

SONDERDRUCK AUS

BITBURGER GESPRÄCHE
JAHRBUCH 2006/I



Verlag C. H. Beck München 2006

Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung

Das Thema verlangt vorab eine Systembetrachtung, die das Gesamtsystem der Mitbestimmung, also unter Einschluss der betrieblichen Mitbestimmung, dem Tarifsysteem gegenüberstellt und die Wechselwirkungen zeigt (sogleich unter I). Unter II. geht es um den regelnden Übergriff des kollektivautonomen Vertrages auf die Unternehmensmitbestimmung – also die praktischen Formen der vereinbarten Unternehmensmitbestimmung. Unter III. schließlich wird der Übergriff der Unternehmensmitbestimmung auf das Tarifsysteem erörtert.

I. Mitbestimmung als Staatsintervention im Konflikt mit der freiheitlichen Tarifautonomie

1. Systemwiderspruch und Systemtrennung

Dass die betriebliche und die Unternehmens-Mitbestimmung als heteronome Partizipationsmechanismen im Systemwiderspruch zur autonomen Gruppenbildung nach Art. 9 Abs. 3 GG und der Interessenwahrung durch autonome Gegenmachtbildung und Tarifvertragsschluss stehen, ist inzwischen Allgemeingut¹. Die Inkompatibilität zeigt sich an vier Punkten:

- „Demokratische“ Zwangsrepräsentation versus autonome Mitgliedschaft
- Staatliches Organisationsrecht mit enumerativen Aufgaben statt Organisations- und Zweckautonomie
- Einbindung in die Arbeitgeberorganisation statt Gegnerunabhängigkeit
- Friedliche „interne“ Konfliktlösungsvorgaben statt Arbeitskampf.

Hugo *Sinzheimer* hat die Gefahren der Räteverfassung für die Tarifautonomie klar gesehen und in der Nationalversammlung den zentralen Vorrang der Tarifautonomie vor der Mitbestimmung im Räteartikel der WRV durchgesetzt². In den USA wäre eine

¹ *Picker*, in: *Walter-Raymond-Stiftung* (Hrsg.), *Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung* (2000) S. 56 f.; *Rieble*, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996) Rn. 1411 ff.; *ders.*, *Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck*, in: *Rieble* (Hrsg.), *Zukunft der Unternehmensmitbestimmung* (2004) § 1 Rn. 8 ff.

² Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses (der Nationalversammlung) über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs = Bericht der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung 1919 Nr. 21 (1920) S. 394; vgl. auch *Stenographische Berichte* (der Nationalversammlung) 1919 S. 1748 ff., 1751 (A); *Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Auflage (1933) Art. 165 Anm. 3, S. 745 f.; *Flatow*, *Betriebsräte und Gewerkschaften*, NZfA 1924, Spalte 385 ff.

freiwillige Mitbestimmung nach deutschem Vorbild als „unfair labor practice“ unzulässig, weil sie „gelb“ ist, also zu nah am Arbeitgeber und die autonomen Gewerkschaften durch unlautere Konkurrenz behinderte³.

In Deutschland beharren wir auf dem Nebeneinander der gewerkschaftlichen und der Mitbestimmungsinteressenvertretung. Dabei versuchen wir, im Rechtssystem die getrennten und inkompatiblen Systeme durch Grenzziehungen *abzuschotten*, die *Interessenvertretungskonkurrenz* zu Lasten der Gewerkschaften zu verhindern⁴. Der Betriebsrat darf keine beitragsfreie Ersatzgewerkschaft sein, woran ihn der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG, das Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 2 BetrVG und das Beitragserhebungsverbot des § 41 BetrVG hindern sollen⁵. Außerdem muss der Betriebsrat zum Schutz der Nichtorganisierten neutral sein: ein Zwangsrepräsentationssystem unterfällt der koalitionspolitischen Neutralität des § 75 BetrVG; der Betriebsrat hat nicht die Aufgabe, Gewerkschaften zu unterstützen, ihnen Mitglieder zuzutreiben oder Betreuungsarbeit abzunehmen (auf Kosten des Arbeitgebers)⁶. Dass die Lebenswirklichkeit vielfach ganz anders funktioniert, ja dass Gewerkschaften Betriebsräte (rechtswidrig) als Existenzgrundlage sehen und nutzen⁷, hat für die Systemordnung wenig zu sagen.

In der *Unternehmensmitbestimmung* finden wir keine Regeln zur Systemtrennung, zum Gewerkschaftsschutz und zur Achtung der Nichtorganisierten. Das mag daran liegen, dass die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat bislang kaum als beitragsfreie Ersatzgewerkschaft agieren kann, weil sie keine expliziten Mitbestimmungsrechte hat und weil sich ihre Kompetenzen nicht auf die Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter, sondern auf die Unternehmensführung beziehen. Auch fehlt ihr ein rechtlich effektives Vertragssystem: Die Arbeitnehmerbank ist rechtlich nicht aktionsfähig, kann weder Schuldverträge noch Kollektivverträge abschließen. Künftig freilich kann es zu einer Konkurrenzsituation kommen, je mehr der Aufsichtsrat durch Zustimmungsvorbehalte zu Einzelmaßnahmen des Vorstandes operativ tätig wird (dazu II.1.4).

2. Faktisches Zusammenwachsen der Systeme

a) Koalitionsfreiheit erlaubt Zugriff auf Mitbestimmung

Die Trennung der Systeme war nie vollständig und konnte auch nicht vollständig sein: Mitglieder des Betriebsrats wie des Aufsichtsrats büßen ihre Koalitionsfreiheit nicht ein, wenn sie sich am System der Zwangsrepräsentation durch Mitbestimmung

³ Dazu *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) S. 416 f.; *Jung*, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht (1999) S. 313 ff.

⁴ Eingehend *Gamillscheg* (Fn. 3) S. 233 ff.

⁵ Dazu *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (Fn. 1) Rn. 1483 ff.

⁶ Zur Verpflichtung der gewerkschaftsneutralen Betriebsratsamtsführung nur *Fitting*, BetrVG, 22. Auflage (2004) § 75 Rn. 52.

⁷ *Bösche/Grimberg*, Die deutschen Gewerkschaftsgesetze, in FS Däubler (1999) S. 355, 359 (dort auch Fn. 22); *Behrens*, Die Rolle der Betriebsräte bei der Werbung von Gewerkschaftsmitgliedern, WSI-Mitteilungen 2005, 329.

beteiligen. Auf der anderen Seite haben die Gewerkschaften das Recht bei den Betriebsrats- und Aufsichtsratswahlen mit ihren Listen anzutreten und um Zustimmung für ihre gewerkschaftlichen Positionen zu werben. Richtiger Auffassung nach fußt dieses Recht zum Systemübergreif auf der Koalitionsfreiheit selbst; es handelt sich um ein Recht zur kollektiven Betätigung, wie das insbesondere der BGH für die Wahlen zu einem (freiwilligen) Unternehmensrat eines Stiftungsunternehmens gesagt hat⁸.

b) Mitbestimmung zur Machtverstärkung

Einer eigenen Betrachtung wert ist das Gewerkschaftsverständnis von der Mitbestimmung – insbesondere in seiner Entwicklung. Hier fehlt dafür der Raum. Selbstverständlich sind Betriebsräte und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat für die Gewerkschaften auch ein Weg, ihre Ziele zu erreichen. Die koalitionspolitische Neutralität des Betriebsrats wie des Aufsichtsrats oder auch nur seiner Arbeitnehmerbank verbietet nur die offene Parteinahme – nicht aber, dass sich die Arbeitnehmervertreter inhaltlich gewerkschaftlichen Vorstellungen anschließen. Während es in der Vergangenheit primär um Sachziele ging – also die Durchsetzung einer bestimmten gewerkschaftlichen Politik in Betrieb und Unternehmen, sollen Betriebsräte inzwischen auch für die Mitgliederwerbung genutzt werden⁹. Dass dies wegen der koalitionspolitischen Neutralität der Betriebsräte betriebsverfassungsrechtlich eindeutig unzulässig ist, kümmert kaum jemanden. Die Arbeitgeber wagen es nicht, stramm organisierte Betriebsräte daran zu hindern. Selbst wenn dabei, etwa in der Automobilindustrie, gelegentlich die negative Koalitionsfreiheit unter die Räder kommt – weil gewerkschaftlich organisierte Betriebsräte im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG sich den Direktkontakt zu den Bewerbern ausbedungen haben und jenem klarmachen, dass nach Eintritt in die IG Metall auch der Zustimmung zur Einstellung nichts mehr im Wege stünde¹⁰. Auch das betrifft die betriebliche Ebene. Die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat ist von den Mitarbeitern zu weit entfernt, um unmittelbar Mitglieder zu werben.

