



§ 1 Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate Governance

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Das Problem	1
1. Bedeutung der Governance-Diskussion	1
2. Ausblenden der Mitbestimmung?	6
3. Governance als Funktionsprinzip innerhalb der Mitbestimmung?	20
II. Grundsätzliche Kompatibilität von Arbeitnehmer-Partizipation und Unternehmensführung	27
III. Wachsender Betriebsratseinfluß auf die Unternehmensführung	33
1. Doppelung der Mitwirkung	33
2. Co-Management?	34
3. Personalführungs- und Kommunikationsaufgabe des Betriebsrats?	49
IV. Folgerungen für die betriebliche Mitbestimmung	57
1. Organisatorische Fragen	57
a. Aufwertung der Unternehmensebene – Verkleinerung der Gremien – Stärkung des Wirtschaftsausschusses	57
b. Keine Regulierung, sondern unternehmensspezifische Verhandlungslösung	61
2. Interessenunabhängigkeit und Interessenbindung der Betriebsräte	68
a. Grundsatz	68
b. Korruptionsschutz und Betriebsratsvergütung	80
3. Professionalisierung der Betriebsratsarbeit	88
4. Kontrolle des Betriebsrats	94
5. Transparenz der Betriebsratsarbeit	105
V. Fazit	109
B. Diskussion	114

A. Referat Volker Rieble*

I. Das Problem

1. Bedeutung der Governance-Diskussion

- 1 Governance meint zunächst – dies vorab zur Begriffsklärung – die rechtlich-institutionelle und systematische Betrachtung von Entscheidungsmechanismen in langfristigen Vertragsbeziehungen und – gerade in Organisationen – unter Ordnungsgesichtspunkten, aber auch institutionenökonomischen Aspekten¹. Corporate Governance stellt also die Frage nach dem Rechtsrahmen für die Willensbildung im Unternehmen – bezogen auf die unternehmerische Leitungsmacht und ihre Aufsicht. Ihr Ziel ist es, mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)² das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung³ zu stärken. Der unübersetzbare Begriff wird im Deutschen zuerst als Unternehmensverfassung verstanden. Insofern geht es um die Organisation des Unternehmens, also die Funktionsweise vor allem ihrer Leitungsorgane und ihr Zusammenwirken, aber auch ihre institutionelle und regulatorische Kontrolle. Corporate Governance ist indes nicht auf den „Innenblick“ beschränkt: Kontrolle der Unternehmen findet auch durch Marktkräfte statt; mit Blick auf das Arbeitsleben auch und gerade durch Gewerkschaften – und durch den Staat, soweit er eine Unternehmensaufsicht ausübt, insbesondere im Gewerberecht (mit Sondergesetzen für die Finanzaufsicht), im Kartellrecht und durch die Börsenaufsicht.
- 2 Die Ausrichtung der Führungskultur auf Vertrauensgewinn macht die Diskussion einerseits zunächst wenig faßbar: Woran richtet sich das Vertrauen in das Unternehmen aus? Woraus folgt Akzeptanz der Unternehmensführung? Zentral ist das persönliche Vertrauen in die Integrität der Führungskräfte; dieses ist rechtlich jedoch nicht steuerbar. Durchaus regulierbar ist aber das System der Sicherungsmechanismen, die – im Dienst der an den Unternehmenszielen ausgerichteten nachhaltigen Unternehmensführung – der Entscheidungsmacht eine entsprechende rechtlich faßbare Verantwortung hinzufügen und für Transparenz sorgen. Im dualen Modell des deutschen Gesellschaftsrechts geht es um die „richtige“ Verteilung der Handlungsrechte zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, aber auch um die Aktionärsbefugnisse in der Hauptversammlung.
- 3 Ihre Ziele sind vielfach benannt:
 - Effiziente prinzipienbasierte Unternehmensleitung

* Professor Dr. Volker Rieble, Ludwig-Maximilians-Universität, Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht.

1 Hierzu eingehend *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts (2001), S. 6; *von Werder*, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166 ff.

2 Einzusehen unter www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/, zuletzt abgerufen am 23.11.2007.

3 Dazu die Präambel des DCKG, www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/, zuletzt abgerufen am 23.11.2007.

- Wahrung der (maßgeblichen) Aktionärsinteressen
- Zielgerichtete Zusammenarbeit der Unternehmensleitung und -überwachung
- Transparenz in der Unternehmenskommunikation
- Angemessener Umgang mit Risiken
- Ausrichtung des Managements auf langfristige Wertschöpfung

Corporate Governance ist in erster Linie ein **rechtspolitischer Aspekt**: Der Gesetzgeber paßt bisweilen das Gesellschaftsrecht an veränderte Vorstellungen von der richtigen institutionellen Ordnung an (vor allem mit dem „Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich“, BGBl 1998, 786). Die rechtspolitische Diskussion stützt sich vielfach auf ihre Erkenntnisse. Vor allem appelliert der DCGK als *soft law* an die betroffenen Unternehmen, sich seinen Regeln zu unterwerfen.

Rechtlich unmittelbar bedeutsam sind die Vorstellungen von guter Unternehmensführung bei der Auslegung von Gesetzen, die der guten Unternehmensführung dienen. Ob und inwieweit Mitbestimmungsregeln nach Maßgabe von Wertungen der Corporate Governance auszulegen sind, ist eine durchaus wichtige Frage.

2. Ausblenden der Mitbestimmung?

Mitbestimmungsaspekte der Corporate Governance werden bislang allenfalls als Frage an die Unternehmensmitbestimmung wahrgenommen – weil es nur insoweit unmittelbar um Unternehmensverfassung geht: Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind Teil eines Unternehmensorgans, in die Unternehmensorganisation integriert und dem Unternehmensinteresse verantwortlich – zugleich sollen sie aber die Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsorgan zur Geltung bringen. Damit sind Interessenkonflikte programmiert. Zudem läßt sich die *ex-ante*-Kontrolle des Vorstands nicht von der Führungsaufgabe trennen: Ein Aufsichtsrat, der die Unternehmensstrategie mit dem Vorstand erarbeitet und über die Zustimmungsrechte des **§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG** unmittelbaren Zugriff auf die Ausübung unternehmerischer Leitungsmacht nimmt, ist kein reines Kontrollorgan mehr⁴. Das wiederum wirft die Frage auf, ob Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht systemwidrig zur Teilhabe der Arbeitnehmervertreter an der Leitungsmacht führt.

Daß die Deutsche Corporate Governance Kommission die Unternehmensmitbestimmung in ihren Überlegungen nicht berücksichtigt hat, liegt nicht daran, daß sie hierin kein Problem gesehen hat – sondern daran, daß die Unternehmensmitbestimmung mit Blick auf ihre Umstrittenheit ausgeblendet worden ist, also im Auftrag dieser von der Bundesregierung eingesetzten Kommission nicht enthalten war⁵. Das ist nur konsequent: Der DCGK enthält Empfehlungen an die Unternehmen, die diese durch Entscheidung in den Unternehmensorganen vollziehen sollen. Sobald

4 *Albach*, Strategische Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, ZGR 1997, 32, 33; *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: ders. (Hg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung (2004), ZAAR Schriftenreihe Band 1, § 1 Rn. 49.

5 Dazu *Baums* (Hg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (2001), S. 1 ff.

man die Mitbestimmung als Problem der Corporate Governance erkennt, ist aber der Gesetzgeber gefragt, der die Mitbestimmungsregeln entsprechend ändern müßte. Das „Ergebnis“ der zweiten *Biedenkopf*-Kommission zur Unternehmensmitbestimmung sowie der Verlauf des Juristentages mit seiner Flucht aus der Abstimmungsverantwortung bestätigen diese Einschätzung.

