DrittelbG und damit (lediglich) zu einer quantitativen Verringerung der Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat und dürfte auch wirtschaftlich gesehen unpraktikabel sein.

1167 Beendet werden könnte m.E. die Beibehaltungswirkung durch eine Kombination von Spaltungslösung und „Abschmelzung“ der Unternehmensbelegschaft des übertragenden Rechtsträgers auf unter 25% des Mitbestimmungsschwellenwertes.

1168 *Semler/Stengel-Simon*, § 325 UmwG Rn. 25; *Lutter/Joost*, § 325 UmwG Rn. 36.

1169 Ein Formwechsel gem. § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG hin zu einer Auslandsgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland scheidet wegen des Numerus Clausus der verschmelzungsfähigen Rechtsträger gem. § 3 UmwG auch nach der Entscheidungstria des EuGH zur Niederlassungsfreiheit aufgrund

durch die gegenwärtige Fassung des UmwG derartige grenzüberschreitende Umwandlungen, da § 1 Abs. 1 UmwG das Instrumentarium des UmwG nur „Rechtsträgern mit Sitz im Inland“ gewährt. In der Praxis scheitern grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge damit, neben der bislang nicht befriedigend gelösten Frage nach dem maßgeblichen auf die statt der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge notwendig werdende Einzelrechtsnachfolge anzuwendenden Recht, vielfach an der fehlenden steuerrechtlichen Privilegierung<sup>1170</sup>.

M.E. ist das durch § 1 Abs. 1 UmwG verursachte Wegzugshindernis für deutsche Gesellschaften aus ähnlichen Gründen wie die Beschränkungen einer grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung wegen des hierin liegenden Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 43, 48 EG europarechtswidrig. Etwaige Fiskalinteressen des Wegzugsstaates sind nach der „*Lasteyrie du Saillant*-Entscheidung“ des EuGH allein wohl schon kein rechtfertigungsfähiges Allgemeininteresse mehr. Selbst wenn man dies für die Interessen von Minderheitsgesellschaftern oder die Arbeitnehmerinteressen an der Erhaltung des deutschen Mitbestimmungsregimes unterstellte, ist ein Totalverbot sicher unverhältnismäßig, da das Europarecht selbst in Verschmelzungsfällen in Form des Minderheitenschutzes in der SE-VO sowie des Arbeitnehmerschutzes in der SE-RL für den übertragenden Rechtsträger mildere Schutzrechte gewährleistet<sup>1171</sup>. Bestätigt wird dies durch die Begründung der Schlußanträge des Generalanwalts *Tizzano* in der Rechtssache „*SEVIC Systems AG*“<sup>1172</sup>. Unter Berufung auf § 1 Abs. 1 UmwG, hatte das AG Neuwied als zuständiges Registergericht die Eintragung der Verschmelzung der aufnehmenden *SEVIC Systems AG* mit der übertragenden luxemburgischen *Vision Concept SA* in das Handelsregister versagt. Der Generalanwalt hat zu Recht § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG wegen Verstoßes gegen Artt. 43, 48 EG für europarechtswidrig gehalten. Zwar betraf diese, vom EuGH am 13.12.2005 entschiedene Vorlagefrage einen „Zuzugsfall“ und nicht die für die

- 
- der beim Formwechsel legitimen Beschränkung auf Gesellschaften mit Satzungssitz in Deutschland aus. Näher hierzu *Lutter/Drygala*, § 1 UmwG Rn. 26; *Semler/Stengel*, § 1 UmwG Rn. 49 m.w.N.
- 1170 Zur Frage des maßgeblichen Rechts *Geyrhalter/Weber*, NZG 2005, S. 837 f.; zur steuerrechtlichen Dimension *Lutter/Schaumburg/Schumacher*, Einl. UmwG Rn. 77.
- 1171 Für den Minderheitenschutz die Informationsrechte gem. Artt. 20, 24 SE-VO, für den Mitbestimmungsschutz die Auffangregelung in Art. 7 Abs. 2 lit. b SE-RL. Ein Widerspruch zur hier vertretenen Zulässigkeit der Beschränkung der identitätswahrenden Satzungssitzverlegung (siehe dazu § 5B.II.3.a) liegt darin nicht, da zwar in beiden Fällen der übertragende Rechtsträger erlischt, dies im Verschmelzungsfall aber gerade die von den beteiligten Gesellschaften erstrebte Rechtsfolge ist und zudem Verschmelzungsfälle gleich mehrere Rechtsträger und insbesondere die ebenfalls niederlassungsrechtlich geschützte Gründungsfreiheit des aufnehmenden Rechtsträgers berühren.
- 1172 EuGH GA (Antonio Tizzano) Schlußanträge v. 7.7.2005 – Rs. C 411/03, ZIP 2005, S. 1227 ff. (auf Vorlage des LG Koblenz, Beschl. v. 16.9.2003 – 4 HK.T 1/03, ZIP 2003, S. 2210 f. = NZG 2003, 1124); ebenso *Kuntz*, EuZW 2005, S. 524, 527 f.; *Wachter*, EWIR 2005, S. 581, 582; vorsichtiger *Geyrhalter/Weber*, NZG 2005, S. 837, 838; zuvor schon *Lutter/Drygala*, § 1 UmwG Rn. 21 ff.; *Schwark*, AG 2004, S. 173, 179.

Mitbestimmungsvermeidungsstrategie allein interessante Wegzugsfrage<sup>1173</sup>. Unabhängig von der zu beantwortenden umwandlungsrechtlichen Vorlagefrage hat der Generalanwalt aber im Wege eines *obiter dictum* unter ausdrücklichem Verweis auf die „*Lasteyrie du Saillant*-Entscheidung“ die Frage positiv beantwortet, ob § 1 Abs. 1 UmwG als Wegzugsverbot gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt<sup>1174</sup>. Zu Recht ist die niederlassungsrechtliche Rechtslage wegen des Vorrangs des Primärrechts hierdurch unabhängig von der „Richtlinie 2005/56/EG vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten“<sup>1175</sup> (Verschmelzungsrichtlinie) zu bewerten<sup>1176</sup>. Eine Rechtfertigung von Wegzugsverboten durch Kontrollinteressen des Wegzugsstaates hält der Generalanwalt zudem für eindeutig unverhältnismäßig<sup>1177</sup>. Damit kann die Beibehaltung der Unternehmensmitbestimmung bei Hinausverschmelzungen jedenfalls ein Totalverbot in Zukunft nicht mehr rechtfertigen. Will der deutsche Gesetzgeber das Mitbestimmungsniveau in diesen Fällen schützen, muß er die Verschmelzungsrichtlinie zeitnah umsetzen. Der EuGH hat in der Rechtssache „*SEVIC Systems AG*“ die Rechtslage für Wegzugsfälle wegen seiner Bindung an die gestellte Vorlagefrage zwar nicht endgültig klären können<sup>1178</sup>, aber zumindest angedeutet, daß ein Totalverbot allgemein an der Rechtfertigungsschwelle der Erforderlichkeit scheitern muß<sup>1179</sup>.

Bis zu einem klärenden Judikat des EuGH für Wegzugsfälle ist gleichwohl zumindest faktisch bzw. spätestens nach der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht auch rechtlich<sup>1180</sup> eine grenzüberschreitende Umwandlung in eine Gesellschaft ausländischer Rechts erheblich eingeschränkt.

### c. Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vom 23.8.1994

Außerhalb der Rechtsfiguren des UmwG sind grenzüberschreitende Umwandlungen von § 1 Abs. 1 UmwG nicht berührt. Die Einbringung eines Unternehmens oder Unternehmensteils in eine bereits existierende oder gleichzeitig gegründete ausländische Gesellschaft im Wege der Einzelrechtsübertragung oder ein Anteils-tausch ist daher ohne weiteres zulässig. Diese grenzüberschreitenden Vorgänge sind

1173 EuGH, a.a.O. (Fn. 1164) „*SEVIC Systems AG*“ Tz 10, 31.

1174 EuGH GA (Antonio Tizzano), a.a.O. (Fn. 1173), S. 1230 Tz 45.

1175 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005, ABI. L 310/1 v. 25.11.2005; zur Verschmelzungsrichtlinie aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht näher unter § 5B.II.4.e.

1176 EuGH GA (Antonio Tizzano), a.a.O. (Fn. 1173), S. 1232 Tz 68; a.A. *Drygala*, ZIP 2005, S. 1995, 1999.

1177 EuGH GA (Antonio Tizzano), a.a.O. (Fn. 1173), S. 1231 f. Tz 65.

1178 Zu dieser Bindung *Geiger*, EUV/EGV, Art. 234 Rn. 5.

1179 EuGH, a.a.O. (Fn. 1165), „*SEVIC Systems AG*“ Tz 30; zu weitgehend hierzu *Drygala*, EWIR 2006, S. 25, 26: „Aufgabe der „Daily Mail“-Doktrin durch den EuGH.“

1180 Zur beschränkenden Wirkung der Verschmelzungsrichtlinie gegenüber Mitbestimmungsvermeidungsstrategien siehe § 5B.II.4.e.

innerhalb der EU nach der steuerlichen Fusionsrichtlinie<sup>1181</sup> sogar steuerlich zu privilegieren, was der deutsche Gesetzgeber in § 23 UmwStG umgesetzt hat. Sofern bei diesen Vorgängen aber die Voraussetzungen der Unternehmensmitbestimmung wegfallen, ist der nationale Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 der Richtlinie 90/434/EWG v. 23.7.1990 ermächtigt worden, Vorkehrungen zur Sicherung der Unternehmensmitbestimmung zu treffen. Infolgedessen ist das Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vom 23.8.1994 ergangen<sup>1182</sup>, dessen § 1 die an sich wegfallenden Anwendungsvoraussetzungen der Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung als fortbestehend fingiert. Eine Ausnahme gilt hiervon nur bei Verzicht auf die steuerliche Privilegierung gem. § 2 Abs. 1 Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz oder bei Absinken der Arbeitnehmerzahl des übertragenden Rechtsträgers auf weniger als 25% der Anwendungsgrenze des jeweiligen Mitbestimmungsgesetzes, im Fall des MitbestG also auf unter 500 regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer. Eine Mitbestimmungsvermeidung wird auf diesem Wege in der Praxis wirtschaftlich sinnlos.

#### **d. Struktursichernde Verhandlungslösung bei Gründung einer SE**

Grundsätzlich kommt für deutsche mitbestimmte Aktiengesellschaften auch die Gründung einer SE als Mitbestimmungsvermeidungsstrategie in Betracht<sup>1183</sup>. Die bislang nach deutschem Umwandlungsrecht streitigen Varianten der Herausumwandlung bzw. der Verschmelzung mit einer ausländischen Gesellschaft auf eine ausländischem Recht unterliegende SE sind hier von vornherein gem. Art. 2 Abs. 1 und 4 SE-VO zulässig. Die grundsätzlich wettbewerbsfördernde Verhandlungslösung für das maßgebliche Mitbestimmungsniveau im Aufsichtsorgan einer SE wird aber zum einen durch die Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens selbst in Art. 3 Abs. 4 SE-RL, § 15 SEBG, zum anderen durch die im Fall des Scheiterns der Verhandlungen eingreifende gesetzliche Auffanglösung der Art. 7 SE-RL, §§ 22, 34-38 SEBG weitgehend wieder verlassen.

#### **[1] Immanente Grenzen der Verhandlungsfreiheit**

Bereits im Verhandlungsverfahren selbst wird durch Art. 3 Abs. 4 SE-RL und § 15 Abs. 3 SEBG die Vertragsfreiheit der Verhandlungspartner beschränkt. Für den Fall, daß das Verhandlungsergebnis eine „Minderung der Mitbestimmungsrechte“ zur Folge hätte, ist nämlich eine doppelt qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der Gremiumsmitglieder und der in zwei Mitgliedstaaten repräsentierten Arbeitnehmerzahl erforderlich. Dies gilt im Fall der Verschmelzungsgründung, wenn mindestens 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften bzw. im Fall der

---

1181 RL 90/434/EWG v. 23.7.1990, Abl. Nr. L 225 v. 20.8.1990.

1182 BGBl. I S. 2228, abgedruckt bei Großkomm.AktG-Oetker, Vorbem. MitbestG Rn. 53.

1183 Zu den Gründungsstrukturvarianten siehe § 2D.I.1.a.[1]. Zu Gestaltungsvarianten, die freilich einem erheblichen Risiko des Gestaltungsmissbrauchs nach Art. 11 SE-RL, §§ 43, 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG begegnen, näher Rehberg, ZGR 2005, S. 859, 860 ff.

Gründung einer Holding-SE oder einer Sekundärgründung wenn mindestens 50% der Arbeitnehmer einem höheren Mitbestimmungsniveau unterliegen<sup>1184</sup>.

Der Wortlaut des § 15 Abs. 3 SEBG geht durch die Einbeziehung auch der Tochtergesellschaften der Gründungsgesellschaften zur Ermittlung der Schwellenwerte sogar über diese Regelung hinaus. Diese Umsetzung ist m.E. europarechtswidrig, da der Gesetzgeber seine Umsetzungskompetenz überschreitet: Der Wortlaut der Richtlinie ist eindeutig. Ein Redaktionsversehen liegt nicht vor, da dem Richtliniengeber die Bedeutung der Unterscheidung zwischen beteiligten Gesellschaften und Tochtergesellschaften aufgrund der Legaldefinitionen des Art. 2 lit. b, d SE-RL bekannt war. Eine unter Einhaltung des Regelungsplans des Richtliniengebers grundsätzlich zulässige „überschießende Richtlinienumsetzung“<sup>1185</sup> scheidet aus, da das sog. „Vorher-Nachher-Prinzip“ des 18. Erwägungsgrundes der SE-RL nur dann eine Ausdehnung der deutschen Mitbestimmungsnormen der §§ 2 Abs. 1 DrittelbG, 5 Abs. 1 MitbestG und 1 Abs. 4 Montan-MitbestG auf die SE gerechtfertigt hätte, wenn sich die Auswirkungen allein auf deutsche Gesellschaften bezogen hätten<sup>1186</sup>. So aber wird anderen Mitgliedstaaten durch die Hintertür ein deutsches Zurechnungsmodell aufoktroiert. Diese grenzüberschreitende Zurechnung ist im übrigen selbst aus Sicht des MitbestG systemfremd, da nach allgemeiner Ansicht<sup>1187</sup> die deutschen Zurechnungsvorschriften ebenfalls keine Zurechnung von Arbeitnehmern ausländischer Konzerntöchtern vorsehen.

Eine „Minderung der Mitbestimmung“ in diesem Sinne liegt vor, wenn das vom Verhandlungsgremium befürwortete Beteiligungsniveau im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgan das höchste Beteiligungsniveau der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften unterschreitet, Art. 3 Abs. 4 S. 3 SE-RL, § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG. Auch an dieser Stelle geht der deutsche Gesetzgeber in § 15 Abs. 3 Nr. 2 SEBG über den Wortlaut der Richtlinie hinaus, indem er nicht nur eine Minderung der Beteiligungsquantität, sondern auch der Beteiligungsqualität für maßgeblich erklärt. Diese Umsetzung ist ein erneutes Zeugnis deutschen Regulierungseifers. Europarechtswidrig ist sie m.E. ausweislich des 18. Erwägungsgrundes der SE-RL aber noch nicht<sup>1188</sup>.

1184 Eine noch weitergehende Ausnahme bildet die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE gem. Art. 2 Abs. 4 SE-VO, bei der das deutsche Mitbestimmungsniveau ohne jegliche Verhandlung konserviert ist, Art. 4 Abs. 4 SE-RL, §§ 21 Abs. 6 S. 1, 35 Abs. 1 SEBG. In § 21 Abs. 6 S. 2 SEBG ist zudem klarstellt, daß dasselbe für einen gleichzeitigen Strukturwandel der Spitzenverfassung vom dualistischen zum monistischen System gilt.

1185 *Grabitz/Hilf-Nettesheim*, Art. 249 EG Rn. 133, 151.

1186 Anders aber die Begründung des Gesetzgebers, BR-Drucks. 438/04, S. 124; ablehnend zu Recht: *DAV-Handelsrechtsausschuß*, NZG 2004, S. 957, 960; *Manz/Mayer/Schröder-Hennings*, Teil C, Art. 3 SE-RL Rn. 93; *Kallmeyer*, ZIP 2004, S. 1442 f.

1187 *Großkomm.AktG-Oetker*, § 5 MitbestG Rn. 33; *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 29.