Die Mitwirkung im Aufsichtsrat hat insofern für die Gewerkschaften „nur“ zwei verstärkende Wirkungen:

- Einmal können Betriebsräte im Aufsichtsrat ihre dortige Macht in der Betriebsverfassung nutzbar machen – insbesondere um ihre Zielvorstellungen durchzusetzen. Das ist in deutschen Unternehmen gang und gäbe: Wichtige Anliegen, die der Be-

⁸ BGH vom 8.7.1982 – III ZR 103/80 – BGHZ 84, 352 = NJW 1982, 2369 = LM Art. 9 GG Nr. 12 für den freiwilligen Unternehmensrat der Carl-Zeiss-Stiftung.

⁹ Aktuell: *Behrens* (Fn. 7) WSI-Mitteilungen 2005, 329.

¹⁰ So beschrieben für Volkswagen in der Süddeutschen Zeitung vom 9./10.7.2005, S. 26. Das ArbG Frankfurt (Beschluss vom 4.10.2005 – 12 BV 550/05) meint, solches Verhalten sei der IG Metall nicht zurechenbar – so als ob solches Vorgehen – mit dem in einem für die Gewerkschaft überaus wichtigen Unternehmen ein Organisationsgrad von 97 % erreicht wird, ohne Billigung wenigstens der Bezirksebene vorstatten gehen könne. Das zeigt nur, wie gern vor jeglichem Missstand die Augen verschlossen werden, wenn es politisch opportun ist. Der Amtsermittlungsgrundsatz greift dann auch nicht mehr. Zum Schutz der negativen Koalitionsfreiheit vor dem unionshop jetzt EGMR vom 11.1.2006 – 52562/99 und 52620/99 [Sørensen und Rasmussen] – www.echr.coe.int/Eng/Press/2006/Jan/GrandChamberjudgmentSorensen&RasmussenvDenmark110106.htm (zuletzt abgerufen am 23.2.2006).

etriebsrat auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene gegenüber Werkleitern oder auch dem Vorstand nicht durchsetzen konnte, werden gelegentlich auf der Aufsichtsratsebene abgehandelt, als Teil eines Koppelungsgeschäfts, wenn der Vorstand in anderen Fragen eine Aufsichtsratsmehrheit braucht.

- Zweitens und insofern „vor allem“ dient die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat jedenfalls bei paritätischer Mitbestimmung dazu, die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats zielgerichtet von Mitbestimmungsthemen fernzuhalten. Kungeleien des Vorstands mit den Betriebsräten – dabei ist weniger an Lustreisen zu denken, als vielmehr die alltäglichen Koppelungsgeschäfte auf der Betriebsebene – werden vom Aufsichtsrat nicht überwacht und beanstandet, weil die zu kontrollierenden Betriebsräte mit im Kontrollgremium sitzen. Insofern ist die Unternehmensmitbestimmung eine grandiose Fehlkonstruktion: Die Arbeitnehmervertreter sind Kontrolleure ihrer selbst¹¹.

Die *verstärkte Hinwendung der Gewerkschaften zu den Mitbestimmungssystemen* hat ihren Grund auch in schwindenden Mitgliederzahlen. Inzwischen sind wir bei einem Nettoorganisationsgrad von knapp über 20% angelangt, wobei die Mitgliederstruktur durch starke Überalterung belastet ist¹². Weniger Mitglieder bedeutet schwindende Macht in Tarifauseinandersetzungen und damit ein Verlust an Gestaltungskraft. Bezieht man die Verschärfung des internationalen Wettbewerbs und die abnehmende Tarifbindung auf Arbeitgeberseite ein, ist es verständlich, nachvollziehbar und – wie gesagt – von der kollektiven Koalitionsfreiheit sogar geschützt, dass die Gewerkschaften versuchen, die Räte zu usurpieren, um ihre Vorstellungen durchzusetzen. So können sie Gestaltungskraft auf betrieblicher und Unternehmensebene gewinnen. Aber eben auf diese sind sie tarifpolitisch auch angewiesen: Der zunehmende Unternehmensbezug der Tarifpolitik über Öffnungsklauseln und „betriebliche Bündnisse“ bedeutet koalitionspolitisch, dass die Gewerkschaften in den Betrieben und Unternehmen nicht nur organisiert sein müssen, sondern dass sie dort auch über Macht verfügen.

c) Zugriff auf die Marktmacht der Unternehmen

Diese betriebs- und unternehmensbezogene Macht kann durchaus für *neue Gestaltungswege* genutzt werden: Die Gewerkschaft kann sich in Unternehmen, in denen sie kraft Mitbestimmung stark ist, dessen Marktmacht zunutze machen und – vor allem bei Zulieferern und Dienstleistern – Zugeständnisse zugunsten der Arbeitnehmer erzwingen. Erfolgreich ist vor allem die IG Metall, die über ihre Macht in den großen Unternehmen vor allem der Automobilindustrie dafür sorgt, dass nur solche Verleih-

¹¹ Dazu Rieble, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: Rieble (Fn. 1) § 1 Rn. 48 ff.

¹² Niedenhoff, Dossier Gewerkschaften in Deutschland (2003) S. 14: ca. 20 % Nettoorganisationsgrad im Jahr 2002; Schmabel, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände: Organisationsgrade, Tarifbindung und Einflüsse auf Löhne und Beschäftigung, ZAF 2005, 181, 185: 23,8 % im Westen und 20,4 % im Osten Deutschlands für 2002. Zur Altersstruktur der Mitgliedschaften Wolf (Hrsg.), Alter und gewerkschaftliche Politik. Auf dem Weg zur Rentnergewerkschaft? (1994).

unternehmen Aufträge erhalten, die den DGB-Zeitarbeitsarif (und nicht den billigeren Christentarif) anwenden. Schärfer noch verläuft die IG Metall-Kampagne „Saubere bleiben mit Tarif“, mit der Industrieunternehmen dazu angehalten werden, Aufträge zur Reinigung von Arbeitskleidung nur an tarifgebundene Wäschereien und Reinigungsunternehmen zu vergeben – was die IG Metall mit einer Liste der tarifgebundenen Arbeitgeber im Internet begleitet¹³. Hier wird also ein Boykott für Arbeitgeber ohne Tarifbindung gefahren, der klar gegen die negative Koalitionsfreiheit verstößt – weil Lieferanten und Dienstleister zur Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband gezwungen werden sollen. An die Stelle der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Bildung autonomer Gegenmacht¹⁴ tritt der Zugriff auf die Unternehmensmarktmacht – mit kartellrechtlichen Folgefragen. Dieser Zugriff auf die Unternehmensmacht ist möglich nur über eine starke Stellung der Gewerkschaften in Betriebs- und Aufsichtsräten.

d) Systemänderung: vom Organisationserfolg zum Wahlerfolg

Das heißt in der Konsequenz: An die Stelle des Organisationserfolgs tritt der Wahlerfolg. Das ist aus Systemgründen bedauerlich, weil die Grundvorstellung der Koalitionsfreiheit so verfehlt wird: Kollektive Selbsthilfe zielt auf genossenschaftliche Bindung. Mitglied also muss man sein. Je mehr Kraft Gewerkschaften auf die Repräsentation in Betriebs- und Aufsichtsräten verwenden, desto eher *nähern sie sich den Parteien* an: Geringe Mitgliederzahl und Kampf um den Wähler. Nicht die permanente Zustimmung des Mitgliedes, das jederzeit austreten könnte entscheidet, sondern die punktuelle Zustimmung zu den Wahlzeitpunkten. Die Hinwendung zum Wähler führt zu einer Interessenbindung an die Wahlbelegschaft (als Quasi-Wahlvolk) auf Unternehmens- oder Betriebsebene. Die gewerkschaftliche Willensbildung folgt nicht mehr aus der Breite der Mitgliedschaft – vielmehr gewinnen mächtige Betriebsratsfürsten starken Einfluss; das mag man Betriebsegoismus nennen¹⁵, wobei man sich nicht darüber täuschen darf, dass in einer Gewerkschaft auch andere Gruppenegoisten (etwa der Funktionäre) wirken. Für Gewerkschaften wird es deutlich schwerer, eine mitgliederorientierte Politik zu vertreten. Das zeigt sich bereits an Standortausinandersetzungen in großen Unternehmen: Hier können Betriebsfürsten mit einer für die Gewerkschaft bedeutsamen Schlüsselbelegschaft (etwa der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende Klemm bei DaimlerChrysler) erhebliche Macht auch innerhalb der Gewerkschaft ausüben – kraft ihrer Stellung im System der Mitbestimmung. Weil die Betriebsfürsten auf Zustimmung der gesamten Belegschaft angewiesen sind, können sie der Gewerkschaft eine an den Interessen der gesamten Belegschaft und nicht nur der Mitglieder ausgerichtete Politik auferlegen. Verbetrieblichung der Tarifpolitik kann eine *systemwidrige Verbetriebsrätlichung*

¹³ Beeindruckend: www.igmetall.de/cps/rde/xchg/SID-0A342C90-BF426692/internet/style.xsl/view_10200.htm (zuletzt abgerufen am 23.2.2006).