- 8 Im Kommentar zum DCGK wie im Bericht der Regierungskommission fehlt das Stichwort Mitbestimmung⁶. Auch daß die amerikanische Börsenaufsicht, die SEC, die deutsche Unternehmensmitbestimmung für an US-Börsen gelistete Unternehmen „duldet“, obzwar die Arbeitnehmervertreter nach den Maßstäben des us-amerikanischen Rechts nicht hinreichend unabhängig scheinen⁷, ist ein solcher politischer Kompromiß.
- 9 Dementsprechend wird für die Unternehmensmitbestimmung mit Recht gefragt, inwieweit ihre institutionellen Mechanismen mit Blick auf die Erfordernisse guter Unternehmensführung zu modifizieren seien. Insbesondere das Berliner Netzwerk Corporate Governance hat hierzu Vorschläge gemacht⁸. Es
- anerkennt die Partizipation als Prinzip guter Unternehmensführung und zielt auf
 - eine Trennung von Aufsichts- und Partizipationsfunktion („Konsultationsrat“),
 - Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit – durch „anforderungsgerechte“ Mitgliederauswahl
 - sowie Effizienzsteigerung durch Gremienverkleinerung.
- 10 Daneben sind – zu Unrecht am „Fall *Bsirske*“⁹ aufgespießt – **Interessenkonflikte** in den Blick geraten: Wie kann verhindert werden, daß im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung sachwidrige Aspekte zur Geltung kommen? Das betrifft nicht nur Entscheidungen des Unternehmens auf der Tarifebene (Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, Tarif- und Arbeitskämpfentscheidungen) sondern zentral die Frage, wie das Unternehmen seine Arbeitgeberrolle selbst definiert und seine Interessen „gegnerfrei“ wahrnehmen kann, vor allem bei der Organbestellung¹⁰.

6 *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl. (2005).

7 17 Code of Federal Regulation (CFR) § 240.10 A-3 (b) (1) (ii) (A), einzusehen unter <http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=15bc8678c7d49575e0371e261d1a671f&rgn=div8&view=text&node=17:3.0.1.1.1.1.59.88&idno=17>, zuletzt abgerufen am 29.5.2007.

8 *Kirchner*, Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197, 200 f. Thesen unter www.organisation.tu-berlin.de/BNCG/Downloads/12-Thesen-Papier.pdf, zuletzt abgerufen am 23.11.2007; monographisch *Brockner*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance (2006), ZAAR Schriftenreihe Band 7.

9 Dazu *Brockner* (Fn. 8), S. 213 ff.; *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit (2004), insb. S. 86 f.; *Kempen*, Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf die Unternehmensmitbestimmung? (Der Fall *Bsirske*), GedS Heinze (2005), S. 437 ff.; *Rieble*, Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung, in: Rütters (Hg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/1, S. 41, 54 ff.

10 Dazu *Brockner* (Fn. 8), S. 207; *Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 53 ff.

Die sachgerechte Auflösung von Interessenkonflikten verlangt einmal Transparenz – damit nicht „gemauschelt“ wird. Sie verlangt aber auch nach institutionellen Sicherungsvorkehrungen, damit nicht der Interessenvertreter (Agent), die Interessen des von ihm Vertretenen, des sogenannten Prinzipals verrät¹¹. **11**

Die betriebliche Mitbestimmung spielt in der Diskussion um Corporate Governance bislang keine Rolle. Das ist im Ausgangspunkt auch richtig, weil der Schwerpunkt der betrieblichen Mitbestimmung auf die betriebliche Arbeitsorganisation ausgerichtet ist, also auf den Vollzug der Arbeitsverhältnisse. Daß hierbei mitunter unternehmerische Entscheidungen verunmöglicht werden – Stichwort: Arbeitszeitmitbestimmung und Ladenschluß¹² – hat für die Governance-Diskussion aus meiner Sicht keine Bedeutung. Denn insofern geht es „nur“ darum, inwieweit das Unternehmen für seine Ziele „Arbeitskraft-Lieferanten“ findet. Sowenig die Unternehmerfreiheit gegenüber externen Zulieferern einen Anspruch auf Freiheitsräume durch großzügige Vertragsgestaltung vermitteln kann, sowenig kann dies die Governance-Diskussion. Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten wirkt primär arbeitsvertragsergänzend. Aus Sicht der Governance-Diskussion ist sie damit zuerst dem Markt zuzurechnen¹³ – und nicht der internen unternehmerischen Willensbildung. **12**

Die paritätischen Mitbestimmungsrechte insbesondere nach § 87 BetrVG betreffen mithin nicht die unternehmerische Leitungsmacht. Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten sind bewußt schwach ausgestaltet, damit die Personalauswahl als Führungsfrage dem Unternehmen vorbehalten bleibt. Die Auswahl von Führungskräften – ein wesentlicher Aspekt der Corporate Governance – ist im System der Betriebsverfassung mitwirkungsfrei, soweit es leitende Angestellte betrifft, § 5 Abs. 3 BetrVG. Auch ein Sprecherausschuß hat hier nichts zu melden, § 31 Abs. 1 SprAuG. Nur bei der Vorstandsbestellung wirken Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat systemwidrig mit¹⁴. **13**

In wirtschaftlichen Angelegenheiten beschränkt das BetrVG den Wirtschaftsausschuß auf Information und Beratung; der Betriebsrat kann Betriebsänderungen grundsätzlich nicht verhindern. Der Vorschlag, die Unternehmensmitbestimmung auf einen gesonderten Konsultationsrat zu verlagern, der der Sache nach dem Wirtschaftsausschuß entspricht¹⁵, zeigt nicht nur die Verbindung der Corporate Governance zur Betriebsverfassung, sondern belegt auch, daß solche Mitberatungsrechte als Governance-verträglich angesehen werden. Immerhin läßt sich mit Blick auf die Reichweite der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten fragen, ob dem Unternehmer nicht mit § 113 BetrVG ein Letztentscheidungsrecht des Unternehmers zuteil wird, der abgeschlossene Interessenausgleiche nicht einhalten muß und dem aus **14**

11 Zum Prinzipal-Agenten-Konflikt *Brockner* (Fn. 8), S. 38.

12 Ladenschlußentscheidung des BAG vom 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 13 = AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

13 Zu dieser entscheidenden Abgrenzung *Pistor*, Corporate Governance durch Mitbestimmung und Arbeitsmärkte, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder, Handbuch Corporate Governance (2003), S. 157, 166 f.; grundlegend *Hart*, Firms, Contracts, and Financial Structure (1995).

14 *Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 55.

15 *Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 67; auch *Oetker*, in: Kraushaar, Mitbestimmung als Umsetzung von Corporate-Governance-Prinzipien, BB Beilage 2005, Nr. 11, S. 16, 17.

§ 113 Abs. 3 BetrVG womöglich das Recht erwächst, das Beratungsrecht des Betriebsrats um den Preis des Nachteilsausgleiches zu ignorieren – ohne einem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats ausgesetzt zu sein.