1188 A.A. gestützt auf die unbelegte Behauptung eines bewußt engen Wortlauts des Art. 3 SE-RL *Grobys*, NZA 2004, S. 779, 781; *Manz/Mayer/Schröder-Hennings*, Teil C, Art. 3 SE-RL Rn. 92.

## [2] Gesetzliche Auffanglösung

Die gesetzliche Auffanglösung zur Unternehmensmitbestimmung nach Teil 3 des Anhangs zur SE-RL, § 35 SEBG kommt gem. Art. 7 Abs. 1 SE-RL §§ 22, 34 SEBG grundsätzlich zur Anwendung, sofern die Parteien innerhalb der einmalig verlängerbaren Einigungsfrist von sechs Monaten<sup>1189</sup> zu keiner Einigung kommen oder sie die Anwendung der gesetzlichen Auffanglösung vereinbaren<sup>1190</sup>. Diese besteht in den Fällen der Verschmelzungsgründung, der Gründung einer Holding-SE sowie der Gründung einer Tochter-SE darin, daß sich die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan nach dem diesbezüglich höchsten Anteil in den Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften bemißt (Anhang Teil 3 der SE-RL, § 35 Abs. 2 S. 2 SEBG), sofern die bereits im Verhandlungsstadium zur Mitbestimmungssicherung führenden Beteiligungsschwellen von 25% bzw. 50% der Unternehmensmitbestimmung unterliegenden Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften überschritten werden<sup>1191</sup>. Im Fall der Umwandlung in eine SE wird gem. Art. 7 Abs. 2 lit. a SE-RL, § 35 Abs. 1 SEBG ohnehin von vornherein das Höchstniveau an Unternehmensmitbestimmung konserviert. Dies gilt aufgrund der Verankerung in der SE-RL unabhängig von der Wahl des Inkorporationsstaats, also selbst im Fall der Inkorporation in einem Mitgliedstaat, der keine Form der Unternehmensmitbestimmung kennt, etwa in Großbritannien<sup>1192</sup>. Hinzu kommt, daß das besondere Verhandlungsgremium auch bei Unterschreiten der Beteiligungsschwellen durch einseitigen Beschluß diese „Maximalbeteiligungslösung“ zur Anwendung bringen kann, Art. 7 Abs. 2 lit. b Spiegelstrich 2 und 3, § 34 Abs. 2 Nr. 2 lit. b und 3 lit. b SEBG. Damit ist die Verhandlungslösung wegen des fehlenden Verhandlungsanreizes für das besondere Verhandlungsgremium ihrer wettbewerbsfördernden Intention beraubt worden<sup>1193</sup>. Die Auffangregelung zementiert schließlich inhaltlich das höchste Mitbestimmungsniveau der beteiligten Gesellschaften, da sie die quantitative Maximallösung der Unternehmensmitbestimmung selbst in Konstellationen zum gesetzlichen Regelfall erklärt, in denen lediglich eine beteiligte Gesellschaft der Unternehmensmitbestimmung unterliegt und die Inkorporationsjurisdiktion keine Unternehmensmitbestimmung kennt. Da das deutsche Mitbestimmungsniveau in Kapitalgesellschaften mit mehr als 2.000 Beschäftigten

1189 Die Verfahrensdauer ist gem. Art. 5 SE-VO, § 20 SEBG grundsätzlich auf sechs (konsensual verlängerbar auf maximal 12 Monate) Monate begrenzt.

1190 Eine Ausnahme gilt für den Fall des Verhandlungsabbruchs durch ein beteiligtes Leitungsorgan oder durch das besondere Verhandlungsgremium, Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-RL, § 22 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 16 SEBG, wobei sich letztere Vorschrift nur auf das besondere Verhandlungsgremium bezieht. Diese unvollständige Umsetzung dürfte in der Praxis unschädlich sein, da eine Errichtung der SE ohne Konsens aller Gründer nicht eingetragen werden kann, Artt. 12 Abs. 2, 16 SE-VO.

1191 Art. 7 Abs. 2 SE-RL, § 34 Abs. 1 Nrn. 2, 3 SEBG. Auch hier ist der Einbezug von Tochtergesellschaften europarechtswidrig.

1192 *Rebhahn*, ZAAR, § 2 Rn. 8.

europaweit singulär ist, werden deutsche Gesellschaften schwerlich einen ausländischen SE-Gründungspartner finden<sup>1194</sup>. Die Umwandlungsgründung läßt überdies wie gezeigt ohnehin das vor der Umwandlung bestehende Beteiligungsniveau unberührt und ist als Vermeidungsstrategie von vornherein untauglich. Da nach Art. 66 Abs. 1 SE-VO zudem die Folgeumwandlung einer SE in eine mitbestimmungsfreie Auslandsgesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach der Gründung ausgeschlossen wird, lohnt letztere wohl noch nicht einmal als Zwischenschritt zu einer grundlegenden Mitbestimmungsvermeidung<sup>1195</sup>.

### [3] Sonderproblem: Paritätische Unternehmensmitbestimmung bei monistischer Leitungsstruktur

Überdies beinhaltet die durch Art. 38 lit. b SE-VO geschaffene und durch die §§ 20 ff. SEAG konkretisierte Möglichkeit der Strukturwahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen Modell der Spitzenverfassung der Gesellschaft weiteren Konfliktstoff. Nach § 24 Abs. 1 SEAG ist zwar eine Übertragung der paritätischen Mitbestimmung auch in die monistische Spitzenverfassung einer SE mit der Folge möglich, daß die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat entsprechend der Regelung des MitbestG für deutsche Aktiengesellschaften ausschließlich als nicht geschäftsführende Direktoren der Gesellschaft agieren werden<sup>1196</sup>. Sofern nun auch Mitglieder des Verwaltungsrats und nicht lediglich Dritte gem. § 40 Abs. 1 S. 3 SEAG i.V.m. § 76 Abs. 3 AktG zu geschäftsführenden Direktoren bestellt würden, hätten die Arbeitnehmervertreter zwar unter den nicht geschäftsführenden Direktoren numerisch die Mehrheit, sofern im Einzelfall die zu geschäftsführenden Direktoren bestellten Verwaltungsratsmitglieder von der Abstimmung (etwa bei Abberufungsentscheidungen gem. § 40 Abs. 5 SEAG) ausgeschlossen wären. Ohne eine entsprechende Reaktion des Gesetzgebers hätte ein derartiges Übergewicht den Leitlinien der Rechtsprechung des BVerfG im Mitbestimmungsurteil folgend gegen die Eigentumsfreiheit der Anteilseignerseite gem. Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen, für

1193 Deutlich *Fleischer*, AcP 204 (2004), S. 502, 535 m.w.N. zur entsprechenden Beurteilung derartiger „majoritarian default rules“ aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht.

1194 Diese Einschätzung teilen zu Recht *Fleischer*, AcP 204 (2004), S. 502, 535 f.; *Grundmann*, FS Raiser, S. 81, 93; *Hopt*, ZIP 2005, S. 461, 471; *Junker*, ZfA 2005, S. 1, 36 f.; *Thüsing*, ZIP 2004, S. 381, 388; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 271, 272; a.A. *Köstler*, ZGR 2003, S. 800, 801 f.

1195 Das von *Kübler*, FS Raiser, S. 247, 254 ff. hierzu entworfene Szenario ist daher m.E. nicht praxisrelevant. Weitere Gestaltungsvarianten konfliktieren im übrigen leicht mit dem Mißbrauchsverbot des Art. 11 SE-RL und sind damit einem wirtschaftlich erheblichen Risiko ausgesetzt. Weiterführend *Rehberg*, ZGR 2005, S. 859, 860 ff., 891 f.

1196 Dies folgt aus den ein Übergewicht der Anteilseignerseite sichernden Vorschriften zur Wahl der Vorstandsmitglieder durch den mitbestimmten Aufsichtsrat, die eine Besetzung der Stellen der geschäftsführenden Direktoren allein durch die Anteilseignerseite garantieren, §§ 84 f. AktG i.V.m. §§ 31 Abs. 4, 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG, für die SE entsprechend Art. 45, 50 Abs. 2 SE-VO.

deren Schutz das Stimmenübergewicht der Anteilseignerseite entscheidend ist<sup>1197</sup>. Der Gesetzgeber hat m.E. mittlerweile die Einbindung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung in die monistische Spitzenverfassung in § 40 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 3 SEAG bewältigt: Der verfassungsrechtliche Mindestschutz der Anteilseignerseite wird nun durch eine Stimmrechtskumulation beim stets von der Anteilseignerseite zu bestimmenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats unabhängig von der zahlenmäßigen Unterlegenheit der Anteilseignervertreter unter den nicht geschäftsführenden Direktoren erreicht, § 35 Abs. 3 SEAG, Art. 45 SE-VO. Die abweichende Ansicht von *Henssler* ist m.E. nicht überzeugend, da sie zwar die Gewährleistung eines solchen Stimmenübergewichts konstatiert, dennoch aber bezogen auf die Kontrollfunktion des Verwaltungsrats ein „faktisches Übergewicht“ der Arbeitnehmervertreter befürchtet<sup>1198</sup>. Worin dieses bestehen soll, wenn sich das Ergebnis einer Kontrolltätigkeit in einem Beschluß des Kontrollgremiums manifestiert, in dem qua Stimmrechtskumulation die Anteilseignerseite dominiert, ist nicht einzusehen. Unabhängig von der Verfassungsfrage ist aber m.E. schwer zu begründen, warum sich ausländische Unternehmen angesichts der komplizierten und für andere Rechtsordnungen systemfremde Mitbestimmungsregelung auf eine „deutsche SE“, zumal eine solche mit monistischer Spitzenverfassung, einlassen sollten.

#### **e. Mitbestimmungsbeibehaltung nach der Verschmelzungsrichtlinie**

Die Verschmelzungsrichtlinie vom 26.10.2005<sup>1199</sup> wird den zur Umsetzung in nationales Recht bis 24 Monate nach Inkrafttreten mit Verkündung im Amtsblatt verpflichteten Gesetzgeber zur Korrektur der schon gegenwärtig europarechtswidrigen Umwandlungsschranken zwingen. Damit wird in Zukunft ausweislich der ersten beiden Erwägungsgründe sowie des Art. 1 der Verschmelzungsrichtlinie jeder in einem EU-Mitgliedsland niedergelassenen Kapitalgesellschaft die grenzüberschreitende Verschmelzung mit einer anderen Kapitalgesellschaft ermöglicht sein.

Aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht wiederholt der Richtliniengeber hingegen den in der SE-RL begangenen Kardinalfehler: In Art. 16 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie wird zwar grundsätzlich das Mitbestimmungsniveau des Inkorporationsortes der Zielgesellschaft für maßgeblich erklärt. Nach Art. 16 Abs. 2 gilt dies jedoch nur,

---

1197 BVerfG, a.a.O. (Fn. 47), S. 346; entsprechende verfassungsrechtliche Bedenken (vor Erlaß des § 35 Abs. 3 SEAG) äußert *Roth*, ZfA 2004, S. 431, 452 f.; unzutreffend dagegen *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, S. 369, 372 f. nach Einführung des § 35 Abs. 3 SEAG, die offenbar von einer aktiven Geschäftsführung durch die lediglich zu nicht geschäftsführenden Direktoren bestellten Arbeitnehmervertreter ausgehen. Dies widerspricht den Regelungen der §§ 40 Abs. 2 S. 1 und 41 Abs. 1 SEAG.

1198 *Henssler*, GS Heinze, S. 333, 338 f.; ebenso *Seibt*, AG 2005, S. 413, 425; dagegen (beschränkt allerdings auf die Beurteilung von Kontrollentscheidungen) zutreffend *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, S. 369, 375.

1199 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005, ABl. L 310/1 v. 25.11.2005. Gem. Art. 20 tritt die Richtlinie am 16.12.2005 in Kraft.

wenn nicht eine der beteiligten Gesellschaften mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und einem System der Unternehmensmitbestimmung i.S.v. Art. 2 lit. k SE-RL unterworfen ist oder wenn das Mitbestimmungsniveau der Zielgesellschaft dasjenige der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften übersteigt. Andernfalls verweist Art. 16 Abs. 3 umfänglich auf die Mitbestimmungslösung der SE-RL für Verschmelzungsfälle mit der einzigen Besonderheit, daß die Schwellenwerte in Art. 7 Abs. 2 lit. b SE-RL für die Anwendung der Maximalauffanglösung gem. Art. 16 Abs. 3 lit. e der Verschmelzungsrichtlinie von 25% auf 33 1/3% angehoben werden. Einen von der Auffanglösung abweichenden niedrigeren Mitbestimmungsstandard, etwa den an sich nach dem Sitz der Zielgesellschaft geltenden, kann das besondere Verhandlungsgremium gem. Art. 16 Abs. 4 lit. b nur mit doppelter Zwei-Drittel-Mehrheit aus Gremiumsmitgliedern und vertretenen Arbeitnehmern beschließen. Dies gilt gem. Art. 16 Abs. 4 lit. c wiederum nicht in Fällen der Beteiligung zumindest einer Gesellschaft, deren Aufsichtsorgan zu mindestens einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt ist. „Abgerundet“ wird der Schutzkordon gegen mitbestimmungsvermeidende Umstrukturierungen schließlich durch Art. 16 Abs. 7 der Verschmelzungsrichtlinie, wonach den Mitgliedstaaten vergleichbar mit § 325 UmwG eine Pflicht zur Regelung einer dreijährigen Mitbestimmungsbeibehaltung auferlegt wird, um Folgeumstrukturierungen zu verhindern. Die verglichen mit der SE-Gründung höheren Schwellenwerte für die Anwendung der gesetzlichen Auffanglösung dürften mitbestimmten Aktiengesellschaften angesichts der aufgezeigten Barrieren gegen mitbestimmungsvermeidende Umstrukturierungen damit allenfalls die Wahl im Verhältnis zur SE-Gründung erleichtern. Warum dieser Schwellenwert nicht für die SE selbst sinnvoll sein soll, ist m.E. nicht ersichtlich. Daß dieser Unterschied im „Charakter der supranationalen SE“ begründet sei<sup>1200</sup>, ist kein Sachargument. Vielmehr reiht sich die Verschmelzungsrichtlinie nahtlos in das maßgeblich auf deutschen Einfluß zurückgehende<sup>1201</sup> Mitbestimmungspetpetuierungsprogramm der SE-Statute ein und wird grenzüberschreitende Hinausverschmelzungen aus Deutschland aus der Sicht ausländischer Zielgesellschaften unattraktiv machen<sup>1202</sup>. Durch die Anwendbarkeit der Verschmelzungsrichtlinie auch auf kleinere Kapitalgesellschaften wird das „Regulierungskorsett“ damit sogar noch weiter verengt.

---

1200 So *Koberski*, FS Wissmann, S. 474, 486.

1201 *Neye*, FS Röhrich, S. 443, 451; vgl. auch den Antrag der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Für eine qualifizierte Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Fusionen“ v. 30.6.2004, BT-Drucks. 15/3466.

1202 So auch im Entstehungsprozeß zur Vorgängervorschrift des Art. 14 des Richtlinienentwurfs (KOM (2003) 703 endg.) Bayer, BB 2004, S. 1, 9; *Eidenmüller*, JZ 2004, S. 24, 33; *Junker*, ZfA 2005, S. 1, 38; a.A. *Koberski*, FS Wissmann; S. 474, 488.

### III. Zwischenergebnis

Durch systemimmanente Strategien lassen sich allenfalls die auftretenden Symptome eines mitbestimmungsbedingt beeinträchtigten Kontrollverhaltens korrigieren. Stringent anreizbezogene Vergütungsstrategien können bei Arbeitnehmervertretern in der Praxis wegen der etablierten Abführungsobliegenheit gegenüber der *Hans-Böckler-Stiftung* von vornherein nicht wirken. Echte Modifikationen des Mitbestimmungsregimes sind wegen des gesetzlich zwingenden Status Quo nur in Form von aus Corporate Governance-Perspektive uninteressanten Erweiterungen unterparitätischer Mitbestimmung möglich. Mitbestimmungsvermeidungsstrategien sind selbst nach der Eröffnung des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für die Unternehmen nach wie vor mit hohen wirtschaftlichen Kosten in Form der Liquidationsbesteuerung sowie hohen „Strukturkosten“ infolge einer Auslandsneugründung oder einer Umwandlung in eine Personengesellschaft verbunden bzw. unterfallen den Sondervorschriften zur Mitbestimmungsbeibehaltung nach deutschem Recht. Aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht wird sich hieran auch auf europäischer Ebene nichts ändern. Die sehnlich erwarteten und zum Teil sogar bereits umgesetzten sekundärrechtlichen Rechtsakte zur SE-Gründung, grenzüberschreitenden Verschmelzung und Satzungssitzverlegung geben den Unternehmen insofern Wasser statt Brot, da sie zwar Verhandlungslösungen zum Mitbestimmungsniveau etablieren, aber durch gesetzliche Maximalauffanglösungen Strukturänderungen sehr unattraktiv machen. Versuche, das Mitbestimmungsbeibehaltungsregime mit der Erwartung einer faktisch konflikt-dämpfenden Wirkung auf die Widerstandsbereitschaft der Unternehmensbelegschaften in Umstrukturierungsfällen zu rechtfertigen, begegnen im übrigen denselben Einwänden, die bereits gegen eine partizipationstheoretische Rechtfertigung des zwingenden deutschen Mitbestimmungsregimes sprechen<sup>1203</sup>.