¹⁴ Dazu *Rieble*, Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung, in: *Külp/Vanberg* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Walter Eucken* (2000) S. 199 ff.

¹⁵ *Gamillscheg* (Fn. 3) S. 236 f. mwN.

der *Tarifpolitik* bedeuten. Weil Gewerkschaften nicht in der Lage sind, für sämtliche dezentralen Tarifrfragen die erforderliche Willensbildung selbst zu leisten, vor allem durch Tariffkommissionen im Unternehmen¹⁶ liegt es nahe, solche Tariffkommissionen aus den Gewerkschaftsmitgliedern im Betriebsrat zu bestücken (auch um die vom Arbeitgeber bezahlte Freistellung für diesen Zweck zu missbrauchen). Solche Personalunion sorgt für (unzulässigen¹⁷) *Fremdeinfluss in der Tarifpolitik*: Betriebsräte in Tariffkommissionen werden primär nach betrieblichen Gesichtspunkten und nicht nach dem übergeordneten Gewerkschaftsinteresse agieren. Ihre Machtbasis sind Betrieb und Unternehmen.

Auf der anderen Seite können Gewerkschaften über die Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen eine ganzheitliche belegschaftsbezogene Machtposition erlangen, die im Wege normaler Tarifaufeinanderersetzung nur schwer zu erreichen ist.

Parteähnliche, also auf Zustimmung durch Mitbestimmungswahlen angewiesene Gewerkschaften leiden nicht unter einem *Legitimationsdefizit*. In dem Ausmaß, in welchem die mitgliedschaftliche Legitimation schwindet, nimmt jene durch Wahlakt zu – auch wenn die Zustimmung für Gewerkschaften auch bei den Betriebsratswahlen abnimmt, auf hohem Niveau¹⁸. Die Zustimmung durch Mitgliedschaft ist zwar von höherer Qualität – insbesondere mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG. Indes ist der Koalitionsstatus ungefährdet, solange die Gewerkschaften gleich den Parteien einen Mitgliederkern bewahren und in den Betriebs- und Unternehmenswahlen um die Zustimmung vor allem der Nichtmitglieder buhlen. Insofern darf nicht vergessen werden, dass die Gewerkschaften auch im Tarifsysteem auf die Zustimmung der nicht-organisierten Arbeitnehmer angewiesen sind: im Arbeitskampf! Von deren Streikbeteiligung hängt der Kampferfolg in aller Regel ab.

Gefährdet ist freilich die *negative Koalitionsfreiheit*, weil die Zwangsrepräsentationssysteme in Deutschland auch einer Mehrheit in der Belegschaft kein Recht gewähren, ohne Betriebsrat oder Unternehmensmitbestimmung auszukommen. Das legt ein Recht der Belegschaft nahe, durch Urabstimmung das Ob der Mitbestimmung im Betrieb oder Unternehmen entscheiden zu dürfen¹⁹.

Die *Hinwendung der Gewerkschaften zu den Räten* belastet das Koalitionssystem *asymmetrisch*: Sie verlagert die Auseinandersetzung auf die Betriebs- und Unternehmensebene und nimmt den Arbeitgeberverbänden Bedeutung. Arbeitgeberverbände können diesen Weg nicht gehen. Im System der betrieblichen Mitbestimmung kommen sie nicht vor; dass Anteilseigner Aufsichtsratssitze an Verbandsvertreter vergäben, ist mir nicht bekannt. Arbeitgeberverbände könnten solche Wahlerfolge allenfalls in den Kammern suchen, in denen Unternehmen zwangsrepräsentiert sind. Doch ist das

¹⁶ Dazu instruktiv *Lessner*, Chancen dezentraler Tarifpolitik – Herausforderungen für die gewerkschaftliche Willensbildung, RdA 2005, 285 ff.

¹⁷ Zur Tarifverantwortung *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 1 Rn. 169 ff.

¹⁸ Dazu *Niedenhoff*, Betriebsratswahlen 2002 (2003) S. 8: Der Anteil nichtorganisierter Betriebsräte ist von 17,5 % im Jahr 1975 auf 40,7 % im Jahr 2002 gestiegen.

¹⁹ Dazu *Rieble* (Fn. 1) § 1 Rn. 64.

als Strategie noch nicht zu sehen. Schließlich sind die Kammern anders als die Räte nicht auf den sozialen Gegenspieler sondern auf die Gesellschaft ausgerichtet.

Unternehmensmitbestimmung und Gewerkschaftsfinanzen sind ein eigenes Thema. Es kann hier nicht behandelt werden, doch ist auf das auch finanzielle Interesse der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung als Pfründequelle hinzuweisen.

II. Zugriff des Tarifvertrags (Koalitionsvertrags) auf die Unternehmensmitbestimmung

1. Ausgangspunkt: begrenzte tarifliche Regelbarkeit von Mitbestimmungssystemen

a) Tarifliche Regelung der betrieblichen Mitbestimmung als Ausgangspunkt

Von der Betriebsverfassung her gesehen ist der Tarifzugriff auf die Mitbestimmung nichts besonderes: Seit je darf der Tarifvertrag in die Organisation der Mitbestimmung eingreifen, von den Strukturtarifverträgen nach § 3 BetrVG, mit denen die betriebsratsfähigen Einheiten abweichend vom Gesetz festgelegt werden können, bis hin zu zahlreichen Einzelnormen, von der Anzahl der Freistellungen über die Größe des Gesamtbetriebsrats bis hin zur tariflichen Schlichtungsstelle. Darüber hinaus lässt das BAG die Erweiterung von Mitbestimmungsrechten zu. Mit der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsöffnung korrespondiert die tarifrechtliche Regelungsbefugnis für die so genannten betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 und 4 Abs. 1 Satz 2 TVG. Problematisch sind jene, weil die Gewerkschaften als Mitgliederorganisationen Tarifnormen mit Außenseiterwirkung schaffen – die an verfassungsrechtliche Legitimationsgrenzen stoßen. Deswegen ist insbesondere die erleichterte Regelung von Betriebsratsstrukturen heftig umstritten²⁰.

Bessere Legitimation als die Gewerkschaften haben besondere Verhandlungsgremien der Belegschaft, wie sie vom Europäischen Recht der Mitbestimmung bekannt sind, vor allem für die Modifikation des EBR.

b) Keine Tarifmacht für Unternehmensmitbestimmung

Für die Unternehmensmitbestimmung zeigt uns dies zunächst zweierlei: Erstens muss die Frage der Tarifmacht unterfallen und zweitens muss das Mitbestimmungs-Organisationsrecht im konkreten Punkt dispositiv sein. An beidem fehlt es.

Schon das TVG gibt den Tarifparteien keine Tarifmacht für die Unternehmensverfassung. Der Wortlaut ist eindeutig und beschränkt die Tarifparteien auf die Regelung der Betriebsverfassung. Überbetriebliche Tarifnormen kennt das TVG nicht. Betriebsverfassung und Unternehmensverfassung sind trotz ihrer Systemverwandtschaft so grundverschieden, dass man letztere schwerlich als Unterfall der ersten be-

²⁰ Dazu nur *Löwisch/Rieble* (Fn. 17) § 1 Rn. 137 ff.; *GK-BetrVG/Kraft/Franzen*, 8. Auflage (2005) § 3 Rn. 69 f.

greifen kann. Dass die Unternehmensmitbestimmung früher einmal im BetrVG 1952 geregelt war, ist kein schlagkräftiges Argument²¹. Schließlich: Selbst die Neufassung des § 3 BetrVG beschränkt den Tarifvertrag mit seinem Abs. 5 auf die Änderung der (untersten) Organisationseinheit Betrieb. Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuss als betriebsverfassungsrechtliche Einrichtungen auf Unternehmensebene sind nicht tariflich regelbar²². Insofern bestätigt das BetrVG-Reformgesetz 2001 letztlich die systematische Beschränkung der Tarifparteien.