- 15 Insofern freilich fügt die Governance-Frage dem Streit um die Unternehmerfreiheit wenig, aber immerhin einen anderen Blickwinkel hinzu: Die Einwirkung von Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten läßt sich nicht mehr nur arbeitsvertragsgestaltend begreifen; die Arbeitnehmer haben keine vertraglichen Rechte auf eine bestimmte Form der Unternehmensführung, insbesondere nicht auf Standorterhalt. Das ist eine dem Arbeitsvertrag vorgelagerte Frage, nämlich ob und inwieweit das Unternehmen seine wirtschaftlichen Zwecke weiterverfolgt und deswegen die für die Arbeitnehmer maßgebende Arbeitsnachfrage aufrechterhält.
- 16 Mit der Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten werden Wirtschaftsausschuß und Betriebsrat in die „innere“ Entscheidungsfindung des Unternehmens einbezogen; hier geht es nicht mehr nur um Markt und Vertrag, hier geht es um Organisation.
- 17 Eigenständige Stellungnahmen zur betrieblichen Mitbestimmung als Frage der Corporate Governance gibt es nicht. Gewisse Erhellung verschafft die überkommene Diskussion um den Zugriff der Mitbestimmung auf die Unternehmerfreiheit¹⁶. Soweit der Betriebsrat Zugriff auf unternehmerische Entscheidungen nehmen kann, ist der entsprechende Entscheidungsspielraum dem Unternehmen entzogen.
- 18 Immerhin wird das Gesamtsystem der Arbeitnehmerpartizipation hinterfragt: Erlangen mit *Klosterkemper* die Arbeitnehmer durch die Kumulation der Rechte aus betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung nicht zuviel Macht, gerät die Mitbestimmung nicht zur Übermitbestimmung?¹⁷.
- 19 **These 1:** Corporate Governance als Frage nach der „richtigen“ Unternehmensführung blendet die Mitbestimmung aus politischen Gründen zu Unrecht aus. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und Betriebsräte nehmen Einfluß auf die Leitungsmacht im Unternehmen. Darunter leidet zuerst die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats. Die mitbestimmungsrechtliche Teilhabe an Unternehmerentscheidungen lebt vom Zugriff auf die Leitungsmacht. Sie bedarf ihrerseits der Kontrolle. Gute Unternehmensführung darf ihrerseits nur einem transparenten und interessengerechten Mitbestimmungseinfluß unterfallen.

16 *Henssler*, Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, in: Blank/Otto Brenner Stiftung (Hg.), Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit (2001), S. 33 ff.; *Martens*, Unternehmerische Mitbestimmung mit den Mitteln des Betriebsverfassungsrechts? RdA 1989, 164; *Walker*, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501, 523 f.

17 *Klosterkemper*, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, FS Wißmann (2005), S. 456 ff.; Instruktive Beispiele bei *Schneevoigt*, Die Praxis der Mitbestimmung – Wie wirkt sich die Mitbestimmung auf die Entscheidungsprozesse im Unternehmen aus?, ZfA 2005, 233, 238 f.

3. Governance als Funktionsprinzip innerhalb der Mitbestimmung?

Das institutionell richtige Funktionieren von Organisationen und ihre am maßgebenden Interesse ausgerichtete Willensbildung ist kein Funktionsprinzip nur der Unternehmen mit ihrer wirtschaftlichen Zwecksetzung. **20**

Governance in diesem Sinn ist keine auf Unternehmen (oder gar auf börsennotierte Aktiengesellschaften) beschränkte Frage. Die Frage, wie eine transparente und an den maßgebenden Interessen orientierte Entscheidungsfindung im institutionellen Rahmen sichergestellt werden kann, betrifft grundsätzlich alle Organisationen, auch die Kollektivvertretungen der Arbeitnehmer. So kann Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit als Voraussetzung des Koalitionsbegriffs nachgerade als Regelung einer „Union Governance“ begriffen werden, ähnlich das Verbot der Bestechung von Betriebsräten nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. **21**

Wer also nach Governance-Aspekten der Mitbestimmung fragt, der darf nicht nur fragen, ob der Einfluß der Mitbestimmungsakteure eine „gute“ Unternehmensführung beeinträchtigt. Ebenso muß gefragt werden, ob das System der Mitbestimmung diejenigen Arbeitnehmerinteressen unverfälscht zur Geltung bringt, auf die es verpflichtet ist. Daß die Belegschaft kein Personenverband mit den Arbeitnehmern als Mitglieder ist, hat nichts zu besagen. Transparente Interessenvertretung ist nicht an eine (autonome) körperschaftliche Struktur gebunden. Der Betriebsrat als Staatsintervention muß dem Zweck der Interessenvertretung folgen. **22**

Die Unternehmensmitbestimmung behilft sich mit einem „Trick“: Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind auf das Unternehmensinteresse verpflichtet. Die Arbeitnehmervertreter haben aber durchaus eigene Interessen – diejenigen der Belegschaft, organisations- und tarifpolitische der Gewerkschaft und auch persönliche Funktionärsinteressen. **23**

In der Betriebsverfassung ist das anders: Das BetrVG verpflichtet den Betriebsrat aber auch den Arbeitgeber jeweils auf das Wohl der anderen Seite: Das Wohl von Betrieb und Belegschaft ist in § 2 Abs. 1 BetrVG beiden Seiten aufgegeben. Für den Arbeitgeber aktualisiert dies seine vertragsbezogenen Rücksichtnahmepflichten¹⁸; dem Betriebsrat wird eine einseitige Interessenverfolgung von vornherein untersagt. Wiewohl sich Arbeitgeber und Betriebsrat typischerweise im Vertragswege einigen, sollen sie – gerade anders als im Tarifmodell – nicht gegnerunabhängig aufeinander treffen: Weder kann sich der Betriebsrat einen anderen Arbeitgeber wünschen, noch kann der Arbeitgeber dem Betriebsrat ausweichen. Das rechtfertigt aber keine „diffuse Gesamtbetrachtung“, bei der die Interessenvermengung zum Verzicht auf Transparenz und Interessentreue zwänge. Vor allem läßt sich negativ sagen, daß Koalitionsinteressen keine Rolle spielen dürfen: Der Interessenausgleich ist auf Unternehmen und Betrieb beschränkt. Der Betriebsrat muß koalitionspolitisch neutral sein. Auch politische Interessen haben in einem System der Arbeitnehmerinteressenvertretung nichts zu suchen. Deswegen ist die politische Indienstnahme des Betriebsrats für Umweltschutz, Bekämpfung des Rassismus und Beschäftigungs- **24**

18 Zur Arbeitsvertragsakzessorietät der Betriebsverfassung Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 219 ff.

förderung (im Unterschied zur Beschäftigungssicherung) durch die letzte BetrVG-„Reform“ unsinnig¹⁹. Sie wirkt sich aber auch nicht aus, weil vernünftige Betriebsräte nicht auf die Idee kommen, solche Fremdeinflüsse zu Lasten des Belegschaftsinteresses zu verfolgen. Auf der anderen Seite können Unternehmen und Belegschaft durchaus ein gemeinsames Interesse etwa am Umweltschutz haben. Das zeigt gerade der Musterfall der Chemischen Industrie, die aus den umweltkritischen Schlagzeilen auch deshalb verschwunden sind, weil die Verbände und die Betriebspartner sich um umweltverträgliche Produktionsbedingungen bemüht haben²⁰.

- 25** Die Interessenvertretung durch den Betriebsrat kann nicht in dem Maße „unabhängig“ vom Vorstand sein, wie das für den Aufsichtsrat gefordert wird. Gleichwohl gilt es zu vermeiden, daß sachwidrige Einflüsse die Art und Weise der Interessenverfolgung durch den Betriebsrat steuern. Persönliche Unabhängigkeit der Betriebsräte muß mithin ein Ziel der Governance Betrachtung sein; ihre Kehrseite ist die Frage nach der persönlichen Verantwortung. Insofern geht es nicht nur um Unabhängigkeit vom Vorstand, sondern auch um Unabhängigkeit von Dritten, insbesondere der Gewerkschaft.²¹
- 26** **These 2:** Die Frage nach der institutionell guten Willensbildung betrifft auch die Willensbildung des Betriebsrats im Belegschaftsinteresse. Jede Verengung des Blicks nur auf das Unternehmen ist sachwidrig. Wer die Mitbestimmung als Teil unternehmerischer Willensbildung betrachtet, muß auch die Willensbildung auf Arbeitnehmerseite einbeziehen; alles andere wäre sträflich einseitig. Insofern geht es negativ darum, welche Interessen keinen Eingang in die Arbeitnehmerinteressenvertretung finden dürfen. Vor allem aber ist für Unabhängigkeit der Betriebsräte vom Leitungsorgan und von Dritten zu sorgen und ihre persönliche Verantwortung sicherzustellen.