---

1203 Dazu eingehend unter § 3B.IV.

## § 6 Ergebnisse und rechtspolitische Folgen

1. Im Rahmen seines Leitungsermessens hat der Vorstand der Aktiengesellschaft vorrangig die Interessen der Anteilseigner zu verwirklichen, sofern diese nicht kraft der ihnen zukommenden Satzungshoheit anderes festlegen. Die in dieser Beziehung Anteilseigner-Management entstehenden Informationsasymmetrien zu kompensieren, ist Aufgabe marktgesteuerter und institutioneller Corporate Governance-Mechanismen. Letztere sind neben der nachgelagerten Frage der Organhaftung im System der Unternehmensverfassung verortet.
  
2. Die dualistische Struktur der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft ist sowohl rechtshistorisch als auch rechtsökonomisch mit der sinnvollen weitgehenden Rücknahme unmittelbarer Kontrollansprüche der Gesellschafterversammlung zu erklären. Aus der gesellschaftsrechtlichen Systematik folgt dennoch ein umfassender Kontrollanspruch allein der Anteilseigner. Erklärungsversuche eines mittelbaren Kontrollanspruchs der Arbeitnehmer sind aus gesellschaftsrechtlicher wie aus arbeitsrechtlicher Sicht systemwidrig und daher nicht erfolgversprechend. Dies verkennen sowohl die Reformmodelle, die (und sei es als bloße Auffanglösung) eine Reduktion des Paritätsniveaus auf eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vorsehen, als auch der Vorschlag der Verlagerung der Unternehmensmitbestimmung in einen Konsultationsrat außerhalb der Unternehmensverfassung.
  
3. Europarechtliche Vorgaben der Umsetzungsakte des Aktionsplans der Kommission bewirken ebenso wie die neue Rechtsform der Societas Europaea und der DCGK eine Konzentration der Corporate Governance-Debatte auf die Transparenzinteressen der Anteilseigner. Der deutsche Standort muß sich damit zunehmend kritische Fragen nach der Funktionsfähigkeit des Regimes der Unternehmensmitbestimmung gefallen lassen. Hieran kann der beschränkte Regierungsauftrag der Kodexkommission, durch den die Kommission zur Ausklammerung der Unternehmensmitbestimmung aus den Reformüberlegungen gezwungen war, nichts ändern. Die Empfehlungen des DCGK haben zwar nur eine eingeschränkte Indiz- und Bestätigungswirkung ohne rechtsnormativen Anspruch. Für die Frage nach funktionsgerechter Corporate Governance lassen sich aus ihm aber Parameter ablesen, die vorsichtig auch auf mitbestimmungsrechtlich indizierte Fragestellungen anwendbar sind.

4. Die Funktionen, die der Gesetzgeber und Teile der Literatur der Unternehmensmitbestimmung zugedacht hatten, erweisen sich bis auf die Teilhabefunktion als nicht tragfähig. Weder verfassungsrechtlich noch wirtschaftlich ist die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat geboten. Eine Gemeinwohlorientierung der Unternehmensführung können mitbestimmte Aufsichtsräte ebensowenig wie eine Kompensation wirtschaftlicher Macht gewährleisten. Beides gewährleistet eine freiheitlich-marktwirtschaftlich geprägte Rechtsordnung durch die Festlegung einer Rahmenordnung, nicht über abstrakte Handlungsrestriktionen der Marktakteure.
5. Als Durchführungsweg der Teilhabe ist die Unternehmensmitbestimmung vertragsrechtsakzessorisch zu verstehen. Eine Ordnungsfunktion erfüllt die Unternehmensmitbestimmung mithin nicht. Formale Legitimation gegenüber den betroffenen Unternehmen und ihren Kapitaleignern einerseits sowie den Arbeitnehmern andererseits erfährt sie allein durch den privatrechtsbeschränkenden Eingriff des Gesetzgebers. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter durch die Belegschaft ist daher nicht Ausdruck demokratischer Legitimation, sondern der Entscheidung des Gesetzgebers für einen zwar plausiblen, aber nicht zwingenden Durchführungsweg der Interessenrepräsentation. Die *de lege lata* gegebene Zwangswahl belegschaftsexterner Gewerkschaftsvertreter ist daher auch durch den Teilhabebegedanken nicht zu rechtfertigen. Denkbar ist sonach (*de lege ferenda*) allenfalls eine freiwillige Wahl nach Wahlvorschlägen „aus der Mitte der Belegschaft“.
6. Materieller Ausgangspunkt und gleichzeitig strukturelle Grenze jeden Teilhabeanspruchs ist damit die mögliche Auswirkung unternehmerischer Entscheidungen auf den Bestand und die Fortentwicklung der arbeitsvertraglichen Bindung der Parteien. Innerhalb dessen beschränken die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Unternehmen und ihrer Anteilseigner gem. Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) sowie die aufgrund von Art. 14 Abs. 1 GG teilhabefrei bleibenden Hauptversammlungskompetenzen umfassende Teilhabeansprüche.
7. Eine weitere Grenze der effektiven Wahrnehmung von Teilhabepositionen liegt in der Verortung der Teilhabe im Aufsichtsrat als einem Organ der Unternehmensverfassung, in dem Anteilseignervertreter wie Arbeitnehmervertreter umfassend für teilhaberelevante wie nicht teilhaberelevante Sachfragen zuständig sind. Arbeitnehmervertreter sind so einerseits derselben Entscheidungsmaxime wie die Anteilseignervertreter ausgesetzt und können andererseits eigene Entscheidungspräferenzen bereits nicht in einer Weise kompromißfrei bilden, wie es in einem gegnerfreien Beschlußgremium möglich wäre. Letzteres spricht gegen jedes Modell einer Verortung der Teilhabe in einem gruppenheterogen besetzten Organ.

8. Die Mitbestimmungskumulation von betriebsverfassungsrechtlichen Teilhaberechten und Teilhaberechten im Aufsichtsrat beeinträchtigt die funktionsgerechte Aufsichtsratsarbeit erheblich. Ein Mehr an Teilhabe wird hierdurch überdies nicht erzielt, da die Unternehmensmitbestimmung einerseits den Arbeitnehmern dieser Unternehmen gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung keine zusätzlichen Sachkompetenzen zuweist und umgekehrt auch keine betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzen aufgrund des MitbestG zurückgenommen worden sind. Letztere sind im Gegenteil nach Inkrafttreten des MitbestG sogar noch ausgebaut worden. Die Mitbestimmungskumulationen führen mithin zu einer Übererfüllung der Teilhabefunktion. Auch aus diesem Grund ist eine Verortung der Teilhabe im Aufsichtsrat abzulehnen. Die Auslagerung in einen Konsultationsrat könnte die Mitbestimmungskumulation nicht beheben, da damit Teilhabeansprüche nicht beschnitten, sondern nur verlagert würden.
  
9. Bei Unternehmensbeteiligungen wird für bestimmte Beteiligungsrechte der Obergesellschaft durch § 32 MitbestG eine Mitbestimmungskumulation unter Preisgabe dogmatischer Grundprinzipien des Gesellschafts- und Aktienrechts notdürftig verhindert. Andererseits bestätigt die Existenz der Norm die Bedenken gegen die Tauglichkeit des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden sowie der Bindung der Arbeitnehmervertreter an das Unternehmensinteresse als Konfliktsteuerungsinstrumente, welche die Beeinträchtigung der Aufsichtsratsfunktionen nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers gerade verhindern sollen. Weitere gesetzliche Steuerungsmodelle außerhalb von § 32 MitbestG, namentlich in Form von Hauptversammlungsentscheidungen gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG oder Einigungsstellenbeschlüssen nach §§ 76, 112 BetrVG, sind entweder nicht praxistauglich oder rechtssystematisch nicht zu begründen.
  
10. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG konfligiert in allen untersuchten Aspekten mit den Funktionen des Aufsichtsrats als institutionellem Faktor des deutschen Corporate Governance-Modells. Neben die festgestellten Kumulationswirkungen zwischen betriebs- und unternehmensverfassungsrechtlichen Teilhabepositionen, welche die sachgerechte Wahrnehmung der Aufsichtsratsfunktionen beeinträchtigen, treten systemimmanente Funktionsdefizite mitbestimmter Aufsichtsräte:  
  
Auf die heterogene Organstruktur sind Beeinträchtigungen des Kommunikationsflusses zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie innerhalb des Aufsichtsrats zurückzuführen.  
  
Unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern mangelt es an der funktionsbedingt notwendigen Qualifikation. Die vor diesem Hintergrund wünschenswerte Aufstellung unternehmensspezifischer Qualifikationsparameter ist dem Satzungsgeber durch den Gesetzgeber offenbar gerade wegen

des von ihm erkannten Qualifikationsdefizits verwehrt worden. Mit der einheitlichen Pflichtenstruktur aller Aufsichtsratsmitglieder ist dies nicht zu vereinbaren.

Gemessen an internationalen Erwartungen und normativen Vorgaben sind unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter überdies nicht unabhängig. Erst durch auf den Bestandsschutz des deutschen Sonderwegs der paritätischen Mitbestimmung zielender Interventionen der Bundesregierung sind von der Europäischen Kommission und der US-amerikanischen Börsenaufsicht Ausnahmeklauseln geschaffen worden. Einer sachgerechten und einheitlichen Festlegung von Unabhängigkeitskriterien für Aufsichtsratsmitglieder steht dies entgegen.

Auch Interessenkonflikte sind in der heterogenen Organstruktur des Aufsichtsrats angelegt. Ihretwegen besteht die latente Gefahr der Informationspreisgabe an Gewerkschaften, Betriebsräte, die Belegschaft oder die Presse als unbefugte Dritte. Gleiches gilt für die Gefahr sachwidriger Koppelungsgeschäfte. Ebenso strukturell bedingt ist die Gefahr der In-Sich-Kontrolle wegen der personell und kompetenziell engen Verflechtung der Entscheidungsstrukturen in Betrieb und Unternehmen.

Schließlich behindert die Unternehmensmitbestimmung nicht nur die Reduktion der funktionswidrigen Gremiengrößen, sondern hat sie entgegen der aktienrechtlichen Regelgröße erst hervorgerufen.

Nach der Auslagerung in einen Konsultationsrat wären zwar (bis auf die Gefahr der Informationspreisgabe) einige der genannten Defizite möglicherweise kompensierbar. Allerdings käme ein erheblicher zusätzlicher Regulierungsballast auf die betroffenen Unternehmen zu. Dies läßt sich auch nicht mit der Behauptung bestreiten, die Funktionen des Konsultationsrats ersetzen diejenigen der Vorbesprechungen der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat, da letztere gegenwärtig, anders als ein in Aussicht genommener Konsultationsrat, keinen besonderen verfahrensrechtlichen Rahmen benötigen.

11. Die denkbaren Reaktionen der Rechtsordnung auf die erkannten Corporate Governance-Defizite sind naturgemäß in ihrer Wirkung begrenzt, da sie nicht als Reaktion auf mitbestimmungsspezifische Verwerfungen entwickelt worden sind:

Spezifisch aktienrechtliche Reaktionen auf Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern sind allenfalls geeignet, im Sinne einer Mißbrauchskontrolle unmittelbares Handeln zulasten der Gesellschaft zu verhindern. Selbst Aufsichtsratsmitglieder, die ein erregendes Verhalten zulasten der Gesellschaft wie es im „Fall *Bsirske*“ bekannt geworden ist, ist rechtlich nicht spürbar zu sanktionieren.

Das Strafrecht als *ultima ratio* der Rechtsordnung kann neben den eindeutigen, aber in der Praxis schwer zu beweisenden Fällen des Verstoßes gegen Geheimhaltungsgebote, ebenfalls lediglich exzeßhaftes Verhalten sanktio-

nieren. An Bedeutung gewinnen dürfte der Untreuetatbestand. Er ermöglicht schon jetzt jedenfalls in gravierenden Fällen eine Haftung von Arbeitnehmervertretern, die u.U. mit ihrer Mitwirkung auf betrieblicher Ebene zustandegewordene sachwidrige Vorstandsentscheidungen im Aufsichtsrat „abnicken“.

Gleiches gilt für die zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft nach §§ 93, 116 AktG. Die jüngst in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierte „*Business Judgment Rule*“ bietet Aufsichtsratsmitgliedern bei sachwidrigem Kontrollverhalten keinen Schutz.

12. Durch systemimmanente Kompensationsstrategien lassen sich allenfalls Symptome eines mitbestimmungsbedingt beeinträchtigten Kontrollverhaltens korrigieren:

Stringent anreizbezogene Vergütungsstrategien können bei Arbeitnehmervertretern in der Praxis wegen der Abführungspflicht gegenüber der *Hans-Böckler-Stiftung* von vornherein nicht wirken.

Echte Modifikationen des Mitbestimmungsregimes sind wegen des gesetzlich zwingenden Status quo nur in Form von aus Corporate Governance-Perspektive uninteressanten Erweiterungen unterparitätischer Mitbestimmung möglich.

Mitbestimmungsvermeidungsstrategien sind selbst nach der Eröffnung des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für die Unternehmen nach wie vor mit hohen wirtschaftlichen Kosten in Form der Liquidationsbesteuerung sowie hohen Folgekosten infolge einer Auslandsneugründung oder einer Umwandlung in eine Personengesellschaft verbunden. Aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht wird sich hieran auch auf europäischer Ebene nichts ändern. Die sehnlich erwarteten und zum Teil sogar bereits umgesetzten sekundärrechtlichen Rechtsakte zur SE-Gründung, grenzüberschreitenden Verschmelzung und Satzungssitzverlegung befördern die Corporate Governance der betroffenen mitbestimmten Unternehmen nicht, da sie zwar Verhandlungslösungen zum Mitbestimmungsniveau etablieren, aber durch gesetzliche Maximalauffanglösungen Strukturänderungen faktisch sehr unattraktiv machen.

13. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG ist ein massives Hindernis einer funktionsgerechten Corporate Governance der betroffenen Unternehmen. Sie ist weder verfassungsrechtlich geboten noch rechtssystematisch schlüssig. Die einzig zu rechtfertigende Teilhabefunktion wird vollends durch betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte erfüllt. Eine zwingende Unternehmensmitbestimmung gleich welchen numerischen Niveaus ist daher aus Sicht einer funktionsgerechten Corporate Governance sachlich nicht zu rechtfertigen.

14. Rechtspolitisch sind aus Sicht der Corporate Governance-Debatte für die deutsche Unternehmensmitbestimmung folgende Konsequenzen zu ziehen:

Die zwingenden paritätischen Mitbestimmungsmodelle des MitbestG sowie des Montan-MitbestG halten einer funktionalen Analyse einerseits innerhalb des Corporate Governance-Systems nicht stand und sind zum anderen auch aus Sicht der einzig anerkanntswerten Teilhabefunktion weder erforderlich, noch folgerichtig umgesetzt. Sie sind daher als *ius cogens* abzuschaffen.

Gleiches gilt für die Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG. In diesem Mitbestimmungsmodell treten die aufgezeigten funktionalen Konflikte zwar nicht so deutlich zutage wie im paritätischen Modell, da das Entscheidungsgewicht der Anteilseignerseite hier erheblich größer ist. Gleichwohl gelten gegenüber dem Drittelbeteiligungsmodell dieselben mitbestimmungstheoretischen Einwände wie gegenüber dem paritätischen System. Mitbestimmungskumulativen treten überdies auch in diesem System in gleichem Maße auf.