Für diese Frage ist ein Umstand entscheidend: Während die Betriebsverfassung dem Arbeitgeber ein eigenständiges Organ zur Arbeitnehmerinteressenvertretung gegenüber stellt, greift die Unternehmensmitbestimmung in die *Verfasstheit des Arbeitgeber-Rechtsträgers* selbst ein. Eine Tarifmacht für Fragen der Unternehmensmitbestimmung erlaubte also den unmittelbaren Zugriff auf den Arbeitgeber als solchen. Die Gewerkschaft könnte mit Hilfe der Tarifmacht den Tarifgegner verändern. Die Bipolarität des Tarifsystems wie der Koalitionsfreiheit setzt aber voraus, dass die Gegner voneinander unabhängig sind²³. Deswegen wäre es schön, vom Bundesverfassungsgericht irgendwann einmal überhaupt etwas zur Montanmitbestimmung zu hören. Bei der *lex Mannesmann* hat es sich ja wundersam gedrückt²⁴.

Genauer hingesehen: Ein Tarifvertrag über die Unternehmensverfassung regelte mit der Verfasstheit des Rechtsträgers letztlich Rechtsbeziehungen der Anteilseigner untereinander. Die Anteilseigner sind zur Satzungsregelung berufen; in diese Regelungskompetenz greife der Tarifvertrag ein. Die Tarifmacht besteht aber nicht gegenüber Anteilseignern, sie ist nur gegenüber dem jeweiligen Arbeitgeber legitimiert. Das TVG anerkennt noch nicht einmal einen Konzerntarifvertrag²⁵, wie soll es da den allgemeinen Zugriff auf Anteilseigner zulassen.

Das TVG kennt nur einen Sonderfall, der dem Tarifpartei den normativen Zugriff auf die Satzung der juristischen Person erlaubt: bei der gemeinsamen Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG – bei der die Tarifparteien selbst die Anteilseigner sind. Auch wenn diese gegenüber den Arbeitnehmern bestimmte Arbeitgeberfunktionen übernimmt, bleibt sie doch eine Einrichtung beider Tarifparteien und ist kein unabhängiger Arbeitgeber. Insofern handelt es sich um eine Ausnahme, die die Regel bestätigt.

c) Gesellschaftsrechtliche Grenze: Satzungsstrenge in der Aktiengesellschaft

Nun bedeutet der Ausschluss normativer Tarifmacht nicht, dass jedweder regelnde Einfluss auf die Unternehmensverfassung ausgeschlossen ist. Die Verfassung der Rechtsperson ist grundsätzlich regelbar – durch Satzung, die die Haupt- oder Gesell-

²¹ Zusammenfassung des Meinungsstandes bei *Wiedemann* in: *Wiedemann, TVG*, 6. Auflage (1999) Einleitung Rn. 454 f.

²² Dazu *Rolf*, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG (2004) S. 12 ff., 25 ff.; zustimmend *GK-BetrVG/Kraft/Franzen* (Fn. 20) § 3 Rn. 4, 19.

²³ Zur Gegnerunabhängigkeit nur *Jung* (Fn. 3).

²⁴ BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 [„*Mannesmann*“] – BVerfGE 99, 367 = EzA § 3 MitbestErgG Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 3 MitbestimmungsErgänzungsG = NZA 1999, 435.

²⁵ Dazu nur *Rieble*, Konzerntarifvertrag, *Der Konzern* 2005, 475 (Teil 1), 549 (Teil 2).

schafterversammlung beschließt. Das ist der wesentliche Unterschied zur Betriebsverfassung, die vom Gesetz geformt ist. Auch wenn der Tarifvertrag nicht normativ auf den Satzungsgeber einwirken kann, könnte die Gewerkschaft mit Hilfe eines schuldrechtlichen Koalitionsvertrages mit denjenigen Anteilseignern, die die satzungsändernde Mehrheit stellen, eine *schuldrechtliche Verpflichtung zu entsprechender Satzungsgestaltung* vereinbaren²⁶.

Am Ende stößt jede Vereinbarung auf die *Satzungstrenge* in der Aktiengesellschaft, die letztlich eine Modifikation der Mitbestimmungsregeln ausschließt. Auch hierzu ist viel geschrieben. Zusammengefasst: Zwar zielt § 23 Abs. 5 AktG auf „Vorschriften dieses Gesetzes“ (zu denen die Mitbestimmungsgesetze nicht gehören), doch bezieht § 96 Abs. 1 AktG durch Verweisung die Mitbestimmungsgesetze mit ein – und schließt abweichende Zusammensetzungen des Aufsichtsrats aus²⁷. Versuche, die Mitbestimmung durch Zugriff auf die Satzung der AG auszuweiten, scheitern: Das betrifft die Einführung der beinahe-paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG anstelle der Drittelbeteiligung, für die offenbar ein gewisses Bedürfnis gesehen wird. Dabei ist es auch nicht zulässig, den Aufsichtsratsvorsitzenden nach dem Vorbild des § 27 MitbestG aus den Reihen der Anteilseigner zu wählen. Weil jene Vorschrift nicht gilt, bleibt es bei § 107 Abs. 1 AktG, wonach der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden wählt. Das gilt auch für Versuche, die Wahl des Personalvorstands an die Zustimmung der Arbeitnehmerbank zu binden – vor allem durch eine Dreiviertelmehrheit. § 108 AktG schreibt für die Beschlussfassung des Aufsichtsrats die einfache Mehrheit vor; das gilt auch für die Vorstandsbestellung des § 84 AktG. Eine abweichende Regelung ist in § 84 Abs. 4 AktG nur für den Arbeitsdirektor in der Montanmitbestimmung vorgesehen.

d) Zustimmungsvorbehalte für den Aufsichtsrat als Ausweg?

Ein neues Feld für Mitbestimmungspolitik bieten die Zustimmungsvorbehalte des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG: Der Gesetzgeber verlangt, dass die Satzung dem Aufsichtsrat für bestimmte Geschäfte ein Zustimmungsrecht zu Maßnahmen der Geschäftsführung, also des Vorstandes vorbehält. Das entspricht dem Deutschen Corporate Governance Kodex, der unter Nr. 3.3 fordert, dass dies für Geschäfte von grundlegender Bedeutung zu geschehen habe, insbesondere für Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern²⁸.

²⁶ Allgemein zum schuldrechtlichen Koalitionsvertrag als Gestaltungsmittel *Löwisch/Rieble* (Fn. 17) § 1 Rn. 421 ff.

²⁷ *Hüffer*, AktG, 6. Auflage (2004) § 96 Rn. 1; *MünchKommAktG/Semler*, 2. Auflage (2004) § 96 Rn. 50; *KölnerKommAktG/Mertens* 2. Auflage (1996) § 96 Rn. 16; *GroßKommAktG/Oetker* 4. Auflage 1999 Vorbem. 101 ff. zum MitBestG; *Schöpf*, *Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung* (2003) S. 46; *Hommelhoff*, *Vereinbarte Mitbestimmung*, ZHR 148 (1984) S. 118, 140; *Beuthien*, *Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem Recht*, ZHR 148 (1984) S. 95.

²⁸ Dazu *Berrar*, *Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 AktG im Lichte der Corporate Governance Diskussion*, DB 2001, 2181; *Götz*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz*, NZG 2002, 599; *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 2. Auflage (2005), Rn. 369.

Damit aber erhält die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat ein geschäftsbezogenes Mitwirkungsrecht, das die Unternehmensmitbestimmung verändert – und der betrieblichen Mitbestimmung annähert.

Für die Zustimmungserteilung gilt zunächst der Grundsatz der einfachen Mehrheit, so dass die Anteilseignermehrheit – wenn sie sich einig ist – die Arbeitnehmerbank überstimmen kann. Gleichwohl bedeutet das eine gewisse Machtverschiebung: Ist dem Vorstand an einem deutlichen Mehrheitsvotum gelegen (wie das auch bei Vorstandsbestellungen der Fall ist), hat die Arbeitnehmerbank ein Faustpfand, das sie in Verhandlungen mit dem Vorstand aktivieren kann. Das betrifft insbesondere solche Maßnahmen des Vorstandes, die zugleich Mitbestimmungsrechte auf betrieblicher Ebene auslösen. Sind etwa Standortentscheidungen oder die Umstrukturierung des Unternehmens durch Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz unter Zustimmungsvorbehalt gestellt, die ihrerseits idR als Betriebsänderungen die betriebliche Mitwirkung nach §§ 111 ff. BetrVG auslösen, so fließt die Zustimmungsfraße in das Gesamtverhandlungspaket ein. Das löst einen Anreiz für Koppelungsgeschäfte aus, gegen die rechtlich praktisch kein Kraut gewachsen ist²⁹. Das hat der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung für den Zustimmungsvorbehalt in Kauf genommen.