II. Grundsätzliche Kompatibilität von Arbeitnehmer-Partizipation und Unternehmensführung

- 27** Zentrale Vorfrage für die betriebliche wie die Unternehmensmitbestimmung ist die richtige Einordnung der Arbeitnehmerinteressen: Sind die Arbeitnehmer Teil des Unternehmens, so sind sie den Anteilseignern grundsätzlich gleichgeordnet. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und im Betriebsrat machten dann nur Mitgliedschaftsrechte im Unternehmens- oder Belegschaftsverband geltend. Jede Verengung des maßgeblichen Unternehmensinteresses auf die Kapital-Anteilseigner würde der shareholder-value-Diskussion den Boden nehmen: Arbeitnehmer wären als „Humankapitalgeber“ Teil des Unternehmensinteresses, dem Unternehmen „quasi-mitgliedschaftlich“ verbunden. Indes ist diese – früher stark vertretene²² – Sicht überholt.

19 Dazu *Picker*, Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 257 ff.; *Rieble*, Die Betriebsverfassungsgesetz-Novelle 2001 in ordnungspolitischer Sicht, ZIP 2001, 133 ff.

20 Sozialpartnervereinbarungen der Chemischen Industrie, www.sozialpartnernetz.de/german/vereinbarungen/umweltschutz___responsible_care/umweltschutz_Ubereinkunft.html?dnp=kxbbc, zuletzt abgerufen am 23.11.2007.

21 Zur veränderten Rolle der Gewerkschaft in der Betriebsverfassung *Fischer*, Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung post Harzem, NZA 2007, 484, 489.

22 Siehe nur *Kunze*, Unternehmen und Gesellschaft, ZHR 147 (1983), 16 ff.

Weder vertragsrechtlich bilden die Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber eine „Produktionsgemeinschaft“ noch läßt sich mitbestimmungsrechtlich ein Unternehmensverband begründen²³. Arbeitnehmer und Arbeitgeber stehen sich als Vertragspartner mit zwar teils durchaus gemeinsamen, im Kern aber gegensätzlichen Vertragspartnerinteressen gegenüber. Das zeigt insbesondere die auf Gegenmacht und Gegnereinheit ausgerichtete Tarifautonomie.

Die *shareholder-value*-Diskussion²⁴ darf nicht einseitig dahin verstanden werden, **28** daß das Unternehmen im Rahmen seiner Willensbildung überhaupt nur die Interessen der Anteilseigner berücksichtigen dürfte. Unternehmen unterliegen auch keiner rechtlich faßbaren generalklauselartigen Gemeinwohlbindung; bezeichnenderweise fand sich dieser Gedanke zeitweise parallel in § 70 Abs. 1 AktG 1937 und § 49 Abs. 1 BetrVG 1952. Mit gutem Grund wurden diese Vorschriften gestrichen: Weil niemand sagen kann, was genau dem gemeinen Wohl frommt²⁵.

Auch ist das Unternehmen als konstruierte juristische Person keine von den Anteilseignern zu trennende Einheit und hat keine eigenen „übergeordneten“ Interessen – **29** sowenig die Gewerkschaft andere als Mitgliederinteressen zu verfolgen hat oder der Betriebsrat eine von den Arbeitnehmern unabhängige Existenz führt. Daraus folgt aber nicht, daß jede Form der Mitbestimmung unzulässigerweise Fremdinteressen in das Unternehmensinteresse hineinträgt.

Mitbestimmung – gleich ob auf Unternehmens- oder Betriebsebene – ist mit dem **30** Gedanken von Corporate Governance durchaus kompatibel, was insbesondere vom Berliner Netzwerk betont worden ist. Das gilt nicht nur für die behauptete und umstrittene Profitabilität der Mitbestimmung. Ob sie sich rechnet oder nicht²⁶, wird nicht zu klären sein. Entscheidend ist das typische Anteilseignerinteresse an langfristiger Wertschöpfung und Risikosteuerung, das die Corporate Governance besonders betont. Beides ist nicht gegen die Belegschaft zu haben. Im Gegenteil denken Arbeitnehmervertreter typischerweise längerfristig – solange es noch unbefristete Arbeitsverhältnisse mit entsprechend langen Laufzeiten gibt. Zudem verfügen Arbeitnehmervertreter eben wegen ihrer Langzeitausrichtung über vertiefte Kenntnisse des Unternehmens, seiner Strukturen und Probleme, die für die Willensbildung fruchtbar gemacht werden können. So gesehen kann Mitbestimmung die Professionalität der Willensbildung auf der Leitungsebene durchaus fördern.

Um aber sogleich Mißverständnissen vorzubeugen: Wenn die Anteilseigner nicht an **31** langfristiger Wertschöpfung sondern als „Heuschrecken“ an der profitablen Zerlegung des Unternehmens interessiert sind, dann haben dies auch die Arbeitnehmer

23 *Reichold*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, JZ 2006, 812, 820; *Zöllner*, Die Stellung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmen, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 745, 759 f.; ähnlich *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 86 f.

24 Dazu *Fleischer*, Shareholders vs. Stakeholders: Aktien- und übernahmerechtliche Fragen, in: Handbuch Corporate Governance (2003), S. 129, 130.

25 Dazu *Brockner* (Fn. 8), S. 34; *Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 26.

26 Zur Unternehmensmitbestimmung *Gorton/Schmid*, Labor, and the Firm, A Study of German Co-determination, Journal of the European Economic Association 2004, S. 863 ff.; zur betrieblichen Mitbestimmung *Addison/Schnabel/Wagner*, The Course of Research into the Economic Consequences of German Works Councils, in: British Journal of Industrial Relations (June 2004), S. 255 ff.

hinzunehmen: Mitbestimmung verschafft kein Recht der Belegschaft auf Erhalt des Unternehmens. Den Liquidations- und Verwertungsbeschuß trifft die Hauptversammlung mitbestimmungsfrei – auch gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsrat oder Betriebsrat. Das muß auch so sein.

- 32** **These 3:** Mitbestimmung ist als Prinzip mit Corporate Governance durchweg vereinbar. Sie fördert – ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung – auch im typisierten Anteilseignerinteresse die langfristig konzipierte und nachhaltige Unternehmensführung.

III. Wachsender Betriebsratseinfluß auf die Unternehmensführung

1. Doppelung der Mitwirkung

- 33** Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung doppelten die Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten – unsinnigerweise: Daß ein und dieselbe Frage im Aufsichtsrat, dem Wirtschaftsausschuß und dem Betriebsrat mit vielfach denselben Personen mehrfach besprochen werden muß, ist intransparent und (zu) kompliziert²⁷. Diese Doppelung der Mitwirkungsrechte führt – vor allem wenn Vorstandsbestellungen oder Vertragsverlängerungen anstehen – zu einem problematischen Nachkarten, wie es in der Praxis oft beobachtet wird. Gute Unternehmensführung ist das nicht.