Anstelle des zwingenden Mitbestimmungsregimes sollte der Gesetzgeber **insoweit** den europarechtlichen Impuls des Gestaltungsmodells der Societas Europaea sowie der Verschmelzungsrichtlinie aufgreifen und den Raum schaffen für Verhandlungslösungen über ein qualitatives wie quantitatives Mitbestimmungsmodell gleich welcher Art. So können die Unternehmen im Einklang mit den betroffenen Belegschaften dasjenige Partizipationsmodell auf Unternehmensebene wählen, das ihrem unternehmerischen Konzept am weitesten entgegenkommt. Vorbilder hierfür können durchaus, insbesondere um die Gestaltungskosten möglichst gering zu halten, die gegenwärtigen Mitbestimmungsgesetze sein. Hierzu müßten diese aber mit einer entsprechenden Öffnungsklausel versehen werden. Abgeschafft werden sollten unabhängig hiervon auf jeden Fall die Vorschriften über die Zwangswahl externer Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat, da Letztere unter keiner denkbaren Prämisse einen Beteiligungsanspruch erheben können. Sofern die wahlberechtigten Belegschaften auf deren Präsenz nicht verzichten wollen, sollte ihnen aber jedenfalls eine freiwillige Wahl offenstehen.

Eine Auffanglösung bei Scheitern der Verhandlungen über ein bestimmtes Mitbestimmungsregime ist hingegen ungeachtet der bestehenden europarechtlichen Gestaltungsmodelle abzulehnen. Der Gesetzgeber ist insofern zu einer Unternehmensberatung, jedenfalls solange ein Marktversagen nach Eröffnung der völligen Verhandlungsfreiheit für eine notwendige mehrjährige Entwicklungsphase nicht festzustellen ist, schlicht nicht berufen. Im übrigen würden die Teilhabepositionen der Arbeitnehmer selbst im Fall der gänzlichen Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung hinreichend durch die hier außer Diskussion stehende Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten auf Betriebsebene verwirklicht, so daß ein weitergehender staatlicher Eingriff in die unternehmerische Organisationsautonomie nicht erforderlich ist.

15. Die Frage nach den Parteien einer möglichen Verhandlung über die Anwendung eines bestimmten Mitbestimmungsregimes im Unternehmen ist m.E. für die Belegschaftsseite dahingehend zu beantworten, daß hierzu – wie für die bereits gegenwärtig zulässigen gewillkürten Modifikationen des Mitbestimmungsmodells vorgeschlagen – die betroffenen Belegschaften in Urwahl nach dem Vorbild der Delegiertenwahl ein Verhandlungsgremium wählen. Weder die Gewerkschaften, noch die Betriebsräte sind taugliche Alternativen zur Urwahl eines Delegiertengremiums. Während Erstere hierzu verfassungsrechtlich nicht mit hinreichender Regelungsautonomie ausgestattet sind, können Letztere Legitimationslücken insbesondere bei betriebsratslosen Betrieben des Unternehmens im In- und Ausland nicht schließen. Auf Unternehmensseite ist *Raisers* Vorschlag für systemimmanente Mitbestimmungsmodifikationen folgend, nach dem Vorbild des § 293 AktG (gegebenenfalls i.V.m. § 83 Abs. 1 S. 2 AktG) für Unternehmensverträge, dem Vorstand die Verhandlungsvorbereitung und -durchführung zu überlassen. Rechtswirksam würde eine vom Vorstand getroffene Vereinbarung wegen der in § 293 Abs. 1 S. 1 AktG vorgesehenen gesetzlich beschränkten Vertretungsmacht dann nur mit Zustimmung einer Drei-Viertel-Mehrheit des bei Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals in der Hauptversammlung (vgl. § 293 Abs. 1 S. 2 AktG). Wegen des weitreichenden Eingriffs derartiger Mitbestimmungsvereinbarungen in die Struktur der Unternehmensverfassung ist eine Hauptversammlungszustimmung in diesen Fällen – anders als bei bloßen systemimmanenten Gestaltungen – erforderlich.

## Abkürzungsverzeichnis

|                 |   |                 |  |
|-----------------|---|-----------------|--|
| a.A. ....       | anderer Auffassung                              | BDA .....       | Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände        |
| a.a.O. ....     | am angegebenen Ort                              | BDI .....       | Bundesverband der Deutschen Industrie                      |
| Abs. ....       | Absatz  | Beschl. ....    | Beschluß   |
| AcP .....       | Archiv für civilistische Praxis                 | BetrAVG.....    | Gesetz zur Verbesserung der Betrieblichen Altersversorgung |
| ADHGB .....     | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch         | BetrVG .....    | Betriebsverfassungsgesetz                                  |
| a.F. ....       | alte Fassung                                    | BGB .....       | Bürgerliches Gesetzbuch                                    |
| AG .....        | Aktiengesellschaft; Arbeitsgericht              | BGBI .....      | Bundesgesetzblatt  |
| AktG.....       | Aktiengesetz                                    | BGH .....       | Bundesgerichtshof  |
| allg. ....      | allgemein                                       | BGHZ .....      | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen      |
| Alt.....        | Alternative                                     | BörsenG.....    | Börsengesetz   |
| Anh. ....       | Anhang  | BR-Drucks.....  | Drucksachen des Deutschen Bundesrates                      |
| Anm. ....       | Anmerkung                                       | BRG .....       | Betriebsrätegesetz   |
| AP.....         | Arbeitsrechtliche Praxis                        | BT-Drucks ..... | Drucksachen des Deutschen Bundestages                      |
| AR-Blattei..... | Arbeitsrecht-Blattei                            | BURIG .....     | Bundesurlaubsgesetz  |
| ArbRHb .....    | Arbeitsrechts-Handbuch                          | BVerfG.....     | Bundesverfassungsgericht                                   |
| Art. ....       | Artikel   | BWG .....       | Bundeswahlgesetz   |
| Artt. ....      | Artikel (Pl.)                                   | bzw.....        | beziehungsweise  |
| AÜG .....       | Arbeitnehmerüberlassungsgesetz                  | ca. ....        | circa  |
| Aufl. ....      | Auflage   | CFR.....        | Code of Federal Regulation                                 |
| AuR.....        | Arbeit und Recht                                | CG .....        | Corporate Governance                                       |
| Az. ....        | Aktenzeichen                                    | DAI .....       | Deutsches Aktieninstitut                                   |
| BaFin.....      | Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht | DAX .....       | Deutscher Aktienindex                                      |
| BAG .....       | Bundesarbeitsgericht                            | DB .....        | Der Betrieb  |
| BAGE.....       | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts        | DCGK .....      | Deutscher Corporate Governance Kodex                       |
| Basel II.....   | Neue Baseler Eigenkapitalvereinbarung           | ders. ....      | derselbe   |
| BayObLG.....    | Bayerisches Oberstes Landesgericht              | DGB .....       | Deutscher Gewerkschaftsbund                                |
| BayVerf.....    | Bayerische Verfassung                           | d.h.....        | das heißt  |
| BB.....         | Der Betriebs-Berater                            |                 |  |
| BCCG.....       | Berlin Center of Corporate Governance           |                 |  |
| Bd.....         | Band  |                 |  |

|                 |   |                |   |
|-----------------|---|----------------|---|
| DIN.....        | Deutsches Institut für Normung                | GCCG.....      | German Code of Corporate Governance                         |
| Diss. ....      | Dissertation                                  | gem.....       | gemäß   |
| DJT.....        | Deutscher Juristentag                         | GG .....       | Grundgesetz   |
| DrittelbG ..... | Drittelbeteiligungsgesetz                     | GK.....        | Großkommentar   |
| DStR.....       | Deutsches Steuerrecht                         | GLJ.....       | German Law Journal  |
| DSW .....       | Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapier     | GmbH. ....     | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                       |
| EBRG .....      | Gesetz über Europäische Betriebsräte          | GoB .....      | Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung                      |
| EFZG.....       | Entgeltfortzahlungsgesetz                     | Grundl. ....   | Grundlagen  |
| EG .....        | Europäische Gemeinschaft                      | GS.....        | Gedächtnisschrift   |
| EGBGB .....     | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch | GWB .....      | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung                        |
| EGV .....       | Vertrag der Europäischen Gemeinschaft         | HAG.....       | Heimarbeitsgesetz   |
| Einl.....       | Einleitung                                    | H-BetrAV ..... | Handbuch der betrieblichen Altersversorgung                 |
| EMRK .....      | Europäische Menschenrechtskonvention          | Hg.....        | Herausgeber   |
| endg. ....      | endgültig                                     | HGB.....       | Handelsgesetzbuch   |
| engl. ....      | englisch                                      | h.L. ....      | herrschende Lehre   |
| et al.....      | et alii                                       | h.M.....       | herrschende Meinung   |
| etc.....        | et cetera                                     | HRG.....       | Hochschulrahmengesetz                                       |
| EU .....        | Europäische Union                             | HS.....        | Hauptsatz   |
| EuGH .....      | Europäischer Gerichtshof                      | i.d.F. ....    | in der Fassung  |
| EUV .....       | Vertrag der Europäischen Union                | i.S.d. ....    | im Sinne des  |
| e.V.....        | eingetragener Verein                          | i.S.v.....     | im Sinne von  |
| EWG .....       | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft           | i.V.m.....     | in Verbindung mit   |
| EWiR.....       | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht           | iwd.....       | Institut der deutschen Wirtschaft                           |
| EzA.....        | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht        | JbSozR.....    | Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart                     |
| f. ....         | folgende Seite                                | JFE .....      | Journal of Financial Economics                              |
| FAZ.....        | Frankfurter Allgemeine Zeitung                | JuS.....       | Juristische Schulung  |
| ff. ....        | folgende Seiten                               | JuSchG.....    | Jugendschutzgesetz  |
| Fn.....         | Fußnote                                       | JZ .....       | Juristenzeitung   |
| FS .....        | Festschrift                                   | KAGG.....      | Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften                     |
| FTSE.....       | Financial Times Stock Exchange Index          | KG.....        | Kommanditgesellschaft                                       |
| GA .....        | General-Anzeiger                              | KOM .....      | Kommission  |
|                 |   | Komm. ....     | Kommentar   |
|                 |   | KonTraG .....  | Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich |
|                 |   | KSchG.....     | Kündigungsschutzgesetz                                      |

|                  |  |                  |   |
|------------------|--|------------------|---|
| KStG .....       | Körperschafts-<br>steuergesetz   | SE.....          | Societas Europaea   |
| KWG.....         | Kreditwesengesetz  | SEAG.....        | SE-Ausführungsgesetz  |
| LG.....          | Landgericht  | SEBG.....        | Gesetz über die Be-<br>teiligung der Arbeit-<br>nehmer in der SE  |
| LSA .....        | schwedisches Gesetz<br>über die Vertretung der<br>Arbeitnehmer im<br>Verwaltungsrat von<br>Kapitalgesellschaften | SEC.....         | Securities Exchange<br>Commission   |
| MDax.....        | Mid-Cap-DAX  | SEEG.....        | SE-Einführungsgesetz  |
| m.E. ....        | meines Erachtens   | SE-RL.....       | Richtlinie des Rates zur<br>Ergänzung des Statuts<br>der SE hinsichtlich der<br>Beteiligung der<br>Arbeitnehmer |
| Mio.....         | Million/en   | SE-VO .....      | Verordnung des Rates<br>über das Statut der SE  |
| MitbestErgG..... | Mitbestimmungs-<br>ergänzungsgesetz  | sog .....        | sogenannte/r/s  |
| MitbestG .....   | Gesetz über die<br>Mitbestimmung der<br>Arbeitnehmer   | SprAuG.....      | Sprecherausschußgesetz  |
| MüKo. ....       | Münchener Kommentar  | StGB .....       | Strafgesetzbuch   |
| m.w.N.....       | mit weiteren Nach-<br>weisen   | TecDAX.....      | Technologie-DAX   |
| Nachw. ....      | Nachweis/en  | ThürVerfGH ..... | Thüringer<br>Verfassungsgerichtshof   |
| n.F. ....        | neue Fassung   | TransPuG .....   | Gesetz zur weiteren Re-<br>form des Aktien- und<br>Bilanzrechts, zu Trans-<br>parenz und Publizität             |
| NJW .....        | Neue Juristische<br>Wochenschrift  | TVG .....        | Tarifvertragsgesetz   |
| Nr. ....         | Nummer   | u.a.....         | unter anderem   |
| NVwZ .....       | Neue Zeitschrift für<br>Verwaltungsrecht   | UMAG .....       | Gesetz zur<br>Unternehmensintegrität<br>und Modernisierung des<br>Anfechtungsrechts                             |
| NZA.....         | Neue Zeitschrift für<br>Arbeitsrecht   | UmwG .....       | Umwandlungsgesetz   |
| NZG .....        | Neue Zeitschrift für<br>Gesellschaftsrecht   | UmwStG .....     | Umwandlungs-<br>steuergesetz  |
| OECD .....       | Organisation for<br>Economic Cooperation<br>and Development  | Urt. ....        | Urteil  |
| OLG.....         | Oberlandesgericht  | v.....           | von/m   |
| RdA.....         | Recht der Arbeit   | v.a. ....        | vor allem   |
| Respr. ....      | Rechtsprechung   | VAG .....        | Versicherungs-<br>aufsichtsgesetz   |
| RG .....         | Reichsgericht  | vgl. ....        | vergleiche  |
| RGZ .....        | Entscheidungen des<br>Reichsgerichts in<br>Zivilsachen   | VO .....         | Verordnung  |
| RIW.....         | Recht der inter-<br>nationalen Wirtschaft  | Vorbem.....      | Vorbemerkung  |
| Rn.....          | Randnummer   | VorstOG .....    | Vorstandsvergütungs-<br>Offenlegungsgesetz  |
| S. ....          | Seite; Satz  | VwVfG .....      | Verwaltungs-<br>verfahrensgesetz  |
| SDAX.....        | Small-Cap-DAX  |                  |   |

---

|            |                           |           |                          |
|------------|---------------------------|-----------|--------------------------|
| WDR .....  | Westdeutscher Rundfunk    | ZAF ..... | Zeitschrift für          |
| WpHG ..... | Wertpapier-               |           | Arbeitsmarktforschung    |
|            | handelsgesetz             | z.B. .... | zum Beispiel             |
| WpÜG ..... | Wertpapiererwerbs- und    | ZfA ..... | Zeitschrift für Arbeits- |
|            | Übernahmegesetz           |           | recht                    |
| WRV .....  | Weimarer                  | ZGR ..... | Zeitschrift für Unter-   |
|            | Reichsverfassung          |           | nehmens- und             |
| WSI .....  | Wirtschafts- und          |           | Gesellschaftsrecht       |
|            | Sozialwissenschaftliches  | ZHR ..... | Zeitschrift für das      |
|            | Forschungsinstitut in der |           | gesamte Handelsrecht     |
|            | Hans-Böckler-Stiftung     |           | und Wirtschaftsrecht     |
| YLJ .....  | Yale Law Journal          | ZIP ..... | Zeitschrift für          |
| ZAAR ..... | Zentrum für Arbeits-      |           | Wirtschaftsrecht         |
|            | beziehungen und           | ZPO ..... | Zivilprozeßordnung       |
|            | Arbeitsrecht              |           |                          |



## Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.*: Corporate Governance – Standort und Dimensionen, in: Abeltshauser, Thomas E.; Buck, Petra (Hg.), Corporate Governance – Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage, 2004, S. 1 ff. (zitiert: Abeltshauser/Buck-Autor, Corporate Governance)
- Adomeit, Klaus*: Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis, 1986 (zitiert: Adomeit, Gesellschaftsrechtliche Elemente)
- Altmeppen, Holger*: ZGR 2004, S. 390 ff., Der Prüfungsausschuß – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat
- Annuß, Georg*: ZfA 2004, S. 283 ff., Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses
- Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht*: ZIP 2003, S. 863 ff., Stellungnahme zur Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts
- Ascheid, Reiner; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid*: Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 2004 (zitiert: Ascheid/Preis/Schmidt)
- Assmann, Heinz-Dieter; Schneider, Uwe H.*: Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003 (zitiert: Assmann/Schneider-Bearbeiter, WpHG)
- Auffarth, Fritz*: RdA 1976, S. 2 ff., Zur Bedeutung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 für eine paritätische Mitbestimmung auf Unternehmensebene
- Badura, Peter*: RdA 1976, S. 275 ff., Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit
- Ders.*: Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht – Verfassungsrechtliches Korollarium zur Rolle des Privatrechts in der Rechtsordnung, in: Löwisch, Manfred; Schmidt-Leithoff, Christian; Schmiedel, Burckhard (Hg.), Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, 1991, S. 1 ff. (zitiert: Badura, FS Rittner)
- Badura, Peter; Rittner, Fritz; Rütters, Bernd*: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten, 1977 (zitiert: Badura/Rittner/Rütters)
- Bartholomeyczik, Horst*: AcP 166 (1966), S. 30 ff., Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung
- Baumbach, Adolf; Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch, 31. Aufl. 2003 (zitiert: Baumbach/Hopt-Bearbeiter)
- Dies.*: Handelsgesetzbuch, 26. Aufl. 1995 (zitiert: Baumbach/Hopt, HGB)

- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred: Aktiengesetz, 13. Aufl. 1968 (zitiert: Baumbach/Hueck)*
- Baums, Theodor: ZIP 2004, S. 1877 ff., Vorschlag eines Gesetzes zur Verbesserung der Transparenz von Vorstandsvergütungen*
- Ders.: Bericht der Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, 2001 (zitiert: Baums, Kommissionsbericht)*
- Ders.: ZHR 169 (2005), S. 299 ff., Zur Offenlegung von Vorstandsvergütungen*
- Bayer, Walter: BB 2004, S. 1 ff., Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*
- BDA/BDI: Mitbestimmung Modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004 (zitiert: BDA/BDI, Kommissionsbericht)*
- BDI/Bankenverband/DAI/DIHK/GDV: NZG 2004, S. 1052 ff., Gemeinsame Stellungnahme zu den Entwürfen der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission für eine Empfehlung zur „Stärkung der Rolle von nicht geschäftsführenden Direktoren und Aufsichtsratsmitgliedern“ sowie zur „Förderung einer geeigneten Regelung für die Vergütung von Direktoren“ (zitiert: BDI-Stellungnahme)*
- Becker, Florian: Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005 (zitiert: Becker, Kooperative Normsetzung)*
- Behrens, Peter: „Corporate Governance“, in: Basedow, Jürgen; Hopt, Klaus J.; Kötz, Hein (Hg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum 70. Geburtstag, 1998, S. 491 ff. (zitiert: Behrens, FS Drobnig)*
- Benelli, Giuseppe; Loderer, Claudia; Lys, Thomas: Journal of Business 60 (4), S. 553 ff., Labor Participation in Corporate Policy-making Decisions: West Germany`s Eperience with Codetermination*
- Berle, Adolf A.; Means, Gardiner C.: The Modern Corporation and Private Property, 1932*
- Berrar, Carsten: NZG 2001, S. 1113 ff., Zur Reform des Aufsichtsrats nach den Vorschlägen der Regierungskommission „Corporate Governance“*
- Ders.: Die Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland im internationalen Vergleich, Diss., München, 2001 (zitiert: Berrar, Entwicklung der Corporate Governance)*
- Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung: Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven: Bericht der Kommission Mitbestimmung, 1998 (zitiert: Kommission Mitbestimmung, (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung))*

- Bertrams, Helge*: Die Haftung des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex und § 161 AktG, Diss., Augsburg 2004 (zitiert: *Bertrams*, Haftung des Aufsichtsrats)
- Bessler, Wolfgang; Kaen, Fred R.; Sherman, Heidemarie C.*: Going Public: A Corporate Governance Perspective, in: Hopt, Klaus J.; Kanda, Hideki; Roe, Mark J.; Wymeersch, Eddy; Prigge, Stefan (Hg.), *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, 1998, S. V ff. (zitiert: *Bessler/Kaen/Sherman* in: Hopt et al., *Comparative CG*)
- Beuthien, Volker*: ZfA 1988, S. 1 ff., Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts
- Biedenkopf, Kurt H.*: Demokratisierung der Wirtschaft und Mitbestimmung im Betrieb und Unternehmen, in: Utz, Arthur F.; Streithofen, Heinrich B. (Hg.), *Demokratie und Mitbestimmung*, 1970, S. 286ff. (zitiert: *Biedenkopf* in: Utz/Streithofen)
- Blair, Margaret*: *Ownership and Control: rethinking corporate governance for the twenty-first century*, 1995 (zitiert: *Blair*, *Ownership and Control*)
- Böckli, Peter*: Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtssystems, in: Hommelhoff, Peter; Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel (Hg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2003, S. 201 ff. (zitiert: *Böckli*, *Handbuch CG*)
- Borges, Georg*: ZGR 2003, S. 508 ff., Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes
- Brauer, Markus; Dreier, Nils*: NZG 2005, S. 57 ff., Der Fall Mannesmann in der nächsten Runde – Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die ehemaligen Organmitglieder
- Brüggemeier, Gert*: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 8 (1982), S. 60 ff., „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“ – „Mischverfassungen des demokratischen Interventionskapitalismus – „Verfassungstheorie des Sozialstaats“. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze
- Büdenbender, Ulrich*: ZIP 2000, S. 44 ff., Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.9.1999, Rs. – C-67/96 „Kantongerecht Arnheim“
- Busse von Colbe, Walther*: ZGR 1997, S. 271 ff., Was ist und was bedeutet Shareholder Value aus betriebswirtschaftlicher Sicht?
- Canaris, Claus-Wilhelm*: AcP 200 (2000) S. 273 ff., Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“
- Ders.*: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997 (zitiert: *Canaris*, *Iustitia distributiva*)
- Ders.*: AuR 1966, S. 129 ff., Funktionale und inhaltliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht bei der Betriebsvereinbarung

- Cromme, Gerhard*: Rede auf der Pressekonferenz vom 26.2.2002 in Berlin anlässlich der Übergabe des Entwurfs des Deutschen Corporate Governance Kodex an die Bundesministerin der Justiz, Herta Däubler-Gmelin, abrufbar unter: <http://www.corporate-governance-code.de>, S. 1 ff. (zitiert: *Cromme*, Kodex-Übergabe)
- Ders.*: ZIP 2002, S. 452, Vorwort zum Deutschen Corporate Governance Kodex
- Däubler, Wolfgang*: Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl. 1975 (zitiert: *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung)
- Ders.*: Strafbarkeit von Arbeitskämpfen?, in: Baumann, Jürgen; Dähn, Gerd, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1972, S. 91ff. (zitiert: *Däubler*, in: Baumann/Dähn, Wirtschaftsstrafrecht)
- Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas*: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 9. Aufl. 2004 (zitiert: *DKK-Bearbeiter*)
- DAV*: ZIP 2003, S. 1909 ff., Stellungnahme zum Aktionsplan der EU-Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance
- DAV-Handelsrechtsausschuß*: NZG 2004, S. 957 ff., Handelsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins: Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
- Davies, Paul*: ZGR 2001, S. 268 ff., Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?
- Derleder, Peter*: Privatautonomie, Wirtschaftstheorie und Ethik des rechtsgeschäftlichen Handelns, in: Broda, Christian; Deutsch, Erwin; Schreiber, Hans-Ludwig; Vogel, Hans-Jochen (Hg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, 1985, S. 643 ff. (zitiert: *Derleder*, FS Wassermann)
- Deutsch, Erwin; Ahrens, Hans-Jürgen*: Deliktsrecht, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht)
- Deutsches Aktieninstitut; Towers Perrin*: Empfehlungen zur Aufsichtsratsvergütung – Ein Modell, in: Studien des Deutschen Aktieninstituts, Heft 23, 2003 (zitiert: *DAI/Towers Perrin*, Empfehlungen zur Aufsichtsratsvergütung)
- Dilger, Alexander*: Ökonomik betrieblicher Mitbestimmung – Die wirtschaftlichen Folgen von Betriebsräten, 2002 (zitiert: *Dilger*, Ökonomik betrieblicher Mitbestimmung)
- Dilger, Alexander; Frick, Bernd; Speckbacher, Gerhard*: Mitbestimmung als zentrale Frage der Corporate Governance, in: Frick, Bernd; Kluge, Norbert; Streeck, Wolfgang (Hg.), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, 1999, S. 19 ff.
- Dreier, Horst*: Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004 (zitiert: *Dreier/Bearbeiter*)
- Drygala, Tim*: EWIR 2006, S. 25 f., Kurzkommentar zu EuGH, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, „Sevic Systems“

- Ders.*: ZIP 2005, S. 1995 ff., Die Mauer bröckelt – Bemerkungen zur Bewegungsfreiheit deutscher Unternehmen in Europa
- Edenfeld, Stefan; Neufang, Sebastian*: AG 1999, S. 49 ff., Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat
- Ehmann, Horst*: RdA 1976, S. 175 ff., Das Grundrecht auf Sozialismus
- Eidenmüller, Horst*: ZIP 2002, S. 2233 ff., Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa
- Ders.*: JZ 2001, S. 1041 ff., Kapitalgesellschaften im Spiegel der ökonomischen Theorie
- Ders.*: JZ 2004, S. 24 ff., Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt
- Ders.*: JZ 2005, S. 216 ff., Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics
- Ders.*: Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Lorenz, Stefan; Trunk, Andreas; Eidenmüller, Horst; Wendehorst, Christiane; Adolff, Johannes (Hg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 581 ff. (zitiert: *Eidenmüller*, FS Heldrich)
- Ders.*: Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005 (zitiert: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip)
- Ders.*: (Hg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften)
- Emde, Ernst-Thomas*: Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, 1991 (zitiert: *Emde*, Demokratische Legitimation)
- Engel, Christoph*: Rechtstheorie 32 (2001), S. 23 ff., Offene Gemeinwohldefinitionen
- Erbs, Georg; Kohlhaas, Max; Ambts, Friedrich*: Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 1, Stand: Juli 2005 (zitiert: *Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter*)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Dieterich, Thomas; Hanau, Peter; Schaub, Günther (Hg.), 6. Aufl. 2006 (zitiert: *ErfurterKomm.-Bearbeiter*)
- Fabricius, Fritz*: Erweiterung der Arbeitnehmer-Beteiligung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gem. § 76 BetrVG 1952 auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, in: Dieterich, Thomas; Gamillscheg, Franz; Wiedemann, Herbert (Hg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf 1983, S. 154 ff. (zitiert: *Fabricius*, FS Hilger/Stumpf)
- Fastrich, Lorenz*: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992 (zitiert: *Fastrich*, Inhaltskontrolle)
- Fikentscher, Wolfgang*: Schuldrecht, 9. Aufl. 1997 (zitiert: *Fikentscher*, Schuldrecht)

- Fischer, Christian*: Der Konzern 2005, S. 67 ff., Die persönliche Haftung, ein wirksames Mittel zur Verbesserung der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats bei kapitalmarktorientierten Unternehmen?
- Fitting, Karl*: Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang (Hg.), Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 22. Aufl. 2004 (zitiert: *Fitting*, BetrVG)
- Fitting, Karl; Wlotzke, Otfried; Wissmann, Helmut*: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1978 (zitiert: *Fitting/Wlotzke/Wissmann*)
- FitzRoy, Felix R.; Kraft, Kornelius*: Scandinavian Journal of Economics 95 (3), S. 365 ff., Economic Effects of Codetermination
- Dies.*: Co-Determination, Efficiency, and Productivity, in: Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (Hg.), IZA Discussion Paper No. 1442, Bonn, 2004 (zitiert: *FitzRoy/Kraft*, Co-Determination 2004)
- Fleischer, Holger*: RIW 2005, S. 92 ff., Gläubigerschutz im Recht der Delaware corporation
- Ders.*: DB 2005, S. 759 ff., Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund
- Ders.*: ZHR 168 (2004), S. 673 ff., Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht – Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung
- Ders.*: Shareholders vs. Stakeholders: Aktien- und übernahmerechtliche Fragen, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 129 ff. (zitiert: *Fleischer*, Handbuch CG)
- Ders.*: NZG 2004, S. 1129 ff., Legal Transplants im deutschen Aktienrecht
- Ders.*: AcP 204 (2004), S. 502 ff., Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts
- Ders.*: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht – Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, 2001 (zitiert: *Fleischer*, Informationsasymmetrie)
- Ders.*: NJW 2004, S. 2335 ff., Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von „Holzmüller“ zu „Gelatine“
- Ders.*: Zur Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Hauptversammlung im englischen und deutschen Aktienrecht – Eine rechtsvergleichende Skizze, in: Lorenz, Stefan; Trunk, Andreas; Eidenmüller, Horst; Wendehorst, Christiane; Adolff, Johannes (Hg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 597 ff. (zitiert: *Fleischer*, FS Heldrich)

*Ders.*: Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 2002 (zitiert: *Fleischer*, Gutachten zum 64. DJT)

*Forsthoff, Ulrich*: Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften, in: Hirte, Heribert; Bücken, Thomas (Hg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2005, S. 50 ff. (zitiert: *Hirte/Bücken-Forsthoff*)

*Forstmoser, Peter*: Exit oder Voice? Das Dilemma institutioneller Investoren, in: Bucher, Eugen; Canaris, Claus-Wilhelm; Honsell, Heinrich; Koller, Thomas (Hg.), *Norm und Wirkung*, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 785 ff. (zitiert: *Forstmoser*, FS Wiegand)

*Franz, Wolfgang*: ZAF 2005, S. 268 ff., Die deutsche Mitbestimmung auf dem Prüfstand: Bilanz und Vorschläge für eine Neuausrichtung

*Franzen, Martin*: RdA 2004, S. 257 ff., Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung

*Ders.*: ZfA 2005, S. 315 ff., Standortverlagerung und Arbeitskampf

*Freeman, Richard E.*: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston 1984 (zitiert: *Freeman*, *Strategic Management*)

*Freese, Heinrich*: *Die konstitutionelle Fabrik*, 4. Aufl. 1922 (zitiert: *Freese*, *Die konstitutionelle Fabrik*)

*Freis, Gerhild; Kleinefeld, Annette; Kleinsorge, Georg; Voigt, Burckhard*: *Drittelbeteiligungsgesetz*, 2004 (zitiert: *Freis/Kleinefeld/Voigt*, *DrittelbG*)

*Friese, Birgit*: ZfA 2003, S. 237 ff., Tarifverträge nach § 3 BetrVG im System des geltenden Tarif- und Arbeitskampfrecht

*Galperin, Hans; Löwisch, Manfred*: *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz* 1972, 6. Aufl. 1982 (zitiert: *Galperin/Löwisch*)

*Galperin, Hans; Siebert, Wolfgang*: *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl. 1963 (zitiert: *Galperin/Siebert*, *BetrVG* 1952)

*Gamillscheg, Franz*: AcP 176 (1976), S. 197 ff., Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts – Zum Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und BGB

*Gehling, Christian*: ZIP 2005, S. 549 ff., Erfolgsorientierte Vergütung des Aufsichtsrats

*Geiger, Rudolf*: *EUV/EGV*, 4. Aufl. 2004 (zitiert: *Geiger*, *EUV/EGV*)

- Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz*: Kraft, Alfons; Wiese, Günther; Kreutz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph (Hg.), 8. Aufl. 2005 (zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter)
- Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz*, Fabricius, Fritz (Hg.), 1976 ff. (zitiert: GK-MitbestG/Bearbeiter)
- Gerke, Wolfgang*: BB 2005, Heft 21, Die erste Seite, Corporate-Governance-Kodex für Asset Management verlangt unabhängiges Aufsichtsratsmitglied
- Gerum, Elmar*: Mitbestimmung und Corporate Governance, Expertise für das Projekt „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen“ der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung, 1998 (zitiert: *Gerum*, Mitbestimmung)
- Gerum, Elmar; Wagner, Helmut*: Economics of Labor Co-Determination in View of corporate Governance, in: Hopt, Klaus J.; Kanda, Hideki; Roe, Mark J.; Wymeersch, Eddy; Prigge, Stefan (Hg.), *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, New York, 1998, S.341 ff. (zitiert: *Gerum/Wagner*, Co-Determination)
- Geyrhalter, Volker; Weber, Thomas*: NZG 2005, S. 837 f., Die Schlußanträge des Generalanwalts in Sachen SEVIC Systems AG
- Gierke, Otto v.*: Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914, S. 37 ff. (zitiert: v. *Gierke*, FS Brunner)
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002 (zitiert: *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung)
- Goos, Wolfgang*: Ansätze zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der europäischen Rechtsetzung, in: Oetker, Hartmut; Preis, Ulrich; Rieble, Volker (Hg.), *50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, 2004, S. 1179 ff. (zitiert: *Goos*, FS 50 Jahre BAG)
- Gorton, Gary; Schmid, Frank*: *Class Struggle Inside the Firm: A Study of German Codetermination*, 2000 (zitiert: *Gorton/Schmid*)
- Gosch, Dietmar*: *Körperschaftssteuergesetz*, 2005 (zitiert: *Gosch-Bearbeiter*)
- Grabenwarter, Christoph*: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 2005 (zitiert: *Grabenwarter*, EMRK)
- Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard*: *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Loseblatt, Stand: 25. Lieferung Januar 2005 (zitiert: *Grabitz/Hilf-Bearbeiter*)
- Grimm, Dieter*: *Staatsaufgaben – eine Bilanz*, in: ders. (Hg.), *Staatsaufgaben*, 1994 (zitiert: *Grimm*, *Staatsaufgaben*)
- Grobys, Marcel*: NZA 2004, S. 779 ff., Das geplante Umsetzungsgesetz zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE
- Groh, Manfred*: DB 2000, S. 2153 ff., Shareholder value und Aktienrecht
- Großkommentar AktG*: 4. Aufl., 2003 (zitiert: *Großkomm.AktG-Bearbeiter*)