Weil das Aktiengesetz für diese Zustimmung des Aufsichtsrats keine Mehrheit beizubehalten, und nur das MitbestG in § 29 Abs. 1 das Prinzip der einfachen Mehrheit fest schreibt, könnte die Mitbestimmung in Unternehmen, die nicht dem MitbestG unterfallen, ausgedehnt werden: durch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis für die Zustimmungserteilung durch den Aufsichtsrat. Muss der Aufsichtsrat die Zustimmung mit Dreiviertelmehrheit beschließen, so kommt der Arbeitnehmerbank im System der Drittelbeteiligung ein *Vetorecht* zu³⁰. Das Vetorecht begründet eine immens starke Verhandlungsposition – weil die Anteilseignerseite im Werben für die Zustimmung nicht ihre Überstimmensmöglichkeit ins Feld führen kann.

Das Mitbestimmungsurteil³¹ lässt sich unmittelbar nicht gegen solche Vetopositionen ins Feld führen. Das BVerfG hat nur gesagt, was der Gesetzgeber den Unternehmen zumuten darf. Hier geht es aber darum, was Aktionäre oder der Aufsichtsrat durch freiwillige Modifikationen der Mitbestimmung anrichten dürfen.

Ich halte freilich das *Mehrheitsprinzip* insgesamt für ein der Unternehmensmitbestimmung zugrunde liegendes und *zwingendes Konfliktlösungsprinzip*. Vetorechte ohne effektive Überwindungsmöglichkeit verfehlen den Paritätsgedanken, weil sie der Arbeitnehmerseite ein Übergewicht verschaffen. Außerdem stellen sie die Handlungsfähigkeit der juristischen Person – und damit ein Kernanliegen der Unter-

²⁹ Schönes Beispiel bei *Schneevoigt*, Die Praxis der Mitbestimmung – Wie wirkt sich die Mitbestimmung auf die Entscheidungsprozesse im Unternehmen aus? ZfA 2005, 233, 238 f. Instruktiv auch *Klosterkemper*, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung: FS Wißmann (2005) S. 456, 471 f. Zur Hilflosigkeit gegenüber Koppelungsgeschäften: *Konzen*, Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechte, FS Zöllner (1998) Bd. 2, S. 799 ff.

³⁰ *Seibt*, Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 2005, 413, 416.

³¹ BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = EzA § 7 MitbestG Nr. 1 = BVerfGE 50, 290, 293 unter C.I. der Gründe.

nehmensverfassung – in Frage³². Dass § 111 Abs. 4 Satz 2 und 3 AktG zur Überwindung der Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrats den *Hauptversammlungsbeschluss* (mit Dreiviertelmehrheit) vorsieht, ist kein taugliches Konfliktlösungsinstrument³³. Die Hauptversammlung tagt zu selten; selbst eine außerordentliche Hauptversammlung braucht Zeit und löst Kosten aus. Das Quorum zeigt, dass es hier um außerordentliche Entscheidungen geht – und nicht um die Lösung normaler, ja alltäglicher Mitbestimmungskonflikte.

Das MitbestG selbst lässt erkennen, dass es Vetorechte nicht will: Wo es nämlich ausnahmsweise eine qualifizierte Mehrheit fordert – wie bei der Vorsitzendenwahl (§ 27 Abs. 1 MitbestG) oder bei der Vorstandsbestellung nach § 31 Abs. 2 MitbestG – löst es diese Vetomacht sogleich wieder auf, indem bei der zweiten Wahl oder Abstimmung entweder die Anteilseigner allein den Vorsitzenden wählen oder aber die einfache Mehrheit für die Vorstandsbestellung genügt (§§ 27 Abs. 2, 31 Abs. 3 und 4 MitbestG). Hierzu passt auch § 32 MitBestG, der die Mitbestimmungskaskade in Beteiligungsgesellschaften verhindert – damit nicht der Arbeitnehmereinfluss überparitätisch gerät – und dazu sogar zum Systembruch greift, indem nur die Anteilseignerbank agiert³⁴. Also: Solange die Unternehmensmitbestimmung kein spezifisches Konfliktlösungsinstrument bereit hält, um *Einigungsblockaden zu überwinden*, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern und Koppelungsgeschäfte zu vermeiden³⁵ – man denke an die betriebliche Einigungsstelle als Vorbild – solange ist das Prinzip der (leichten) Anteilseignermehrheit das gebotene Konfliktlösungsinstrument. Insofern kann auch für das Drittelbeteiligungsgesetz, das wegen der deutlichen Überlegenheit der Anteilseignerseite keine Sicherungsvorgaben enthält, keine Öffnung für gewillkürte Vetorechte angenommen werden³⁶.

e) Mitbestimmungstaktische Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG

Dass die Mitbestimmungserweiterung an rechtliche Grenzen stößt, lässt sich ignorieren: Zwar führen Verstöße gegen die Satzungsstrenge grundsätzlich zur Nichtigkeit der Satzungsbestimmung – doch wird diese Nichtigkeit nach § 242 Abs. 2 AktG geheilt, wenn die Satzungsbestimmung in das Handelsregister eingetragen worden ist und drei Jahre lang nicht mit der Nichtigkeitsklage angegriffen worden ist³⁷. Das gilt

³² *Schöpfe*, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung (2003) S. 86 f; *Ihrig/Schlitt*, Vereinbarungen über eine freiwillige Einführung oder Erweiterung der Mitbestimmung, NZG 1999, 333, 336.

³³ So aber *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe – Zur Verfassungsmäßigkeit des MitBestG 1976 (1978) S. 184.

³⁴ BT-Ds. 7/2172 S. 28; GroßKommAktG/*Oetker* (Fn. 27) § 32 Rn. 1 f.; weiter *Reuter*, Der Einfluss der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979) S. 509 ff., der diese Ausnahmenorm sogar noch ausweitend anwenden will; dagegen richtig GroßKommAktG/*Oetker* (Fn. 27) § 32 MitbestG Rn. 12; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern (1989) S. 559.

³⁵ Zum Mitbestimmungsmisbrauch durch Koppelungsgeschäfte: *Rieble/Klumppl/Gistel*, Rechtsmissbrauch in der Betriebsverfassung, ZfA 2006 Heft 3.

³⁶ Ähnlich wie hier MünchKommAktG/*Semler* (Fn. 27) § 108 Rn. 132 mit der Begründung, die Erschwerung des Selbstorganisationsprozesses sei zu vermeiden; *Hüffer*, AktG (Fn. 27) § 108 Rn. 8.

³⁷ BGH vom 19.6.2000 – II ZR 73/99 – BGHZ 144, 365, 368 = NJW 2000, 2819; grundsätzlich schon BGH vom 15.12.1986 – II ZR 18/86 – BGHZ 99, 211 = NJW 1987, 902; *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht (1998) insbesondere S. 83 ff.; *Emde*, Restitutionsansprüche nach Heilung gemäß § 242 Abs. 2 AktG?, ZIP 2000, 1753, 1755.

nach dem eindeutigen Wortlaut selbst für sittenwidrige Satzungsregeln. Zweifeln kann man nur daran, ob solche Heilung die von der Verfassung angeordnete Nichtigkeit nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG überwinden kann – das beträfe aber die nur theoretischen Fälle, in denen die Koalitionsfreiheit des Unternehmens insbesondere durch ein Festschreiben der Tarifgebundenheit oder ein Vetorecht der Arbeitnehmerbank für den Verbandsaustritt verletzt würde.

Das aber heißt: Abreden des Unternehmens mit der Gewerkschaft über unzulässige Mitbestimmungsintensivierungen können durch geheilte Satzungsänderung vollzogen werden. „Gefahr“ droht der Heilung von zwei Seiten:

- Einmal muss das Registergericht mitbestimmungsrechtlich unsensibel sein – und die Satzungsbestimmung eintragen. Zum anderen droht auch nach Ablauf der Heilungsfrist noch die Amtslöschung, § 242 Abs. 2 Satz 3 AktG iVm § 144 Abs. 2 FGG; freilich müsste das Registergericht ein öffentliches Interesse darin sehen, die im Interesse der Rechtssicherheit erfolgte Heilung aufzuheben.
- Außerdem darf innerhalb der Heilungsfrist kein Aktionär zur Nichtigkeitsklage greifen.

2. Ausweichstrategie: Stimmbindungs- und Konsortialverträge

Die Praxis findet immer einen Weg: Der große intellektuelle Aufwand, der für die Entwicklung der zwingenden Unternehmensverfassung betrieben wird, lässt sich leicht aushebeln: Die Anteilseignerseite muss nur Arbeitnehmervertreter, idR solche, die von der Gewerkschaft benannt worden sind, als Anteilseignervertreter wählen und auf diese Weise von der Drittelbeteiligung zur Parität gelangen. Das ist ohne weiteres zulässig, weil der Gesetzgeber die entsprechende Inkompatibilitätsregelung (Verbot der Arbeitnehmerseite für Mitglieder des Aufsichtsrates im AktG 1937) parallel zum BetrVG 1952 bewusst aufgehoben hat, um diese Zuwahl zu ermöglichen³⁸.