2. Co-Management?

- 34** Daneben ist eine deutliche Ausweitung der Mitwirkung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten – Stichwort „Co-Management“²⁸ zu beobachten – in drei Intensitätsstufen:
- 35** ● An der Spitze steht das **einvernehmliche Co-Management**: Unternehmensführung und Betriebsrat besprechend Unternehmerentscheidungen weit über das vom BetrVG gebotene Maß hinaus partnerschaftlich. Erscheinungsformen sind die Einbindung des Betriebsratsvorsitzenden in die Regelbesprechungen der Geschäftsführung, die Errichtung strategischer Arbeitsgruppen unter Beteiligung des Betriebsrat bis hin zu Standortsicherungsverträgen, in denen das Unternehmen mit dem Betriebsrat auch vollkommen mitbestimmungsfreie Fragen wie Investitionen faktisch verbindlich bespricht – etwa beim Automobilzulieferer Allgaier²⁹. Zum Betriebsrat als Managing Partner wird Herr *Kast* von der Sick AG berichten (in diesem Band § 3).

²⁷ *Rieble* (Fn. 4), § 1 Rn. 39 ff.

²⁸ Dazu Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hg.), *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven*, 1998, S. 77; *Farthmann*, *Der gerechte Betriebsratslohn – Funktionswandel in der Betriebsratsarbeit und Entgeltgerechtigkeit*, FS Stahlhacke (1995), S. 115 ff.; *Niemayer/Rapp*, *Betriebsratsarbeit als Co-Management*, AiB 2001, 473; *Roßmann*, *Betriebsräte im Modernisierungsprozeß – Mitbestimmung auf dem Prüfstand*, FS Wächter (1999), S. 228 ff.

²⁹ FAZ, Nr. 31 vom 3.3.2003, S. 16 mit folgenden Eckpunkten: Ausschluß betriebsbedingter Kündigungen bis Ende 2007 (also für fünf Jahre) – Ausbildung von jährlich mindestens 25 Lehrlingen nebst Übernahme in unbefristete Arbeitsverhältnisse – Investitionsvolumen von 50 Mio. Euro und dafür im

- An zweiter Stelle steht die „sanfte Gewalt“: Mitbestimmungsrechte insbesondere in sozialen Angelegenheiten werden zweckwidrig in einen Vereinbarungszusammenhang mit mitbestimmungsfreien Fragen zu einem „Paket“ verknüpft. Diese unter Mitbestimmungsdruck erzwungenen **Koppelungsgeschäfte** sind nach geltendem Betriebsverfassungsrecht rechtswidrig, weil Mitbestimmungsrechte streng zweckgebunden gewährt werden und der Betriebsrat gerade keine umfassende Privatautonomie genießt, die ihm umfassende Verhandlungen in selbstgewählten Paketen erlaubte³⁰. Dem Koppelungsdruck ist in der Praxis kaum beizukommen³¹, weil sich die Unfreiwilligkeit kaum Nachweisen läßt. Insofern steht neben der rechtlichen Beanstandung eine gewisse Ratlosigkeit. Freilich: Der Koppelungsdruck ist möglich nur aufgrund der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung; gäbe man diese auf (weil die Betriebsverfassung aus sich heraus durchsetzbar ist), nähme der Koppelungsdruck entscheidend ab³². 36

- An dritter Stelle schließlich steht der mit Blick auf § 74 Abs. 2 BetrVG und das Kampfmonopol der Gewerkschaften offen gesetzwidrige betriebsverfassungsrechtliche Streik, mit dem die Geschäftsführung gezwungen werden soll, unternehmerische, meist Standortentscheidungen nicht oder nicht so zu vollziehen. Die Verbrämung als „Informationsveranstaltung“ oder die Berufung auf das Demokratieprinzip, das an den Werkstoren nicht enden dürfe, belegen allenfalls das fehlende Rechtsbewußtsein. 37

- Ergänzt wird das durch Betriebsratspropaganda, also den Einsatz von Öffentlichkeit (Medien) als „Betriebsratskampfmittel“. Der eigenmächtige Gang an die Öffentlichkeit widerspricht aber sowohl dem BetrVG als auch den Corporate Governance Prinzipien: Es ist Sache des Vorstands, ad-hoc-Publizität herzustellen. 38

So entsteht ein faktischer Wirkungskreis des Betriebsrats weit über das BetrVG hinaus. Sanfter und offener Druck sind mit Blick auf die unternehmerische Freiheit problematisch; das muß an dieser Stelle nicht vertieft werden³³. Der Einwand, die Arbeitgeberseite müsse ihrerseits nur standhalten und rechtlich unzulässiges Verhalten abwehren, ist nicht berechtigt: Das BetrVG räumt dem Arbeitgeber wenige und wenig erfolgversprechende Rechtsbehelfe ein. Das ist eine Frage der Verantwortung des Betriebsrats, auf die zurückzukommen ist. Vor allem aber: Die Abwehr von Übergriffen ist dem Leitungsorgan aufgetragen, das seinerseits auf ein gedeihliches Zusammenwirken mit dem Betriebsrat angewiesen ist. Daß rechtswidriges Betriebsratsverhalten weithin geduldet wird, ist kein Zeichen dafür, daß das Unternehmen kraft kaufmännischer Vernunft (*business judgement rule*) nicht jeden Streit 39

Gegenzug weitreichende Arbeitszeitflexibilisierung (Samstagsarbeit möglich, Verdoppelung des Arbeitszeitkontenausgleichszeitraums auf zwei Jahre).

30 Dazu *Rieble/Klump/Gistel*, Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung (2006), ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht Band 1, Rn. 26.

31 Dazu *Gentz*, Schutz gegen den Mißbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, NZA 2004, 111 ff.

32 In diese Richtung *Franzen*, Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315, 342 f.

33 Dazu *Rieble* (Hg.), Zukunft des Arbeitskampfes (2005), ZAAR Schriftenreihe Band 2.

austragen will. Es ist eher Indiz dafür, daß das Leitungsorgan vom Betriebsrat nicht hinreichend unabhängig ist. Insofern ist die Frage nach guter Unternehmensführung aufgeworfen.