- Grundeis, Jens; v. Werder, Axel*: AG 2005, S. 825 ff., Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule
- Grundmann, Stefan*: Die Mobilität der Kapitalgesellschaften – The Golden Five, in: Damm, Rainer; Veil, Rüdiger; Heermann, Peter W. (Hg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 81 ff. (zitiert: *Grundmann*, FS Raiser)
- Grundmann, Stefan*: Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004 (zitiert: *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht)
- Gurdon, Michael A.; Rai, Anoop*: Journal of Economics and Business 42 (4), S. 289 ff., Codetermination and Enterprise Performance: empirical Evidence from West Germany
- Gutzeit, Martin*: Arbeitsrechts-Blattei, Systematische Darstellungen, Ordner 5, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (zitiert: *Gutzeit*, AR-Blattei)
- Habersack, Mathias*: ZHR 168 (2004), S. 373 ff., Der Aufsichtsrat im Visier der Kommission
- Ders.*: ZGR 2004, S. 721 ff., Die erfolgsabhängige Vergütung des Aufsichtsrats und ihre Grenzen, zugleich Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 2004, 613 (MobilCom)
- Ders.*: ZHR 169 (2005), S. 185 ff., Rechtsfragen des Emittenten-Ratings
- Hanau, Hans*: Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Diss., Tübingen 1993 (zitiert: *H. Hanau*, Individualautonomie)
- Ders.*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004 (zitiert: *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)
- Hanau, Peter*: ZGR 1977, S. 397 ff., Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht
- Ders.*: ZGR 2001, S. 75ff., Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung, insbesondere durch Vereinbarung
- Hanau, Peter; Ulmer, Peter*: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, München 1981 (zitiert: *Hanau/Ulmer*, MitbestG)
- Hanau, Peter; Wackerbarth, Ulrich*: Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit – Interessenkonflikte von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat – Forschungsbericht im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2004 (zitiert: *Hanau/Wackerbarth*)
- Handbuch der betrieblichen Altersversorgung*: Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. (Hg.), Teil 1, Grundlagen und Praxis, Stand: April 2005 (zitiert: *H-BetrAV/Bearbeiter*)

- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hg.), Band II, 3. Aufl. 2004; Band III, 2. Aufl. 1996, Band VI, 2. Aufl. 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, Handbuch des Staatsrechts II, III, VI)
- Hänlein, Andreas*: RdA 2003, S. 26 ff., Die Legitimation betrieblicher Rechtsetzung
- Hansmann, Henry; Kraakman, Reinier* : Georgetown Law Journal, 89 (2001), S. 439 ff., The End of History for Corporate Law
- Hayek, Friedrich August v.*: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000 (zitiert: *Heinrich*, Formale Freiheit)
- Heintzen, Markus*: ZIP 2004, S. 1933 ff., Der Deutsche Corporate Governance Kodex aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts
- Henssler, Martin*: Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea – Neue Denkanstöße für die „Corporate Governance“ – Diskussion, in: Habersack, Mathias; Hüffer, Uwe; Hommelhoff, Peter; Schmidt, Karsten (Hg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 193 ff. (zitiert: *Henssler*, FS Ulmer)
- Ders.*: Mitbestimmungsrechtliche Konsequenzen einer Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union – Inspirationen durch „Inspire Art“, in: Söllner, Alfred; Gitter, Wolfgang; Waltermann, Raimund; Giesen, Richard; Ricken, Oliver (Hg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 333ff. (zitiert: *Henssler*, GS Heinze)
- Ders.*: Die Unternehmensmitbestimmung, in: Heldrich Andreas; Hopt, Klaus J. (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II., Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches- und Internationales Recht, 2000, S. 387 ff. (zitiert: *Henssler*, FS 50 Jahre BGH)
- Ders.*: Unternehmensmitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht, in: Baums, Theodor; Ulmer, Peter (Hg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Sonderheft 72, 2004, S. 133 ff. (zitiert: *Henssler*, ZHR-Sonderheft 72, 2004)
- Ders.*: RdA 2005, S. 330 ff., Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung
- Ders.*: ZfA 2005, S. 289 ff., Mitbestimmungsrechtliche Folgen grenzüberschreitender Beherrschungsverträge
- Henze, Hartwig*: BB 2000, S. 209 ff., Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999 (zitiert: *Hesse*, Verfassungsrecht)
- Hirte, Heribert*: Das Transparenz- und Publizitätsgesetz – Einführende Gesamtdarstellung, 2003 (zitiert: *Hirte*, TransPuG)

- Hoffmann, Dietrich; Lehmann, Jürgen; Weinmann, Heinz*: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 1. Aufl., München 1978 (zitiert: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*)
- Hoffmann, Dietrich; Preu, Peter*: Der Aufsichtsrat – Ein Leitfaden für Aufsichtsräte, 5. Aufl. 2003 (zitiert: *Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat*)
- Hoffmann-Becking, Michael*: ZHR 169 (2005), S. 155 ff., Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung
- Homann, Karl*: in: Lütge, Christoph (Hg.), Vorteile und Anreize, 2002 (zitiert: *Homann, Vorteile und Anreize*)
- Hommelhoff, Peter*: ZGR 2001, S. 238 ff., Die OECD-Principles on Corporate Governance – ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung
- Ders.*: Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Habersack, Mathias; Hüffer, Uwe; Hommelhoff, Peter; Schmidt, Karsten (Hg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 267 ff.
- Hopt, Klaus J.*: ZGR 2004, S. 1 ff., Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts
- Ders.*: ZGR 2002, S. 353 ff., Übernahmen, Geheimhaltung und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken
- Ders.*: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Zum Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, in: Hommelhoff, Peter; Lutter, Marcus; Schmidt, Karsten; Schön, Wolfgang; Ulmer, Peter (Hg.), Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR, ZHR-Beiheft 71 (2002), S. 27 ff.
- Ders.*: ZIP 2005, S. 461 ff., Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen
- Hopt, Klaus J.; Prigge, Stefan*: Preface, in: Hopt, Klaus J.; Kanda, Hideki; Roe, Mark J.; Wymeersch, Eddy; Prigge, Stefan (Hg.), Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, 1998, S. V ff. (zitiert: *Hopt/Prigge* in: Hopt et al., Comparative CG)
- Hoyningen-Huene, Gerrick v.*: Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung-Betriebsrat-Betrieb-Betriebszugehörigkeit, in: Farthmann, Friedhelm; Hanau, Peter; Isenhardt, Udo; Preis, Ulrich (Hg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, 1995, S. 173 ff. (zitiert: *v. Hoyningen-Huene, FS Stahlhacke*)
- Hromadka, Wolfgang; Maschmann, Frank*: Arbeitsrecht, Bd. 2, Kollektivarbeitsrecht, 3. Aufl. 2004 (zitiert: *Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht II*)
- Huber, Ernst Rudolf*: Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, 1970 (zitiert: *Huber, Wirtschaftliche Mitbestimmung*)

- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1959 (zitiert: *Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht I*)
- Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz, 6. Aufl. 2004 (zitiert: *Hüffer, AktG*)
- Ihrig, Hans-Christoph; Wagner, Jens*: BB 2002, S. 789 ff., Die Reform geht weiter: Das Transparenz und Publizitätsgesetz kommt
- Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim*: GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter, GWB*)
- Isensee, Josef*: Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag, Das arbeitsrechtliche Regelungsverfahren im Öffentlichen Dienst, in: Leisner, Walter (Hg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975 (zitiert: *Isensee*, in: Leisner, Berufsbeamtentum)
- Jarass, Hans D.; Pieroth, B.*: Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2004 (zitiert: *Jarass/Pieroth*)
- Jensen, Michael C.; Meckling, William H.*: Journal of Finance, 3 (1976), S. 305 ff., Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure
- Dies.*: Journal of Business 52 (1979), S. 469 ff., Rights and Production Functions: An application to Labor-Managed Firms and Co-Determination
- Jestaedt, Matthias*: Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Entscheidungsteilnahme Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Demokratieprinzips, 1993 (zitiert: *Jestaedt, Demokratieprinzip*)
- Ders.*: JuS 2004, S. 649 ff., Demokratische Legitimation – quo vadis?
- Jirjahn, Uwe*: ZAF 2005, S. 241 ff., Ökonomische Wirkungen des novellierten Betriebsverfassungsgesetzes
- Junker, Abbo*: NJW 2004, S. 728 ff., Sechssundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa
- Junker, Abbo*: ZfA 2005, S. 1 ff., Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Anpassungsbedarf durch internationale und europäische Entwicklungen
- Jürgens, Ulrich; Lippert, Inge*: Kommunikation und Wissen im Aufsichtsrat – Voraussetzungen und Kriterien guter Aufsichtsratsarbeit aus der Perspektive leitender Angestellter, Studie des Wissenschaftszentrums Berlin in Kooperation mit dem Deutschen Führungskräfteverband (ULA), 2005 (zitiert: *Jürgens/Lippert, Studie Deutscher Führungskräfteverband (2005)*)
- Kallmeyer, Harald*: ZIP 2004, S. 1442 ff., Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
- Ders.*: ZIP 2003, S. 1531 ff., Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland

- Kämmerer, Jörn Axel; Veil, Rüdiger*: ZIP 2005, S. 369 ff., Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung in der monistischen Societas Europaea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg?
- Kempen, Otto Ernst*: Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf die Unternehmensmitbestimmung? (Der Fall Bsirske), in: Söllner, Alfred; Gitter, Wolfgang; Waltermann, Raimund; Giesen, Richard; Ricken, Oliver (Hg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 437 ff. (zitiert: *Kempen, GS Heinze*)
- Ders.*: NZA 2005, S. 185 ff., Das Rechtsverhältnis zwischen den Belegschaftsvertretern und den Gewerkschaften im Arbeitskampf
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, 1987 (zitiert: *F. Kirchhof, Private Rechtsetzung*)
- Kirschbaum, Tom; Wittmann, Martin*: AG-Report 8/2005, R 174 ff., Zur Auswirkung des Deutschen Corporate Governance Kodex auf Unternehmen und Kapitalmarkt
- Kittner, Michael*: ZHR 136 (1972), S. 208 ff., Unternehmensverfassung und Information – Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern
- Klein, Hans-Werner; Braun, Antje*: BB 1986, S. 673 ff., Möglichkeiten der betrieblichen Vermögensbildung
- Kleindiek, Detlef*: Konzernstrukturen und Corporate Governance: Leitung und Überwachung im dezentral organisierten Unternehmensverbund, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel (Hg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 571 ff. (zitiert: *Kleindiek, Handbuch CG*)
- Klosterkemper, Heinrich*: Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, in: Kohte, Wolfhard; Dörner, Hans-Jürgen; Anzinger, Rudolf (Hg.), Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, 2005, S. 456 ff. (zitiert: *Klosterkemper, FS Wissmann*)
- Knapp, Christoph*: Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations – Ein vergleichender Beitrag zur Begründung und Konkretisierung der Treuepflicht von Verwaltungsmitgliedern im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht, Diss., Augsburg 2004 (zitiert: *Knapp, Treuepflicht*)
- Koberski, Wolfgang*: Fusionsrichtlinie und Arbeitnehmerbeteiligung, in: Kohte, Wolfhard; Dörner, Hans-Jürgen; Anzinger, Rudolf (Hg.), Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, 2005, S. 474 ff. (zitiert: *Koberski, FS Wissmann*)
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*: Zöllner, Wolfgang; Noack, Ulrich (Hg.), 2. Aufl., 1988, 1995 (zitiert: *Bearbeiter, Kölner Komm. AktG*)
- Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*: Ringleb, Henrik-Michael; Kremer, Thomas; Lutter, Marcus; v. Werder, Axel (Hg.), 2. Aufl. 2005 (zitiert: *Bearbeiter, Kodex-Komm.*)

- Körber, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004 (zitiert: *Körber, Grundfreiheiten*)
- Körner, Marita*: NZG 2004, S. 1148 ff., Comply or disclose: Erklärung nach § 161 AktG und Außenhaftung des Vorstands
- Kort, Michael*: NJW 2005, S. 333 ff., Das „Mannesmann“-Urteil im Lichte von § 87 AktG
- Köstler Roland*: ZGR 2003, S. 800 ff., Die Mitbestimmung in der SE
- Köstler, Roland; Kittner, Michael; Zachert, Ulrich; Müller, Mathias*: Aufsichtsratspraxis – Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 7. Aufl. 2003 (zitiert: *Köstler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis*)
- Kötter, Hans-Wilhelm*: Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz (Holding-Novelle), 1958 (zitiert: *Kötter, Montan-MitbestErgG*)
- Kraft, Alfons; Konzen, Horst*: Die Arbeiterselbstverwaltung im Spannungsverhältnis von Gesellschafts- und Arbeitsrecht, 1978 (zitiert: *Kraft/Konzen, Arbeiterselbstverwaltung*)
- Kramasch, Michael H.*: ZHR 169 (2005), S. 112 ff., Organvergütung
- Krause, Rüdiger*: WM 2003, S. 762 ff., Sarbanes-Oxley Act und deutsche Mitbestimmung
- Kraushaar, Martin*: BB-Special 1/2005, S. 14 ff., Die Zukunft der Mitbestimmung im Spannungsfeld privater und öffentlicher Standortpolitik
- Kreutz, Marcus*: NZA 2001, S. 472 ff., Arbeitnehmermitbestimmung als Berührungspunkt von Recht und Ökonomie
- Kreutz, Peter*: ZfA 2003, S. 361 ff., Grundsätzliches zum persönlichen Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung
- Ders.*: Grenzen der Betriebsautonomie, 1979 (zitiert: *Kreutz, Betriebsautonomie*)
- Krieger, Gerd*: Interne Voraussetzungen für die Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, in: Habersack, Mathias; Hüffer, Uwe; Hommelhoff, Peter; Schmidt, Karsten (Hg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S. 365 ff. (zitiert: *Krieger, FS Ulmer*)
- Ders.*: Gewinnabhängige Aufsichtsratsvergütungen, in: Crezelius, Georg; Hirte, Heribert; Vieweg, Klaus (Hg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, 2005, S. 349ff. (zitiert: *Krieger, FS Röhrich*)
- Kropff, Bruno*: (Hg.), Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 1965 (zitiert: *Kropff, AktG 1965*)
- Ders.*: Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats, in: Damm, Rainer; Veil, Rüdiger; Heermann, Peter W. (Hg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag zum 20. Februar 2005, S. 225 ff. (zitiert: *Kropff, FS Raiser*)

- Kübler, Friedrich*: Shareholder Value: Eine Herausforderung für das Deutsche Recht? Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1998, S. 321 ff. (zitiert: *Kübler, FS Zöllner*)
- Ders.*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998 (zitiert: *Kübler, Gesellschaftsrecht*)
- Ders.*: Mitbestimmungsfeindlicher Mißbrauch der Societas Europaea?, in: Damm, Rainer; Veil, Rüdiger; Heermann, Peter W. (Hg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag zum 20. Februar 2005, S. 247 ff. (zitiert: *Kübler, FS Raiser*)
- Kübler, Friedrich; Schmidt, Walter; Simitis, Spiros*: Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe – Zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976, 1978 (zitiert: *Kübler/Schmidt/Simitis*)
- Küchenhoff, Günther*: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 1954 (zitiert: *Küchenhoff, BetrVG 1952*)
- Kuhner, Christoph*: ZGR 2004, S. 244 ff., Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften
- Kuntz, Thilo*: EuZW 2005, S. 524 ff., Zur Möglichkeit grenzüberschreitender Fusionen, Die Schlußanträge in Sachen SEVIC Systems Aktiengesellschaft
- Kunze, Otto*: Wirtschaftliche Mitbestimmung als Legitimationsproblem, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. November 1969 (zitiert: *Kunze, Legitimationsproblem*)
- Ladeur, Karl-Heinz*: Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik – Plädoyer für die Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004 (zitiert: *Ladeur, Kritik der Abwägung*)
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987 (zitiert: *Larenz, Schuldrecht I*)
- Ders.*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989 (zitiert: *Larenz, BGB-AT*)
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Studienausgabe, 3. Aufl. 1995 (zitiert: *Larenz/Canaris, Methodenlehre*)
- Leible, Stefan*: Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Kaufmannseigenschaft, in: Hirte, Heribert; Bücken, Thomas (Hg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2005, S. 304 ff. (zitiert: *Hirte/Bücken-Leible*)
- Leiss, Myrto*: Zur Effizienz außergerichtlicher Verfahren im Wirtschaftsrecht, Diss., München 2005 (zitiert: *Leiss, Effizienz außergerichtlicher Verfahren*)
- Lenenbach, Markus*: EWiR 2004, S. 413 f., Kurzkommentar zu BGH, Urt. v. 16.2.2004 – II ZR 316/02
- Lenz, Susanne*: EWiR 2004, S. 949 f., Kurzkommentar zu: OLG Schleswig, Beschluß v. 26.4.2004 – 2 W 46/04