„Was man tun darf, darf man auch versprechen“, sagt *Gamillscheg*³⁹. Das stimmt zwar nicht immer. Hier aber schon. Die Anteilseigner – und nicht etwa die betroffene Gesellschaft – können sich in einem schuldrechtlichen Stimmbindungsvertrag mit der Gewerkschaft zur Zuwahl von Arbeitnehmervertretern „als Anteilseignervertretern“ verpflichten. Dieser ist kein Tarifvertrag, wohl aber schuldrechtlicher Koalitionsvertrag. Auch als nicht eingetragene Vereine sind die Gewerkschaften teilrechtsfähig, so dass sie ihre Rechte hieraus auch durchsetzen können⁴⁰.

³⁸ BT-Drucksache I/3585, S. 19. BGH vom 3.7.1975 – II ZR 35/73 – AP Nr. 1 zu § 96 AktG = AP Nr. 1 zu § 96 AktG = BB 1975, 125 = DB 1975, 1548 = AG 1975, 242 (mit zustimmender Anmerkung *Mertens*) = BGH NJW 1975, 1657; OLG Hamburg vom 5.5.1972 – 11 U 46/71, 11 U 166/71 – AG 1972, 183 = MDR 1972, 696, für die Wirksamkeit eines entsprechenden Beschlusses der Stadtgemeinde zur Entsendung von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat einer Stadtwerke AG: VG Gelsenkirchen vom 14.12.1973 – 4 L 286/73 – AG 1974, 264 = NJW 1974, 378; KölnerKommAktG/*Mertens* (Fn. 27) § 96 Rn. 15; MünchHdbGesR IV/*Hoffmann-Becking*, 2. Auflage (1999) § 28 Rn. 42 mwN.

³⁹ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966) S. 48.

⁴⁰ Dazu *K. Schmidt*, „Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001“, NJW 2001, 993, 1002 f..

Dass damit die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für Mitbestimmungsmodelle umgangen würden, lässt sich entgegen einer starken Meinung⁴¹ nicht sagen⁴², solange diese Stimmbindung nicht satzungsgleich festgeschrieben ist, sondern auf einem – zu den Aufsichtsratswahlen – regelmäßig kündbaren *Schuldvertrag* fußt, *der die Satzung nicht ersetzen will, sondern neben ihr steht*. Die Satzungsstrenge will den Aktionär vor unerwarteten Satzungsgestaltungen schützen, nicht aber vor unerwartetem Stimmverhalten. Nur das Kündigungsrecht verhindert, dass das Stimmrecht dauerhaft von der Aktie abgespalten wird⁴³.

Anteilseignern muss man zurufen, dass der Weg gefährlich ist: Sie können sich zwar ein Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden ausbedingen; nicht aber in der Satzung festschreiben lassen, dass der Vorsitzende Anteilseigner ist. Für Aktiengesellschaften außerhalb des MitbestG lässt § 107 Abs. 1 AktG keine besonderen Amtsvoraussetzungen zu⁴⁴. Eher theoretisch ist die Frage, ob die Arbeitnehmervertreter sich auf diesem Wege auch die „überparitätische“ Mehrheit im Aufsichtsrat versprechen lassen können. Insofern geht es nicht um Umgehung der Satzungsstrenge, sondern darum, ob das MitbestG implizit eine Obergrenze für den Mitbestimmungseinfluss zieht⁴⁵.

Stutzig macht nur, dass solche eher seltenen Modelle vor allem für Unternehmen der öffentlichen Hand praktisch werden – für Energieversorger und für Kliniken; früher für solche Unternehmen, die dauerhaft der öffentlichen Hand gehören sollten (Rechtsformprivatisierungen), heute vielfach zur Festschreibung des Arbeitnehmerinflusses in Unternehmen, die privaten Eignern gehören. Das deutet darauf hin, dass Gewerkschaften nicht nur im mittelbaren öffentlichen Dienst, sondern auch bei Privatisierungsvorgängen starken Einfluss ausüben – für die Beschäftigten, aber womöglich zu Lasten des privatisierenden Staates, der solche Soziallasten durch einen Erlösabschlag bezahlen muss. Rechtlich problematisch könnte das nur geraten, wenn der Staat sich durch Mitbestimmung des vom Demokratieprinzip gebotenen Mindestmaßes an *Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten* begibt. Davon kann bei knapp unterparitätischer Mitbestimmung nicht die Rede sein.

⁴¹ So Hüffer, AktG (Fn. 27), § 96 Rn. 3; MünchKommAktG/Semler (Fn. 27) § 96 Rn. 4; Rn. 69, wonach Stimmbindungsverträge „wenn überhaupt“ nur dann zulässig sind, wenn sie nicht bei der Hauptversammlung dazu führen, dass durch die Hintertür ein gesetzlich nicht vorgesehenes Mitbestimmungsmodell mit Wirkung für und gegen andere unbeteiligte Aktionäre geschaffen wird; KölnerKommAktG/Mertens (Fn. 27) § 96 Rn. 16; Biedenkopf/Säcker, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211, 264; Beuthien (Fn. 27) S. 95; Hommelhoff (Fn. 27) S. 134 und 140; Seibt (Fn. 30) AG 2005, 413, 415; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1 Teil 2, Die juristische Person (1983) S. 240; Schmiedel Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch Aktionärsbeschluss?, JZ 1973, 343, 348; BGH vom 3.7.1975 – II ZR 35/73 – AP Nr. 1 zu § 96 AktG = DB 1987, 424 = AG 1975, 242 lässt die Frage offen, da der Entscheidung eine freiwillige Zuwahl zugrunde liegt.

⁴² Hommelhoff (Fn. 27) S. 139; Baumann/Reiß, Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989, 157, 212; Fabricius, Erweiterung der Arbeitnehmer-Beteiligung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gem. § 76 BetrVG 1952 auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, FS Hilger/Stumpf (1983) S. 155, 160; Schöpfe (Fn. 32) S. 61; Ibrigg/Schlitt (Fn. 32) NZG 1999, 333, 335.

⁴³ Dazu Hommelhoff (Fn. 27) S. 140; Schöpfe (Fn. 32) S. 56; MünchKommAktG/Semler (Fn. 27) § 96 Rn. 71.

⁴⁴ Hüffer, AktG (Fn. 27) § 107 Rn. 3.

⁴⁵ Dazu Schöpfe (Fn. 32) S. 66; Hommelhoff (Fn. 27) S. 138 ff.

Mitbestimmungsrechtlich stört die „Null-Legitimation“ der *zugewählten Gewerkschaftsvertreter*: Die Anteilseigner haben sie nicht aus freiem Willen gewählt, sondern weil der Stimmbindungsvertrag sie dazu zwingt. Missmut setzt sich erst dann durch, wenn zur Neuwahl der Stimmbindungsvertrag gekündigt oder gebrochen wird. Außerdem sehen die Anteilseigner jene Mandate auf der Arbeitnehmerbank und für sich keinen Anlass, deren Interessenvertretung zu kontrollieren. Die betroffenen Arbeitnehmer aber haben nicht den geringsten Einfluss; ihnen kommt kein Wahlrecht zu, weil es sich formal um Anteilseignervertreter handelt. Mag der Gewerkschaftsvertreter die Arbeitnehmerinteressen ignorieren – die Belegschaft kann ihn anders als nach dem MitbestG nicht abwählen. Solche Quasi-Mitbestimmung begründete ein legitimationsloses Mitherrschaftsrecht und verrät den Partizipationsgedanken.

3. Notwendig: Öffnung für Vereinbarungslösungen

Den Reformansätzen für die deutsche Unternehmensmitbestimmung⁴⁶ lässt sich mithin eine Facette hinzufügen: Vereinbarungslösungen für die Mitbestimmung kränken derzeit auch daran, dass nicht einmal eine freiwillige Aufstockung des Mitbestimmungsstatuts von der Drittelbeteiligung zum MitbestG erlaubt ist. Insofern wäre es hilfreich, wenn anstelle der unbeholfenen und legitimatorisch zweifelhaften Stimmbindungskonstruktionen ein *Status-Wahlrecht zwischen Drittelbeteiligung und Fast-Parität nach dem MitbestG* geschaffen werden könnte. Der Hauptversammlung kann man dieses Wahlrecht des Mitbestimmungsstatuts zubilligen – und insofern den Grundsatz der Satzungsstrenge lockern. Die Aktiengesellschaft muss nicht vor freiwilliger Mitbestimmung geschützt werden. Erforderlich ist allein, dass es einen Weg zurück gibt – durch *contrarius actus*.