- 40 Koppelungsgeschäfte im Sinne eines „sanften“ Drucks aus mißbrauchten Mitbestimmungsrechten werden wegen ihrer Rechtswidrigkeit geheim gehalten; sie sind kaum nachweisbar. Damit aber ist das Transparenzgebot der Corporate Governance verletzt: Weder Anteilseigner noch Arbeitnehmer wissen, nach welchen institutionellen Regeln und Funktionsprinzipien die Entscheidungsfindung in für sie wichtigen Angelegenheiten stattfindet. Es ist wie bei der Wurstherstellung: Alle schauen weg. Die fehlende institutionelle Trennung begünstigt den Filz.
- 41 Richtigerweise müßte über schwerwiegende Verstöße des Betriebsrats der Aufsichtsrat entscheiden und so den Vorstand auch vom Konflikt entlasten – so wie der Aufsichtsrat auch Pflicht- und Rechtsverstöße des Vorstandes ahndet. Insofern ist die Unternehmensmitbestimmung der maßgebende Hemmschuh: Im Aufsichtsrat müßten Arbeitnehmervertreter über Rechtsverstöße des Betriebsrats befinden, oftmals sitzen gerade die betroffenen Betriebsräte selbst im Aufsichtsrat. Daß jene wegen unmittelbarer Betroffenheit an einer entsprechenden Beschlußfassung ohnehin nicht teilnehmen dürften, hilft nicht weiter.
- 42 Solange Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat mit Arbeitnehmervertretern stattfindet (und nicht im Wirtschaftsausschuß), bleibt als zweitbeste Lösung nur, die Kontrolle dieses Mitbestimmungsverhaltens der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat zu überantworten. Das ist auch im Interesse des Betriebsrats: Unkontrollierter „Filz“ beeinträchtigt seine Legitimation – und kann in eine Gewissenlosigkeit führen, an deren Ende das Strafrecht vor allem mit dem Untreuetatbestand das Regime übernimmt³⁴. Der Fall *Volkert* ist zwar nicht symptomatisch für die Mitbestimmung, wohl aber Exempel für den maßlosen Exzeß. Immerhin kann der Aufsichtsrat (vor allem die Anteilseignerseite) schon heute den „Geschäften mit dem Betriebsrat“ intensiver nachgehen und diese auf die Vereinbarkeit mit dem Unternehmensinteresse untersuchen.
- 43 Freiwilliges Co-Management ist aus Sicht der Betriebsverfassung unproblematisch, soweit es nur um eine verbesserte Information und Beratung des Leitungsorgans mit dem Betriebsrat geht und das Leitungsorgan die Letztverantwortung für alle unternehmerischen Entscheidungen trägt. Aus Sicht der Corporate Governance ist lediglich Transparenz dieses Einflusses geboten. Es ist mithin wünschenswert, daß solche institutionellen Einflußnahmen veröffentlicht werden.
- 44 Problematisch wird das freiwillige Co-Management dann, wenn es in **quasi-verbindliche Vereinbarungen** mündet. Nach richtiger Auffassung läßt das BetrVG auch nach Einführung des Beschäftigungssicherungs-Vorschlagsrechtes aus § 92a BetrVG rechtsverbindliche Absprachen zwischen Unternehmen und Betriebsrat über unternehmerische Entscheidungen nicht zu³⁵. So wie der Interessenausgleich über die Be-

34 Vgl. *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 763 f.

35 *Rieble*, Erweiterte Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BetrVG-Sonderheft NZA 2001, 48, 50.

triebsänderung als unternehmerische Entscheidung nicht durchsetzbar ist, so müssen auch Vereinbarungen außerhalb des Interessenausgleichsverfahrens notwendig unverbindlich sein – damit die Letztverantwortung des Leitungsorgans nicht durch vertragliche Bindung beschränkt wird. Immerhin denkbar ist es auch, anstelle der Unverbindlichkeit i.S. einer Naturalobligation eine besondere Kündbarkeit solcher Absprachen vorzusehen. Jedenfalls aber muß der Ausstieg für das Unternehmen deutlich unterhalb der Schwelle des wichtigen Grundes möglich sein.

Indes ist es das Verdienst der Corporate Governance Diskussion, den Blick darauf zu lenken, daß nicht die rechtliche Institutionalisierung den Ausschlag gibt, sondern das **faktische Führungsverhalten**. Daran gemessen ist die rechtliche Unverbindlichkeit ein schmaler Schutz. Denn in der Lebenswirklichkeit haben solche Abreden – ähnlich wie einseitige Kundgaben des Vorstandes – eine gewisse Eigendynamik, die ein Abrücken auch von notwendig unverbindlichen Absprachen sehr schwer macht. **45**

Hilfe böte ein Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für solche Absprachen des Leitungsorgans mit dem Betriebsrat, die die Unabhängigkeit der Unternehmensführung in Frage stellen. Auch hier wiederum beißt sich die Katze in den Schwanz: Im Aufsichtsrat sitzen eben jene Arbeitnehmervertreter, die an den Verhandlungen beteiligt gewesen sind. Das schränkt die Unabhängigkeit des Kontrollorgans erheblich ein. „Lupenrein“ wäre auch insoweit eine Abkoppelung der Unternehmensmitbestimmung von der Überwachungsfunktion; als zweitbeste Lösung über ein Entscheidungsrecht nur der Anteilseignerseite. **46**

Nimmt der Betriebsrat bestimmenden Einfluß auf Unternehmerentscheidungen, ist die Frage nach seiner Verantwortung aufgeworfen. Das betrifft einmal die Sanktion insbesondere des Amtsverlustes für krasse Fehlentscheidungen, vor allem aber die Haftung. Mit dem Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung verträgt sich grundsätzlich keine allgemeine Schadenshaftung³⁶. Die Mitwirkung an Leitungsaufgaben dagegen setzt eine persönliche Haftung – abgemildert durch D&O Versicherungsschutz – nachgerade voraus. Wer als Co-Manager mitwirken will, muß als Manager haften, nach dem Vorbild der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat³⁷. **47**

These 4: Der Zugriff des Betriebsrats auf Unternehmerentscheidungen im Rahmen des vielfach praktizierten Co-Managements ist ein Governance-Problem: Erforderlich ist einmal eine effektive Kontrolle rechtswidrigen Verhaltens, die das Leitungsorgan nicht leisten kann. Zum anderen müssen auch freiwillige Absprachen auf ihre Vereinbarkeit mit einer nachhaltigen Unternehmensführung kontrolliert werden; das kann der Aufsichtsrat in seiner vollen Besetzung mit Arbeitnehmervertretern nicht leisten. Faktisches Co-Management wirft zudem erneut die Haftungs- und Verantwortungsfrage auf. **48**

³⁶ *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990), S. 246 ff.

³⁷ Zu deren Haftung nur MünchKommAktG/*Gach*, 2. Aufl. (2004), § 26 MitbestG, Rn. 26; sowie *Edenfeld/Neufang*, Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, 49 ff.

3. Personalführungs- und Kommunikationsaufgabe des Betriebsrats?

- 49** Die Diskussion um das Co-Management kreist um die Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Durchaus gesehen wird, daß der Betriebsrat jedenfalls in der Lebenswirklichkeit auch eine personalpolitische Funktion hat: Belegschaftsbelastende Maßnahmen treffen bei den Arbeitnehmern auf Akzeptanz, wenn ihnen der Betriebsrat, insbesondere sein charismatischer Vorsitzender die Notwendigkeit erläutert, vor allem auf Betriebsversammlungen. Hierzu hätte Herr *Hück* von der Porsche AG Eindrucksvolles vortragen können.
- 50** Dieses „Mitnehmen der Belegschaft“, aber auch einzelner Arbeitnehmer, die Veränderungen im Einzelarbeitsverhältnis im Zuge der mit dem Betriebsrat abgesprochenen Maßnahmen hinnehmen müssen, ist eine Führungsaufgabe, die dem Betriebsrat eine entsprechende Führungsverantwortung auferlegt. Das BetrVG schweigt sich zu ihr aus. Auch diese Führungsaufgabe verlangt Professionalität.
- 51** In der Praxis gibt es eine gewisse Neigung der Unternehmen, dem Betriebsrat die Kommunikation mit der Belegschaft zu überlassen. Das BetrVG kennt – trotz mancher problematischer Entscheidungen des BAG – kein Kommunikationsmonopol des Betriebsrats mit den Arbeitnehmern; der Betriebsrat kann auch kein Meinungsmonopol beanspruchen. Was für die Belegschaft gut und richtig ist, muß in einem offenen Willensbildungsprozeß herausgefunden werden. Dazu können sich einzelne Arbeitnehmer (oft als Querulanten apostrophiert) ebenso äußern wie die Gewerkschaft. Meinungsfreiheit im Unternehmen kommt auch dem Arbeitgeber zu. Ihm bleibt es unbenommen, die Arbeitnehmer als seine Vertragspartner anzusprechen und für die Ziele des Unternehmens zu werben. Soweit dabei Kritik am Betriebsrat geäußert wird, ist das keine Behinderung der Betriebsratsarbeit, sondern Kommunikation³⁸.
- 52** Offene Kommunikation zwischen Unternehmen und „*stakeholdern*“ und Allgemeinheit ist auch ein Anliegen der Corporate Governance. Rechtlich faßbar ist das gleichwohl kaum. Ein Zwang zu einer Kommunikation in bestimmtem Sinne läßt sich nicht vorgeben. Immerhin sollte der DCGK, der unter dem Punkt „6. Transparenz“ die Kommunikation gegenüber Aktionären und Öffentlichkeit behandelt, Handlungsempfehlungen für die Transparenz gegenüber der Belegschaft formulieren. Rechtlich bedeutsam ist Kommunikation nur insoweit, daß jedem stalinistischen Verständnis von Meinungsfreiheit des Arbeitgebers in Betrieb und Unternehmen eine Absage zu erteilen ist.
- 53** Problematisch ist die Kommunikation von Betriebsräten mit der Öffentlichkeit: Sei es, daß der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrat der Karstadtquelle AG *Pokriefke* öffentlich äußerte, daß dem Konzern die Insolvenz drohe, wenn die Arbeitnehmer im Zuge der Sanierung keine Einschnitte hinnehmen, woraufhin der Kurs um 7,45% sank³⁹. Sei es daß jüngst das Mitglied des Aufsichtsrats der Siemens AG *Scheitor* zum Behuf der Mitgliederwerbung für die IGM Schreckensszenarien über Werks-