- Leyens, Patrick C.:* RabelsZ 67 (2003), S. 57 ff., Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungsorgan? – Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate Governance-Debatte
- Lieder, Jan:* NZG 2005, S. 569 ff., Das unabhängige Aufsichtsratsmitglied – Zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex
- Loritz, Karl-Georg:* ZfA 1991, S. 1 ff., Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute
- Löwisch, Manfred (Hg.):* Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, in: Schriften zur AR-Blattei, Bd. 4, 1997 (zitiert: *Löwisch/Bearbeiter*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht)
- Ders.:* DB 2005, S. 554 ff., Beschäftigungssicherung als Gegenstand betrieblicher und tariflicher Regelungen und von Arbeitskämpfen
- Löwisch, Manfred; Rieble, Volker:* Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004 (zitiert: *Löwisch/Rieble*, TVG)
- Lubitz, Robert:* Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung, Diss., München, 2005 (zitiert: *Lubitz*, Unternehmensmitbestimmung)
- Luhmann, Niklas:* Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965
- Lutter, Marcus:* ZIP 2003, S. 417 ff., Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern
- Ders.:* AcP 180 (1980) S. 84 ff., Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem allgemeinen Teil des Korporationsrechts
- Ders.:* BB 2002, S. 1 ff., Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?
- Ders.:* ZGR 2001, S. 224 ff., Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht
- Lutter, Marcus; Kirschbaum, Tom:* ZIP 2005, S. 103 ff., Zum Wettbewerber im Aufsichtsrat
- Lutter, Marcus; Krieger, Gerd:* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *Lutter/Krieger*)
- Lutter, Marcus; Quack, Karl Heinz:* Mitbestimmung und Schadensabwehr, in: Damm, Rainer; Veil, Rüdiger; Heermann, Peter W. (Hg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag zum 20. Februar 2005, S. 259 ff. (zitiert: *Lutter/Quack*, FS Raiser)
- Lutter, Marcus; Winter, Martin (Hg.):* Umwandelungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2004 (zitiert: *Lutter/Bearbeiter*)
- Maihofer, Werner:* Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Hg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 12, 2. Aufl. 1994 (zitiert: *Maihofer*, in: Handbuch des Verfassungsrechts)

- Malik, Fredmund*: Wirksame Unternehmensaufsicht, Corporate Governance in Umbruchzeiten, 1997 (zitiert: *Malik*)
- Manz, Gerhard; Mayer, Barbara; Schröder, Albert (Hg.)*: Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005 (zitiert: *Manz/Mayer/Schröder-Bearbeiter*)
- Marburger, Peter*: Die Regeln der Technik im Recht, 1979 (zitiert: *Marburger, Regeln der Technik*)
- Marsch-Barner, Reinhard; Schäfer, Frank A. (Hg.)*: Handbuch börsennotierte AG, 2005 (zitiert: *Marsch-Barner/Schäfer/Bearbeiter, Handbuch börsennotierte AG*)
- Martens, Klaus-Peter*: ZGR 1977, S. 422 ff., Korreferat zu: Hanau, Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht
- Ders.*: Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2003 (zitiert: *Martens, Leitfaden*)
- Ders.*: ZHR 169 (2005), S. 124 ff., Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand
- Ders.*: AG 1976, S. 113 ff., Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes
- Matthießen, Volker*: Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989 (zitiert: *Matthießen, Stimmrecht*)
- Maul, Silja; Lanfermann, Georg*: DB 2004, S. 2407 ff., EU-Kommission nimmt Empfehlungen zu Corporate Governance an – Schaffung unabhängiger und transparenter Aufsichtsräte – Vergütung von Organmitgliedern
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter, et al. (Hg.)*: Grundgesetz, Kommentar, Stand: 43. Lieferung Februar 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Maunz/Dürig*)
- Mayer, Justus; Ludwig, Sören*: ZIP 2004, S. 940 ff., Aktienoptionen für Aufsichtsräte ade?
- Merkt, Hanno*: Zum Verhältnis von Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht in der Diskussion um die Corporate Governance, in: Abeltshauser, Thomas E.; Buck, Petra (Hg.), Corporate Governance – Tagungsband der 1. Hannoveraner Unternehmensrechtstage, 2004, S. 125 ff. (zitiert: *Abeltshauser/Buck-Autor, Corporate Governance*)
- Ders.*: Selbstkontrolle und Staatsaufsicht bei der Corporate Governance, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 715 ff. (zitiert: *Merkt, Handbuch CG*)
- Möllers, Thomas M.J.*: NZG 2003, S. 697 ff., Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung
- Mülbert, Peter O.*: ZGR 1997, S. 129 ff., Shareholder value aus rechtlicher Sicht
- Ders.*: Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, in: Crezelius, Georg; Hirte, Heribert; Vieweg, Klaus (Hg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, 2005, S. 421 ff. (zitiert: *Mülbert, FS Röhrich*)

- Müller, Gerhard*: DB 1958, S. 712 ff., Die dem Arbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her innewohnende Beeinflussung
- Ders.*: DB 1979, Beilage Nr. 5/79, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979
- Ders.*: DB 1975, S. 253 ff., Gedanken zum Entwurf des Mitbestimmungsgesetzes
- Müller-Bonanni, Thomas*: Mitbestimmung, in: Hirte, Heribert; Bücken, Thomas (Hg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2005, S. 389 ff. (zitiert: Hirte/Bücken/Müller-Bonanni)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999 (zitiert: MünchHbAG-Bearbeiter)
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2000 (zitiert: MünchHbArbR-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*: 2. Aufl. 2004 (zitiert: MüKoAktG-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl. 2000 ff. (zitiert: MüKoBGB-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 1996 ff. (zitiert: MüKoHGB-Bearbeiter)
- Naphtali, Fritz*: Wirtschaftsdemokratie, 5. Aufl. 1966 (zitiert: *Naphtali*, Wirtschaftsdemokratie)
- Nell-Breuning, Oswald v.*: Streit um Mitbestimmung, 1968 (zitiert: *v. Nell-Breuning*, Streit um Mitbestimmung)
- Ders.*: Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 1, Grundfragen, 1956 (zitiert: *v. Nell-Breuning*, Wirtschaft und Gesellschaft)
- Neubürger, Heinz-Joachim*: Die deutsche Mitbestimmung aus Sicht eines international operierenden Unternehmens – Reformbedarf unter Corporate Governance Gesichtspunkten, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel (Hg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 177 ff. (zitiert: *Neubürger*, Handbuch CG)
- Neye, Hans-Werner*: Die optimale Einführung der monistischen Unternehmensverfassung für die Europäische (Aktien-) Gesellschaft im deutschen Recht, in: Crezelius, Georg; Hirte, Heribert; Vieweg, Klaus (Hg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, 2005, S. 443 ff. (zitiert: *Neye*, FS Röhrich)
- Nikisch, Arthur*: Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. 1955 (zitiert: *Nikisch*, Arbeitsrecht I)

- Nowak, Eric; Rott, Roland; Mahr, Till G.*: ZGR 2005, S. 252 ff., Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? – Eine empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex -
- Oechsler, Walter A.*: Qualifikation und personelle Besetzung des Vorstands und Aufsichtsrats in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 305 ff. (zitiert: *Oechsler*, Handbuch CG)
- Ders.*: Globales Management und lokale Mitbestimmung – hat das deutsche Regelungssystem eine Zukunft im internationalen Wettbewerb?, in: Breisig, Thomas (Hg.), Mitbestimmung – Gesellschaftlicher Auftrag und ökonomische Ressource, Festschrift für Hartmut Wächter, 1999, S. 29 ff.
- Oetker, Hartmut*: Verschwiegenheitspflichten des Unternehmers als Schranke für die Unterrichtungspflichten gegenüber Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten, in: Kohte, Wolfhard; Dörner, Hans-Jürgen; Anzinger, Rudolf (Hg.), Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, 2005, S. 396 ff. (zitiert: *Oetker*, FS Wissmann)
- Ders.*: RdA 2005, S. 337 ff., Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion
- Ders.*: Die Bündelung der Interessen der Belegschaftsaktionäre als Rechtsproblem, 2002 (zitiert: *Oetker*, Belegschaftsaktionäre)
- Oser, Peter; Orth, Christian; Wader, Dominic*: BB 2004, S. 1121 ff., Beachtung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006 (zitiert: *Palandt-Bearbeiter*)
- Pellens, Bernhard; Hillebrandt, Franca; Ulmer, Björn*: BB 2001, S. 1243 ff., Umsetzung von Corporate-Governance-Richtlinien in der Praxis
- Peltzer, Martin*: ZIP 2006, S. 205 ff., Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrechts
- Ders.*: NZG 2004, S. 509 ff., Keine Aktienoptionen mehr für Aufsichtsratsmitglieder
- Ders.*: NZG 2002, S. 10 ff., Corporate Governance Codizes als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat
- Pistor, Katharina*: Corporate Governance durch Mitbestimmung und Arbeitsmärkte, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 157 ff. (zitiert: *Pistor*, Handbuch CG)
- Radke, Christoph*: Die Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG – Grundlagen und Haftungsfragen, Diss., Bayreuth 2004 (zitiert: *Radke*, Entsprechenserklärung)
- Raiser, Thomas*: Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., München 2001 (zitiert: *Raiser*, Kapitalgesellschaften)

- Ders.*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklung, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006 (zitiert: *Raiser*, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag)
- Ders.*: Mitbestimmung im Betrieb und im Unternehmen, in: H.-M. Pawlowski, Günther Wiese, Günther Wüst (Hg.), Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, 1977, S.423 ff. (zitiert: *Raiser*, FS Duden)
- Ders.*: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *Raiser*, MitbestG)
- Ders.*: Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, 1975 (zitiert: *Raiser*, Grundgesetz)
- Ders.*: BB 1977, S. 1461 ff., Privatautonome Mitbestimmungsregelungen
- Ders.*: Das Unternehmen als Organisation, 1969 (zitiert: *Raiser*, Unternehmen als Organisation)
- Rappaport, Alfred*: Shareholder Value. Wertsteigerung als Maßstab für die Unternehmensführung, 2. Aufl. 1999 (zitiert: *Rappaport*, Shareholder value)
- Rathenau, Walther*: Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917 (zitiert: *Rathenau*, Aktienwesen)
- Rebhahn, Robert*: Unternehmensmitbestimmung im Rechtsvergleich – Ein Sonderweg im Rechtsvergleich, in: Rieble, Volker (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung, ZAAR-Schriftenreihe Bd. 1, § 2, 2004 (zitiert: *Rebhahn*, ZAAR)
- Reich, Norbert; Lewerenz, Karl-Jochen*: AuR 1976, S. 353 ff., Das neue Mitbestimmungsgesetz
- Rehberg, Markus*: ZGR 2005, S. 859 ff., Die mißbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea Zur Bedeutung, Reichweite und nationalen Umsetzung von Art. 11 sowie Erwägungsgrund 18 der SE-Richtlinie
- Reichold, Hermann*: Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, Historisch-dogmatische Grundlagen von 1848 bis zur Gegenwart, 1995 (zitiert: *Reichold*, Sozialprivatrecht)
- Ders.*: JZ 2006, S. 812 ff., Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen
- Reuter, Dieter*: RdA 1991, S. 191 ff., Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie
- Ders.*: AcP 179 (1979), S. 509 ff., Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht
- Ders.*: RdA 1988, S. 280 ff., Das Verhältnis der unternehmerischen Mitbestimmung zum Arbeitsrecht

- Richardi, Reinhard*: AG 1979, S. 29 ff., Mitbestimmung – das nicht gelöste Ordnungsproblem
- Ders.*: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 9. Aufl. 2003 (zitiert: *Richardi/Bearbeiter, BetrVG*)
- Richter, Rudolf; Furubotn, Eirik*: Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2003 (zitiert: *Richter/Furubotn, Institutionenökonomik*)
- Ridder, Helmut*: Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1960 (zitiert: *Ridder, Verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften*)
- Rieble, Volker*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996 (zitiert: *Rieble, Arbeitsmarkt*)
- Ders.*: Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Rechtsfertigungsdruck, in: ders. (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung, ZAAR-Schriftenreihe Bd. 1, § 1, 2004 (zitiert: *Rieble, ZAAR*)
- Ders.*: NJW 2006, S. 2214 ff., Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen
- Ders.*: Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung, in: Külp, Bernhard; Vanberg, Viktor (Hg.), Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Gedenkband zur Erinnerung an Walter Eucken, 2000, S. 199 ff. (zitiert: *Rieble, GS Eucken*)
- Rittner, Fritz*: Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, in: Ballerstedt, Kurt (Hg.), Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag, 1970, S. 139 ff. (zitiert: *Rittner, FS Gessler*)
- Rittner, Fritz*: Der 30-jährige Krieg um das deutsche Gesellschaftsrecht und seine Lehren, in: Lutter, Marcus; Scholz, Manfred; Sigle, Walter (Hg.), Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, 1999, S. 367 ff. (zitiert: *Rittner, FS Peltzer*)
- Ders.*: AcP 188 (1988), S. 101 ff., Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb
- Roe, Mark J.*: Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control, in: Working Paper Series, Harvard Law School, 1999, S. 1 ff. (zitiert: *Roe, Preconditions*)
- Ders.*, Political determinants of corporate governance, 2003
- Rolf, Christian*: Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG, Diss., Mannheim 2004 (zitiert: *Rolf, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur*)
- Röhricht, Volker*: ZIP 2005, S. 505 ff., Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht
- Roth, Günter H.*: ZGR 2005, S. 348 ff., Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen

- Ders.*: ZIP 2003, S. 369 ff., Die (Ohn-)Macht der Hauptversammlung
- Roth, Günter H.; Wörle, Ulrike*: ZGR 2004, S. 565 ff., Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit
- Roth, Marcus*: AG 2004, S. 1 ff., Möglichkeiten vorstandsunabhängiger Information des Aufsichtsrats
- Ders.*: ZfA 2004, S. 531 ff., Die unternehmerische Mitbestimmung in der monistischen SE
- Roth, Wulf-Henning*: Unternehmensmitbestimmung und internationales Gesellschaftsrecht, in: Söllner, Alfred; Gitter, Wolfgang; Waltermann, Raimund; Giesen, Richard; Ricken, Oliver (Hg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 709 ff. (zitiert: *Roth, GS Heinze*)
- Ders.*: „Das Wandern ist des Müllers Lust...“: Zur Auswanderungsfreiheit für Gesellschaften in Europa, in: Lorenz, Stefan; Trunk, Andreas; Eidenmüller, Horst; Wendehorst, Christiane; Adolff, Johannes (Hg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 973 ff. (zitiert: *Roth, FS Heldrich*)
- Roth, Wulf-Henning*: IPRax 2003, S. 117 ff., Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004 (zitiert: *Röthel, Normkonkretisierung*)
- Roxin, Claus*: JuS 1964, S. 373 ff., Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht
- Rube, Wolrad*: Paritätische Mitbestimmung und Betriebsverfassung, Diss., Marburg 1981 (zitiert: *Rube, Paritätische Mitbestimmung*)
- Rüthers, Bernd*: NJW 2003, S. 546 ff., Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?
- Ders.*: Betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht und Individualbereich, in: Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, Schriften des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Bd. 5, 1970 (zitiert: *Rüthers, Mitbestimmungsrecht*)
- Ruzik, Andy*: NZG 2004, S. 455 ff., Zum Streit über den Streik – Aufsichtsratsmandat und Gewerkschaftsführung im Arbeitskampf
- Säcker, Franz Jürgen*: DB 1977, S. 1791 ff., Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz
- Säcker, Jürgen*: AG 2004, S. 180 ff., Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern
- Sadowski, Dieter; Junkes Joachim; Lent, Cornelia*: Mitbestimmung – Gewinne und Investitionen – Expertise für das Projekt „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen“ der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung, 1997 (zitiert: *Sadowski/Junkes/Lent, Mitbestimmung*)