Wenn man darüber hinaus eine Vereinbarungslösung mit den Arbeitnehmern befürwortet, ist der Tarifvertrag der falsche Weg⁴⁷. Richtig ist es vielmehr, ein legitimes Verhandlungsgremium zu schaffen, das die gesamte Belegschaft des Unternehmens vertritt. Ergänzende Vereinbarungen außerhalb der Satzung sollten verboten sein, weil es für die Aktionäre durchaus wichtig ist zu wissen, welchem Mitbestimmungsstatut eine Gesellschaft unterfällt. Also: Vereinbarungslösungen ja, aber in einem gesellschaftsrechtlich klaren Rahmen⁴⁸.

III. Übergriff der Unternehmensmitbestimmung auf das Tarifsystem

1. Rollendoppelung und Trennungsgebot

Der *Gesetzgeber des BetrVG* hat das Problem klar gesehen, dass Betriebsräte zugleich gewerkschaftliche Positionen bekleiden und das dies für den Arbeitgeber Frik-

⁴⁶ Umfassende Übersicht bei *Oetker*, Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion, RdA 2005, 337 ff.

⁴⁷ Hiergegen bereits *Rieble* (Fn. 1) § 1 Rn. 74 ff.

⁴⁸ Der dann auch Möglichkeiten für die Repräsentation der Belegschaften im Ausland schaffen kann.

tionen bedeuten kann (und womöglich Nachteile für Nichtorganisierte). Der Gesetzgeber des BetrVG hat sich klar dafür entschieden, die Inkompatibilität hinzunehmen und unterschiedliche Rollen des Arbeitnehmers als Betriebsratsmitglied und in gewerkschaftlicher Funktion zuzulassen – vor allem durch § 74 Abs. 3 BetrVG als *Absage an jede personale Inkompatibilität*.

Gewerkschaften dürfen also nicht nur im Betrieb aktiv sein (§ 2 Abs. 3 BetrVG), sie dürfen sich dazu auch ihrer Mitglieder unter den Betriebsräten bedienen. Ja jene dürfen sogar im Arbeitskampf eine führende Rolle spielen, § 74 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz BetrVG. Nun dürfte man schon mit Blick auf die Koalitionsfreiheit Betriebsratsmitgliedern nicht das Recht zur einfachen Gewerkschaftsmitgliedschaft absprechen – und auch nicht das Recht solidarisch mitzustreiken⁴⁹. Denkbar immerhin wäre es gewesen, Betriebsratsmitgliedern herausragende Funktionen in der Gewerkschaft und insbesondere in der Arbeitskampforganisation zu untersagen – also eine funktionale Inkompatibilität anzuordnen, um die Betriebsverfassung zu schützen. Auch das hat der Gesetzgeber nicht getan.

Dem Arbeitgeber bleibt nur, das *Rechtsgebot der koalitionspolitischen Neutralität des Betriebsrats* durchzusetzen (was er nicht tut). Rechtlich geschützt ist auch er durch Arbeitskampfverbot und Tarifvorbehalt sowie dadurch, dass die Mitbestimmungsrechte in Kampfphasen ruhen, soweit sie sich auswirken könnten⁵⁰ und dass das Enumerationsprinzip der Mitbestimmung die tarifpolitische Betätigung des Arbeitgebers unberührt lässt.

Der Gesetzgeber der Unternehmensmitbestimmung hat dasselbe Problem ignoriert – und gerade keine Aussage zur Inkompatibilität getroffen. Deswegen kann der „Fall Bsirske“, der eigentlich kein Fall gewesen ist, auch solche Wellen schlagen – weil es an einer Gesetzesaussage dahin fehlt, ob ein Gewerkschaftsführer im Aufsichtsrat zugleich einen das Unternehmen belastenden Streik verantworten darf.

Warum sagt uns das MitbestG nicht, dass Vorstandsmitglieder von Gewerkschaften und solche Personen, die in Gewerkschaftsgremien (Tarifkommissionen!) über Tarifverträge und Kampfmaßnahmen entscheiden, nicht als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sitzen dürfen? Das Gesetz sagt es uns nicht, weil es keine Inkompatibilität will – und konsequent den Ansatz des BetrVG im Gesamtsystem Mitbestimmung weiterdenkt. Es bedarf keiner positiven Kompatibilitätsaussage wie in § 74 Abs. 3 BetrVG, weil § 105 Abs. 1 AktG die Inkompatibilität für Aufsichtsräte regelt und von Arbeitnehmervertretern nichts sagt.

Das wäre auch nicht angebracht: Man kann über die Mandatsreservierung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat streiten – eine grundsätzliche Inkompatibilität liegt nicht einmal im Unternehmensinteresse. Jene Großunternehmen, die Vorstände

⁴⁹ Einen gewissen Vorrang der gewerkschaftlichen Solidarität vor der Betriebsverfassung betont BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214 = EzA Art. 9 GG Nr. 64 = AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972 = NZA 1999, 713.

⁵⁰ Zuletzt BAG vom 10.12.2002 – 1 ABR 7/02 – EzA § 80 BetrVG 2001 Nr. 1 = AP Nr. 59 zu § 80 BetrVG 1972 = NZA 2004, 223, das allerdings den Informationsfluss von Betriebsrat zur Gewerkschaft ignoriert, weil nicht sein kann, was nicht sein darf.

von Gewerkschaften im Aufsichtsrat wissen, können gerade deswegen hohe Hürden nehmen. Zudem streitet der Professionalisierungsgedanke gerade dafür, auch höchstrangige Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zuzulassen. Strikte Inkompatibilität hieße zudem: Prominente Betriebsratsmitglieder, die auch im Aufsichtsrat sitzen, könnten nicht mehr in Tarifkommissionen oder anderen Gewerkschaftsgremien auf die Bedürfnisse gerade der von ihnen vertretenen Arbeitnehmer hinweisen – hier sähen viele Unternehmen und ihre Aktionäre ein Problem.

Auf der anderen Seite tritt die Interessenkollision in Tarif- und vor allem in Arbeitskampffragen unmittelbar zutage. Der betriebsverfassungsrechtliche Ausweg, nur einzelne Mitbestimmungsrechte ruhen zu lassen, aber das Amt unberührt zu lassen, ist für die anders konstruierte Unternehmensmitbestimmung nicht gangbar. Richtig haben *Hanau* und *Wackerbarth* deswegen eine gesetzliche Ruhensklausel nach schwedischem Vorbild vorgeschlagen, die auf den Interessenkonflikt reagiert⁵¹: Arbeitnehmervertreter dürfen nicht an der Behandlung von Fragen teilnehmen, bei denen die Arbeitnehmerorganisation ein wesentliches Interesse hat, das dem des Unternehmens zuwiderlaufen kann.

Wer als Gewerkschafter aktiv den Arbeitskampf gegen das Unternehmen betreibt, stellt selbst das Gewerkschaftsinteresse über das Unternehmensinteresse und ist – insoweit und solange – als primär auf das Unternehmensinteresse verpflichteter Aufsichtsrat nicht zu gebrauchen. Aber auch damit wäre der Fall *Bsirske* nicht gelöst. Denn *ver.di* stand damals im Kampf nicht mit der Lufthansa, sondern mit Drittunternehmen, die ihrerseits der Lufthansa Dienstleistungen erbrachten. Der Aufsichtsrat *Bsirske* hat also seinem Unternehmen „nur“ mittelbare Arbeitskampffolgen zugemutet⁵². Insofern kann es aber keine Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds geben, das eigene Unternehmen von mittelbaren Kampffolgen zu bewahren – das wäre uferlos. Außerdem ist das Arbeitskampfrisiko in der Tat für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein allgemeines Vertragsrisiko. Insofern also hat es einen „Fall *Bsirske*“ nicht gegeben.

2. Keine Aufsichtsratskompetenzen für Tarif- und Arbeitskampffragen

Dass der Betriebsrat nicht mitzubestimmen hat über die Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Tarifverband, über das Tarifabschlussverhalten und über die Strategien im Arbeitskampf, ist Gemeingut. Das BAG hat insofern nur besonders sagen müssen, dass an sich einschlägige Mitbestimmungsrechte im Arbeitskampf ausscheiden.

Auch der Aufsichtsrat ist grundsätzlich nicht berufen, über solche Fragen zu entscheiden. Das sind dem Vorstand vorbehalten Maßnahmen der Geschäftsführung. Immerhin könnte der Aufsichtsrat mit den Stimmen der Arbeitnehmerbank solche

⁵¹ *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit (2004) S. 86 f.; zum Meinungsstand *de lege lata* *GroßKommAktG/Oetker* (Fn. 27) mit Nachweisen. Richtig sein Argument, dass Interessenkollisionen nach § 136 Abs. 1 AktG nur zum Verlust des Stimmrechts, nicht aber zum Ausschluss von der Beratung führen.