38 Dazu *Rieble*, Betriebsratswahlwerbung durch den Arbeitgeber?, ZfA 2003, 281 ff.

39 FAZ Nr. 232 vom 5.10.2004, S. 14.

schließungen bei VDO verbreitete⁴⁰. Das ist nicht nur mit Blick auf das Schweigebot der Primärsider nach dem WpHG und den korrespondierenden Schweigepflichten des BetrVG unerhört; es ist vor allem unprofessionell. Co-Management setzt Schweigefähigkeit voraus.

Auch insofern wären Leitempfehlungen der Corporate Governance Kommission sinnvoll, die nicht nur den positiven Aspekt der Information gegenüber Aktionären, Belegschaft und Öffentlichkeit behandeln, sondern auch die Professionalität des Schweigens umfassen. Andernfalls ist eine offene Kommunikation innerhalb des Unternehmens – sei es mit Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, sei es mit Betriebsräten – nicht mehr möglich. **54**

Führungs- und Kommunikationsverhalten von Betriebsräten verlangen nach Professionalität – und wiederum nach einer entsprechenden Verantwortung. Das BetrVG enthält keine effektiven Sanktionen; insbesondere die Strafbarkeitsdrohung für den Verstoß gegen die Schweigepflicht in § 120 ist ein stumpfes Schwert – weil das Unternehmen, vertreten durch das Leitungsorgan schwerlich einen Strafantrag gegen „seinen“ Betriebsrat stellt. Effektiver sind Strafdrohungen des WpHG, weil die Strafverfolgung dort nicht von einem Strafantrag abhängt. **55**

These 5: Der Betriebsrat oder jedenfalls seine Spitze nimmt in erheblichem Umfang Führungsaufgaben gegenüber der Belegschaft wahr. Die Vermittlung von Informationen gegenüber Arbeitnehmern, die damit mittelbar an die Öffentlichkeit dringen, verlangt nach professioneller Betriebsratsarbeit. Fehlgänge sind sanktionsbedürftig. Effektive Sanktionen fehlen. **56**

IV. Folgerungen für die betriebliche Mitbestimmung

1. Organisatorische Fragen

a. Aufwertung der Unternehmensebene – Verkleinerung der Gremien – Stärkung des Wirtschaftsausschusses

Wenn die betriebliche Mitbestimmung sich verstärkt den wirtschaftlichen Angelegenheiten zuwendet und damit der Sache nach Unternehmensmitbestimmung durch Konsultation betreibt, muß hierfür ein geeignetes Organ agieren. Das bedeutet eine erhebliche Verlagerung der Betriebsverfassungsorganisation auf die Unternehmensebene. Indes werden dort die für die Arbeitnehmer zentralen Entscheidungen getroffen. **57**

Das kann sinnvollerweise nicht der Betriebsrat als Ganzes sein, der in Großbetrieben fulminante Größen erreichen kann. So hat der 2006 gewählte Betriebsrat der BASF AG für den Standort Ludwigshafen 53 Mitglieder. Die Corporate Governance-Diskussion spricht sich mit Blick auf die Professionalität für eine deutliche Verkleinerung der Aufsichtsräte aus. In der Tat sind kleine Gremien handlungsfähiger und verschwiegener. Nun hat das BetrVG 2001 gerade erst die Gremien vergrößert. Die Idee, man könnte Betriebsräte entsprechend schrumpfen, hat keine Aussicht auf **58**

⁴⁰ Börsenzeitung Nr. 65 vom 13.4.2007, S. 9.

Erfolg. Sie mißachtete zudem das Kontrollerfordernis auf Arbeitnehmerseite, dazu sogleich 4.

- 59** Sachgerecht scheint eine Zuständigkeit des Wirtschaftsausschusses, der der Sache nach jener geforderte Konsultationsrat ist. Auch die Einbindung eines Leitenden ist sachgerecht und verwirklicht die Zusammenarbeit von Betriebsrat und Sprecher-ausschuß (§ 2 Abs. S. 2, Abs. 2 SprAuG). Die gesetzliche Größe des Wirtschaftsausschusses nach § 107 Abs. 1 BetrVG von drei bis sieben Mitgliedern müßte von der Praxis nur ernst genommen werden. Das Zuwahlrecht des § 107 Abs. 3 S. 3 BetrVG müßte entfallen.
- 60** Entscheidend aber ist: Der Wirtschaftsausschuß müßte vom bloßen Hilfsorgan des Betriebsrats aufgewertet werden zum selbständigen Träger der Mitwirkungsrechte in (allen) wirtschaftlichen Angelegenheiten. Eine Doppelung der Zuständigkeiten zwischen Wirtschaftsausschuß und (Gesamt-)Betriebsrat darf es nicht geben. Nur eindeutige und abschließende Zuständigkeiten gewährleisten eine eindeutige Verantwortung und damit eine gute Unternehmensführung auch unter Partizipationsaspekten.

b. Keine Regulierung, sondern unternehmensspezifische Verhandlungslösung

- 61** Eine modifizierte Mitbestimmungsorganisation kann der Gesetzgeber nicht sinnvoll vorhalten. Unternehmen und Belegschaften unterscheiden sich. Das BetrVG mit seinen ersten 73 Paragraphen ist ein zu komplexes und bürokratisches Regelwerk. Richtig ist es deshalb, die Grundidee der Verhandlungslösung, wie sie im deutschen Recht schon immer für die Luftfahrtbetriebsverfassung nach § 117 BetrVG und im übrigen nur unter europäischem Einfluß für den Europäischen Betriebsrat und den SE-Betriebsrat vorgesehen ist⁴¹, auf die Betriebsverfassung zu erstrecken⁴². Das hätte zudem den Vorteil, daß einheitliche Verhandlungen auch eine einheitliche Systemlösung in der Mitwirkungsfrage erlauben. Der Dualismus zwischen deutscher und europäischer Betriebsverfassung ist nicht geboten. Im Gegenteil ist auch das schlechte Governance, weil dieselben Fragen mehrfach mit unterschiedlichen Gremien und unterschiedlichen Zuständigkeiten behandelt werden. Die Bedenken, die *Thüsing* mit recht gegenüber europäisch verhandelten Mitbestimmungsrechten hat⁴³, greifen für die Mitwirkung in unternehmerischen Fragen nicht so sehr. Das Einzelarbeitsverhältnis ist nur mittelbar betroffen. Richtig ist nur, aber immerhin, daß jede nationale Rechtsordnung, soweit sie eine Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten überhaupt kennt, ihrerseits eine Öffnungsklausel zugunsten des Europäischen Betriebsrats aufweisen muß, damit die Zuständigkeitsverlagerung nach nationalem Recht möglich ist.
- 62** Einen Anfang könnte der Gesetzgeber machen, indem er eine Öffnungsklausel für große Unternehmen ab 500 oder 2.000 Beschäftigten schafft, die es in Parallele zum

41 Dazu nur *Steinberg*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005.

42 In diese Richtung *Däubler*, Privatautonome Betriebsverfassung?, FS Wissmann (2005), S. 275 ff.; *Wolf*, Zukunft der Mitbestimmung – eine Skizze, FS Wissmann, S. 489, 494 f.