- Sadowski, Dieter; Junkes, Joachim; Lindenthal, Sabine*: ZGR 2001, S. 111 ff., Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht
- Schaefer, Franz W.; Eichner, Christian*: NZG 2003, S. 150 ff., Abwehrmöglichkeiten des Vorstands von börsennotierten Aktiengesellschaften bei feindlichen Übernahmeversuchen – ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA
- Schäfer, Carsten*: ZIP 2005, S. 1253 ff., Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG
- Ders.*: NZG 2004, S. 785 ff., Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung
- Schaub, Günter*: Koch, Ulrich; Linck, Rüdiger (Hg.), Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl. 2005 (zitiert: *Schaub, ArbRHb*)
- Schiessl, Maximilian*: AG 2002, S. 593 ff., Deutsche Corporate Governance post Enron
- Ders.*: ZHR 167 (2003), S. 235 ff., Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb
- Schilling, Ulrich*: BB 1997, S. 373 ff., Shareholder value und Aktiengesetz
- Schilling, Wolfgang*: ZHR 144 (1980), S. 136ff., Das Aktienunternehmen
- Schlegelberger, Franz; Quassowski, Leo; Herbig, Gustav; Gebler, Ernst; Hefermehl, Wolfgang*: Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1939 (zitiert: *Schlegelberger/Quassowski*)
- Schmidt, Eike*: JZ 1980, S. 153 ff., Von der Privat- zur Sozialautonomie
- Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *K. Schmidt, Gesellschaftsrecht*)
- Ders.*: Handelsrecht, 5. Aufl. 1999 (zitiert: *K. Schmidt, Handelsrecht*)
- Schmidt, Reinhard H., Weiß, Marco*: Shareholder vs. Stakeholder: Ökonomische Fragestellungen, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 107 ff. (zitiert: *Schmidt/Weiß, Handbuch CG*)
- Schmidt-Leithoff, Christian*: Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989 (zitiert: *Schmidt-Leithoff, Unternehmensleitung*)
- Schmidt-Rimpler, Walter*: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, in: Bar, Fritz; Esser, Josef; Kübler, Friedrich; Steindorff, Ernst (Hg.), Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S. 3 ff. (zitiert: *Schmidt-Rimpler, FS Raiser*)
- Ders.*: AcP 147 (1941), S. 130 ff., Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts
- Schmoldt, Hubertus*: Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht, in: Rieble, Volker (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung, ZAAR-Schriftenreihe Bd. 1, § 5, 2004 (zitiert: *Schmoldt, ZAAR*)

- Schneevoigt, Ihno*: ZfA 2005, S. 233 ff., Die Praxis der Mitbestimmung – Wie wirkt sich die Mitbestimmung auf die Entscheidungsprozesse im Unternehmen aus?
- Schneider, Uwe H.*: AG 2004, S. 429 ff., Die Revision der OECD Principles of Corporate Governance 2004
- Scholz, Rupert*: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974 (zitiert: *Scholz, Mitbestimmung und Grundgesetz*)
- Schön, Wolfgang*: Der Aktionär im Verfassungsrecht, in: Habersack, Mathias; Hüffer, Uwe; Hommelhoff, Peter; Schmidt, Karsten (Hg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S. 1359 ff. (zitiert: *Schön, FS Ulmer*)
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001 (zitiert: *Schönke/Schröder/Bearbeiter*)
- Schulze-Osterloh, Joachim*: ZIP 2001, S. 1434 ff., Das deutsche Gesellschaftsrecht im Banne der Globalisierung
- Schumann, Michael; Kuhlmann, Martin; Sanders, Frauke; Sperling, Hans Joachim*: WSI Mitteilungen 1/2005, S. 3 ff., Anti-tayloristisches Fabrikmodell – AUTO 5000 bei Volkswagen
- Schüppen Matthias*: ZIP 2002, S. 1269 ff., To comply or not to comply – that`s the question! Existenzfragen des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktrechtlicher Unternehmensführung
- Schwalbach, Joachim*: AG 2004, S. 186 ff., Effizienz des Aufsichtsrats
- Schwark, Eberhard*: AG 2004, S. 173 ff., Globalisierung, Europarecht und Mitbestimmung im Konflikt
- Schwarze, Roland*: ZfA 2005, S. 81 ff., Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie – Der paternalistische Kern des Arbeitnehmerschutzes
- Schwerdtfeger, Gunther*: Zur Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung, 1978 (zitiert: *Schwerdtfeger, Verfassungsmäßigkeit*)
- Seibert, Ulrich*: WM 2005, S. 157 ff., UMAG und Hauptversammlung – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)
- Ders.*: RabelsZ 69 (2005), S. 712 ff., The Company Law Reform Projects of the German Ministry of Justice
- Ders.*: BB 2002, S. 581 ff., Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da
- Seibt, Christoph H.*: AG 2005, S. 413 ff., Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen: Rechtliche Grundlagen und Praxishinweise
- Ders.*: AG 2002, S. 249 ff., Deutscher Corporate Governance Kodex: Abwarten auf Zweifelsfragen der Praxis

- Seidel, Wolfgang*: ZIP, 2004, S. 285 ff., Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung?
- Seiter, Hugo*: Unternehmensmitbestimmung und Tarifaueinandersetzungen, in: Mayer-Maly, Theodor, Richardi, Reinhard; Schambeck, Herbert; Zöllner, Wolfgang, Festschrift für Gerhard Müller, 1981 (zitiert: *Seiter*, FS G.Müller)
- Semler, Johannes*: AG 2005, S. 321 ff., Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft
- Ders.*: Stimmverbote im Zusammenhang mit § 32 MitbestG, in: Forster, Karl-Heinz; Grunewald, Barbara; Lutter, Marcus; Semler, Johannes (Hg.), Festschrift für Bruno Kropff, 1997, S. 302 ff. (zitiert: *Semler*, FS Kropff)
- Semler, Johannes; Stengel, Arndt*: Umwandlungsgesetz, 2003 (zitiert: *Semler/Stengel-Bearbeiter*)
- Dies.*: NZG 2003, S. 1 ff., Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften am Beispiel von Konflikten bei Übernahme
- Semler, Johannes; v. Schenck, Kersten (Hg.)*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl. 2004 (zitiert, *Bearbeiter* in: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch)
- Spieker, Wolfgang*: Die Ausübung von Beteiligungsrechten in mitbestimmten Unternehmen – Beschlüsse des Aufsichtsrats nach § 32 Mitbestimmungsgesetz 1976, in: Klebe, Thomas; Wedde, Peter; Wolmerath, Martin (Hg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, 1999, S. 406 ff. (zitiert: *Spieker*, FS Däubler)
- Ders.*: BB 1962, S. 925 ff., Verzicht auf Aufsichtsratsvergütung und unzulässige Wahlbeeinflussung
- Spindler, Gerald*: ZIP 2005, S. 2033 ff., Die Empfehlungen der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex
- Staudinger*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 1998 ff. (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*)
- Stebut, Dietrich v.*: Der arbeitsrechtliche Eingliederungsvertrag, in: Heinze, Meinhard; Söllner, Alfred (Hg.), Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, 1994, S. 1135 ff. (zitiert: *v. Stebut*, FS Kissel)
- Stein/Jonas*: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22. Aufl. 2004 (zitiert: *Stein/Jonas-Bearbeiter*)
- Steindorff, Ernst*: ZHR 141 (1977), S. 457 ff., Einzelfragen zur Reichweite des Mitbestimmungsgesetzes
- Strasser, Rudolf*: Die Gestaltung der Betriebsverfassung als gesellschaftspolitisches Problem, in: Mayer-Maly, Theodor (Hg.), Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag, 1967, Bd. 1, S. 295 ff. (zitiert: *Strasser*, FS Schmitz)
- Streinz, Rudolf*: EUV/EGV, Kommentar, 2003 (zitiert: *Streinz/Bearbeiter*)

- Strieder, Thomas*: DB 2005, S. 957 ff., Anmerkungen zur individualisierten Angabe von Vorstandsbezügen im Anhang des Jahresabschlusses
- Teichmann, Christoph*: ZGR 2001, 645 ff., Corporate Governance in Europa
- Teubner, Gunter*: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978 (zitiert: *Teubner, Organisationsdemokratie*)
- Thümmel, Roderich C.*: BB 2004, S. 1, Corporate Governance – auch für mittelständische Unternehmen aktuell
- Thüsing, Gregor*: Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: Wank, Rolf; Hirte, Heribert; Frey, Kaspar; Fleischer Holger; Thüsing, Gregor (Hg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 559 ff. (zitiert: *Thüsing, FS Wiedemann*)
- Ders.*: ZIP 2003, S. 693 ff., Vereinbarte Betriebsratsstrukturen
- Ders.*: ZIP 2004, S. 381 ff., Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit
- Ders.*; Tarifaautonomie und Gemeinwohl, in: Oetker, Hartmut; Preis, Ulrich; Rieble, Volker (Hg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (zitiert: *Thüsing, FS 50 Jahre BAG*)
- Ders.*, Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: Rieble, Volker (Hg.) Zukunft der Unternehmensverfassung, ZAAR-Schriftenreihe Bd. 1, § 3, 2004 (zitiert: *Thüsing, ZAAR*)
- Tiedemann, Klaus*: ZIP 2004, S. 2056 ff., Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2004 – XIV 7/03 „Mannesmann“, ZIP 2004, S. 2044 ff.
- Triebel, Volker; von Hase, Karl*: BB 2003, S. 2409 ff., Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“
- Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006 (zitiert: *Tröndle/Fischer*)
- Ulmer, Peter*: AcP 202 (2002), S. 143 ff., Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte
- Ders.*: ZHR 166 (2002), S. 271 ff., Paritätische Arbeitnehmer-Mitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?
- Ders.*: ZHR 166 (2002) 150 ff., Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften
- Ders.*: NJW 1980, S. 1603 ff., Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision
- Unruh, Peter*: JZ 2003, S. 1061 ff., Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 . 2 BvL 5/98, 6/98
- Veit, Martin / Wichert, Joachim*: AG 2004, S. 14 ff., Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“

- Vetter, Eberhard*: AG 2006, S. 32 ff., Handgeld für in der Hauptversammlung präsente Aktionäre?
- Ders.*: AG 2004, S. 234 ff., Stock Options für Aufsichtsräte – ein Widerspruch?
- Wachter, Thomas*: EWiR 2004, S. 375 f., Kurzkomentar zu BayObLG, Beschl. v. 11.2.2004 – 3Z BR 175/03
- Ders.*: EWiR 2005, S. 581 f., Kurzkomentar zu EuGH GA (Antonio Tizzano), Schlußantrag v. 7.7.2005 – Rs. C 411/03 (Sevic)
- Wackerbarth, Ulrich*: ZGR 2005, S. 686 ff., Investorvertrauen und Corporate Governance
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996 (zitiert: *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung)
- Wank, Rolf*: Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl. 2001 (zitiert: *Wank*, Auslegung von Gesetzen)
- Watrin, Christian*: Die Demokratisierung der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Utz, Arthur F.; Streithofen, Heinrich B. (Hg.), Demokratie und Mitbestimmung, 1970, S. 124 ff. (zitiert: *Watrin* in: Utz/Streithofen)
- Weiss, Gunther A.*: Der Konzern 2004, S. 590 ff., Mitbestimmung im Konzern – zur praxisgerechten Anwendung und Reform des § 32 MitbestG
- Weitemeyer, Birgit*: ZGR 2005, S. 280 ff., Die Entlastung im Aktienrecht – neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung
- Weitnauer, Hermann*: Zivilrechtliche Grundstrukturen im Betriebsverfassungsrecht, in: Pawlowski, H.-M.; Wiese, Günther; Wüst, Günther (Hg.), Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, 1977 (zitiert: *Weitnauer*, FS Duden)
- Werder, Axel v.*: Ökonomische Grundfragen der Corporate Governance, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 3 ff. (zitiert: v. *Werder*, Handbuch CG)
- Ders.*: AG 2004, S. 166 ff., Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung
- Werder, Axel v.; Talaulicar, Till*: DB 2005, S. 841 ff., Kodex Report 2005 – Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex
- Werder, Axel v.; Talaulicar, Till; Kolat, Georg L.*: DB 2004, S. 1377 ff., Kodex Report 2004 – Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex
- Wiedemann, Herbert*: Gesellschaftsrecht, Band 1 – Grundlagen, 1980 (zitiert: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I)

- Ders.*: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966  
(zitiert: *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis)
- Ders.*: BB 1978, S. 5 ff., Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen  
Mitbestimmung der Arbeitnehmer
- Wiese, Günther*: ZfA 2000, S. 117 ff., Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger  
Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis
- Ders.*: Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des  
Arbeitsrechts, in: Heinze, Meinhard; Söllner, Alfred (Hg.), Arbeitsrecht in der  
Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, S. 1269 ff.  
(zitiert: *Wiese*, FS Kissel)
- Ders.*: ZfA 1996, S. 439 ff., Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses
- Wiesner, Georg*: EWiR 1986, S. 631 f., Entscheidungsanmerkung zu AG München,  
Beschl. v. 2.5.1985 – HRB 2212
- Williamson, Oliver E.*: Yale Law Journal 93 (1984), S. 1197 ff., Corporate  
Governance
- Ders.*: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990 (zitiert: *Williamson*,  
ökonomische Institutionen)
- Wilson, Harold*: The Governance of Britain, 1976
- Windbichler, Christine*: Arbeitsrecht im Konzern, 1989 (zitiert: *Windbichler*,  
Arbeitsrecht im Konzern)
- Dies.*: AG 2004, S. 190 ff., Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber  
dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz
- Windbichler, Christine; Bachmann, Gregor*: Corporate Governance und  
Mitbestimmung als „wirtschaftsrechtlicher ordre public, in: Westermann, Harm  
Peter, Mock, Klaus (Hg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag,  
2000, S. 797 ff. (zitiert: *Windbichler/Bachmann*, FS Bezenberger)
- Winter, Stefan*: Management- und Aufsichtsratsvergütung unter besonderer  
Berücksichtigung von Stock Options – Lösung eines Problems oder zu lösendes  
Problem?, in: Hommelhoff, Peter, Hopt, Klaus J.; v. Werder, Axel, Handbuch  
Corporate Governance, 2003, S. 177 ff. (zitiert: *Winter*, Handbuch CG)
- Wirth, Gerhard*: ZGR 2005, S. 327 ff., Anforderungsprofil und Inkompatibilitäten für  
Aufsichtsratsmitglieder
- Wittig, Arne*: ZHR 169 (2005), S. 212 ff., Bankaufsichtsrechtliche Grundlagen des  
(internen) Ratings und seine Transformation in das Darlehensverhältnis mit  
Unternehmen
- Wolf, Andreas*: Wege zur virtuellen Haupt- und Gesellschafterversammlung, Diss.,  
Saarbrücken, 2004 (zitiert: *Wolf*, Virtuelle Hauptversammlung)

- Wolf, Martin*: ZRP 2002, S. 59 f., Corporate Governance – Der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt
- Wollburg, Ralph*: ZIP 2004, S. 646 ff., Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen
- Wollburg, Ralph; Banerjea, Nirmal Robert*: ZIP 2005, S. 277 ff., Die Reichweite der Mitbestimmung in der europäischen Gesellschaft
- Yermack, David*: Journal of Financial Economics 40 (1996), S. 185 ff., Higher Market Evaluation of Companies with a Small Board of Directors
- Zimmer, Daniel*: Unternehmerische Mitbestimmung bei Auslandsgesellschaften mit Inlandssitz?, in: Söllner, Alfred; Gitter, Wolfgang; Waltermann, Raimund; Giesen, Richard; Ricken, Oliver (Hg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 1123 ff. (zitiert: *Zimmer*, GS Heinze)
- Zöllner, Richard*: Zivilprozeßordnung, 25. Aufl. 2005 (zitiert: *Zöllner/Bearbeiter*)
- Zöllner, Wolfgang*: AG 2003, S. 2 ff., Unternehmensinnenrecht: Gibt es das?
- Ders.*: Die Stellung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmen, in: Gamillscheg, Franz; Hueck, Götz; Wiedemann, Herbert, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 745 ff. (zitiert: *Zöllner*, FS 25 Jahre BAG)
- Ders.*: Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach Deutschem Recht, 1966 (zitiert: *Zöllner*, Rechtsnatur der Tarifnormen)

# ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble

ISSN 1863-0847

Band 1

## **Zukunft der Unternehmensmitbestimmung**

1. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

## **Zukunft des Arbeitskampfes**

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

## **Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit**

2. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz,

## **Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung**

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

## **Transparenz und Reform im Arbeitsrecht**

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

## **Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?**

3. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)