⁵² *Kempen*, Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf die Unternehmensmitbestimmung? (Der Fall *Bsirske*), *GedS Heinze* (2005) S. 437 ff.

Entscheidungen, etwa über den Austritt aus dem Arbeitgeberverband beanstanden oder gar als pflichtwidrig ansehen und Schadensersatzansprüche anmelden. Nicht nur theoretisch vorstellbar ist, dass grundlegende tarifpolitische Entscheidungen einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats noch unterworfen werden.

Das ist schlechterdings nicht hinzunehmen. Doch bereitet die Restriktion der Mitbestimmung methodische Probleme. Die von *Reuter* vorgeschlagene erweiternde Anwendung des § 32 MitbestG⁵³ scheitert daran, dass dies eine eng gefasste Ausnahmenvorschrift ist⁵⁴. Helfen kann der von *Oetker* vorgeschlagene Zugriff unmittelbar auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, der für die Tarifautonomie als System nicht nur die vordergründige Gegnerunabhängigkeit und Gegnerfreiheit vorgibt, sondern für die Funktionsfähigkeit beider Seiten verlangt, dass sie ihre Positionen unabhängig voneinander bilden können⁵⁵. Das aber gilt nicht nur für Arbeitskämpfentscheidungen, sondern für alle von der Koalitionsfreiheit geschützten Entscheidungen⁵⁶.

3. Machtfrage und Über-Mitbestimmung

Ob das Gesamtsystem von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung zu einem Übergewicht der Arbeitnehmerseite gegenüber dem Unternehmen führt, also zur „Über-Mitbestimmung“ wie dies *Klosterkemper* so schön sagt⁵⁷, ist zunächst eine mitbestimmungspolitische Frage. Für das Verhältnis zur Tarifautonomie und damit für unser Thema heißt das zunächst nichts. Erst wenn aus dieser „Über-Mitbestimmung“ greifbare Folgewirkungen für die Tarifautonomie festzustellen sind, ist über den Systemschutz nachzudenken.

In diesem Zusammenhang wird seit langem schon – wie auch schon in der Diskussion vor dem BVerfG – der Einfluss der Arbeitnehmervertreter auf die Vorstandsbestellung und insbesondere auf den Arbeitsdirektor diskutiert. In der Tat kann die Gewerkschaftsmacht im Mitbestimmungssystem dazu führen, dass die Arbeitnehmerbank Vorstände verhindert oder andere durchsetzt (*Hartz*, *Neumann* und manch andere). Dies hat selbstredend Einfluss auf die Tarifpolitik des Unternehmens, und bei verbandsangehörigen Großunternehmen auch auf die Verbandspolitik⁵⁸. Konkret nachzuweisen ist dies nicht; Belege für „aktuelle Geschichten“ erhält man auf Nachfrage nicht; Unternehmensvertreter mögen nicht namentlich zitiert werden. Wie

⁵³ *Reuter*, Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979) S. 509 ff., 559, 563.

⁵⁴ GroßKommAktG/*Oetker* (Fn. 27) § 32 MitbestG Rn. 12; *Windbichler* (Fn. 34) S. 559; *Hanau/Ulmer* MitbestG (1981) § 32 Rn. 14.

⁵⁵ GroßKommAktG/*Oetker* (Fn. 27) § 26 MitbestG Rn. 19; ähnlich schon *P. Hanau*, Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht, ZGR 1977, 397, 400 ff.; *Seiter*, Unternehmensmitbestimmung und Tarifaueinandersetzen, FS G. Müller (1981) S. 589, 602.

⁵⁶ Auch *Rieble* Konzerntarifvertrag (Teil 1), Der Konzern 2005, 475, 479 f.; (Teil 2), Der Konzern 2005, 549, 557 ff.

⁵⁷ *Klosterkemper* (Fn. 29) S. 467.

⁵⁸ *Klosterkemper* (Fn. 29) S. 467 und 470.

problematisch dies gesehen werden kann, zeigt sich etwa daran, dass der „IG-Metall-Mann“ Horst Neumann als Arbeitsdirektor von Audi die damit korrespondierenden Funktionen im bayerischen Metallarbeitgeberverband nicht wahrgenommen hat, sondern dass dies sein Amtsvorgänger Andreas Schleef von anderer Position im Konzern aus weiterführte.

Dass das BVerfG diesen Einfluss auf die Identität des sozialen Gegenspielers hingenommen hat, hat wenig zu sagen. Das Mitbestimmungsurteil ist ein primär gesellschaftspolitisches Judikat – und keine Antwort auf Systemfragen. Jener Einfluss bleibt systemwidrig und jede ernst zu nehmende Mitbestimmungsreform sollte den Einfluss der Arbeitnehmerbank auf die Vorstandsbestellung eliminieren und die Anteilseignerseite allein entscheiden lassen⁵⁹.

Man sollte sich aber nichts vormachen: Die Machtverlagerung in die Betriebe ist damit nicht aufzuhalten. Die Stellung eines Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden in einem Großunternehmen ist bedeutend nicht nur im Verhältnis zum Arbeitgeber, sondern auch innerhalb der Gewerkschaft. Gegen solche „Arbeitnehmerfürsten“ setzt auch eine starke Gewerkschaft wenig durch. Das ist systemwidrig, weil Machtballungen im Mitbestimmungssystem die Koalitionsebene prägen können. Wenn dann sein Gegenspieler, der Arbeitsdirektor, eine entsprechende Machtposition im Arbeitgeberverband innehat, dann können beide eine auf Betriebsebene einen unternehmensbezogenen Tarifvertrag vereinbaren und durchsetzen, dass die Tarifparteien diesen unterschreiben und nurmehr als Notare der betrieblichen Einigung fungieren. So geschehen bei DaimlerChrysler im Sommer 2004.

Auch das ist mit dem Vorzug der Tarifautonomie vor den Mitbestimmungssystemen nicht zu vereinbaren. Nur kann die Rechtsordnung kaum helfen. Dass die Betriebsparteien den Tarifvertrag achten müssen und nach § 77 Abs. 3 BetrVG keine Ersatztarife abschließen dürfen, hilft nichts, wenn die Betriebsparteien die Tarifparteien mit ihren Machtinstrumenten bewegen können, den gewünschten unternehmensbezogenen Tarif abzuschließen.

IV. Fazit: Systemabstimmung statt Systemtrennung

Für das Verhältnis der Unternehmensmitbestimmung zu Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit gilt dasselbe wie für die betriebliche Mitbestimmung: Solange das deutsche Arbeitsrechtssystem auf die duale Interessenvertretung durch freie Gewerkschaften einerseits und gewählte Zwangsrepräsentationsorgane andererseits setzt, muss das Nebeneinander rechtlich ermöglicht werden – müssen aber auch schädliche Übergriffe des einen Systems auf das andere vermieden werden. Hier kann auch ohne Systemwechsel manches besser gemacht werden. Ob es freilich durch rechtliche Vorkeh-

⁵⁹ Rieble (Fn. 1) § 1 Rn. 53 ff.; demnächst auch *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance (Diss. München 2006).

rungen gelingt, das Zusammenwachsen der inkompatiblen Systeme zu hindern, ist fraglich.

Wenig Anlass zur Hoffnung gibt die tatsächliche Entwicklung der betrieblichen Streiks: Deren Zunahme weist auf eine Erosion des gewerkschaftlichen Tarif- und Kampfmonopols hin. Aus der rechtlich eindeutigen Rechtswidrigkeit solcher Betriebskämpfe folgt nichts, weil weder die Gewerkschaften, noch die betroffenen Arbeitgeber zu Abwehrmaßnahmen greifen. Insofern droht aus der Mitbestimmung als Gesamtsystem, das den Betriebs- und Aufsichtsräten große und unkontrollierte Macht verschafft, eine Gefahr für die Tarifautonomie. Von der Rechtsordnung darf man keine umfassende Beschneidung der Mitbestimmungsmacht erwarten.

Entmachtung verspricht der Wettbewerb der Mitbestimmungssysteme, der durch die Unternehmensfreizügigkeit in Gang kommt. Mitbestimmungssysteme stehen auf dem Prüfstand der Corporate Governance – weil diese für Anleger ein Wettbewerbsfaktor ist. Dass der deutsche Kodex die Mitbestimmungsfrage ignoriert, ist insofern ohne Bedeutung. Insofern kann der Markt eine Selbstregulation bewirken.