43 *Thüsing*, SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1469 ff.

EBR den Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Verhandlungsgremium überläßt, die betriebliche Mitbestimmung in ihrer Organisation neu zu ordnen und auch Mitbestimmungsrechte zu definieren. Aufgehoben wird damit jedenfalls § 3 BetrVG mit seinem spezifischen (und sachwidrigen) Tarifvorbehalt. Eine unternehmensbezogene Betriebsverfassung mit einheitlicher Interessenvertretung muß auf Unternehmens-ebene verhandelt werden können.

Die derzeitige Fassung des § 3 BetrVG erlaubt ohnehin keinen derart tiefen Eingriff in die Mitbestimmungsstruktur: Wie sich aus § 3 Abs. 5 BetrVG ergibt, ist dem Tarifvertrag nur die Regelung der Betriebs(rats)struktur möglich; schon auf Unternehmens- und Gesamtbetriebsratsebene scheidet jede Regelungsbefugnis aus⁴⁴. **63**

Je weiter die Öffnung reicht, desto eher wird sich der Gesetzgeber aus Akzeptanzgründen bemüßigt sehen, Mindeststandards festzulegen, die auch von einer Verhandlungslösung nicht unterschritten werden dürfen. Dazu gehört sicher der Kern der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten und einzelne Mitwirkungsrechte in personellen Fragen. Die Mitbestimmung in wirtschaftlichen, die unternehmerische Leitungsmacht betreffenden Fragen gehört jedenfalls nicht hierher (mit Ausnahme vielleicht des Sozialplans). Mindeststandards setzt hier nur die EU-Massenenntlassungsrichtlinie, die ihrerseits derzeit nicht vereinbarungsdispositiv ist. **64**

Rückfallposition wäre die gesetzliche Mitbestimmung des Betriebsrats nach dem BetrVG. Hier nicht zu vertiefen sind Detailfragen der Konfliktlösung, von Übergangslösungen und des Rückkehrrechts zur gesetzlichen Betriebsverfassung. Nachzudenken ist immerhin darüber, ob die Belegschaft des Unternehmens nicht im Wege einer Urabstimmung über die Vereinbarung zu beteiligen ist. Vorbild ist die Urabstimmung nach §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG und gem. § 20 Abs. 1 SprAuG. **65**

Mitbestimmungsvereinbarungen sind mit Blick auf das Transparenzerfordernis der Corporate Governance grundsätzlich zu veröffentlichen. Aktionäre müssen wissen, wer in welchem institutionellen Rahmen wie auf die Unternehmensführung Einfluß nimmt. Dementsprechend wäre es hilfreich, wenn die Unternehmen nicht nur die Mitbestimmungsvereinbarung, sondern auch die konkret handelnden Personen im Geschäftsbericht ausweisen. Dabei ist auch auf solche Verbindungen zu Dritten hinzuweisen, die von Einfluß auf die Entscheidungsfindung sein können, etwa auf die Mitgliedschaft im Gewerkschaftsvorstand oder einer Tarifkommission. Transparenz gegenüber der Belegschaft sollte durch betriebsinterne Veröffentlichung besorgt werden. **66**

These 6: Gute Unternehmensführung unter Mitwirkung der Arbeitnehmer kann aus Sicht der Betriebsverfassung nur durch ein kleines Organ auf Unternehmensebene, also gerade dem Wirtschaftsausschuß stattfinden. Der Gesetzgeber sollte dem Europäischen Vorbild folgen und – jedenfalls für große Unternehmen – das BetrVG entsprechend öffnen, damit nicht nur parallel zum EBR und dem SE-Betriebsrat sondern im Rahmen einer Gesamtlösung eine einheitliche verhandelte Mitwirkung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Angelegenheiten erlauben. **67**

44 Treffend GK-BetrVG/Kraft/Franzen, 8. Aufl. (2005), § 3 Rn. 54.

2. Interessenunabhängigkeit und Interessenbindung der Betriebsräte

a. Grundsatz

- 68** Corporate Governance verlangt für Aufsichtsräte Unabhängigkeit. Gemeint ist die Unabhängigkeit vom zu kontrollierenden Vorstand. Eben deswegen darf kein aktives Vorstandmitglied zugleich Mitglied des Aufsichtsrats sein, § 105 Abs. 1 AktG. Und deswegen empfiehlt der DCGK, daß nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandmitglieder Mitglied des Aufsichtsrats sein sollen (5.4.2)⁴⁵; der Aufsichtsratsvorsitz oder der eines Aufsichtsratsausschusses soll nur ausnahmsweise einem gewesenen Vorstandmitglied zukommen (5.4.4). Je stärker sich Betriebsräte in der Wirklichkeit zu Co-Managern entwickeln, die die Unternehmensleitung aktiv beeinflussen, desto stärker ist zu fordern, daß solche Betriebsräte, die als Co-Manager agieren, gleichfalls vom Aufsichtsratsmandat ausgeschlossen werden: Sie überwachten sich dort gleichsam selbst.
- 69** Auch wenn Betriebsräte in wirtschaftlichen Angelegenheiten von Rechts wegen keinerlei Letzt-Entscheidungsbefugnisse haben und – nach meiner Rechtsauffassung – Verträge über unternehmerische Entscheidungen nach der derzeitigen Fassung des BetrVG notwendig unverbindlich sein müssen, besteht doch die Gefahr, daß Vorstand und Betriebsratsspitze sich letztlich wechselseitig kritikimmun stellen. Boshaft kann man dies als *Schrempp-Klemm-Syndrom* bezeichnen.
- 70** Auch der Betriebsrat muß unabhängig sein – von der Unternehmensführung. Das gilt zwar weniger mit Blick auf eine Überwachungsfunktion. Dem Betriebsrat kommen nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur beschränkte Überwachungsaufgaben zu, die in erster Linie auf die Durchsetzung bestehender rechtlicher Bindungen ausgerichtet sind. Eine kaufmännische Überwachung der Unternehmensleitung kommt weder ihm noch dem Wirtschaftsausschuß zu. Die betriebliche Arbeitnehmervertretung ist keine Konkurrenz des Aufsichtsrats.
- 71** Der Partizipationsgedanke, der die Mitbestimmung auf betrieblicher wie auf Unternehmensebene trägt, zielt auf eine Beteiligung nicht primär im Unternehmensinteresse, sondern im Belegschaftsinteresse. Der Vorschlag des Berliner Netzwerks, die Teilhabe in der Unternehmensmitbestimmung auf einen Konsultationsrat zu verlagern (der der Sache nach dem Wirtschaftsausschuß entspricht) will gerade die Aufsicht im Unternehmensinteresse sachgerecht von der Partizipation im Arbeitnehmerinteresse trennen. Auch nach diesem Vorschlag also käme dem Konsultationsrat/Wirtschaftsausschuß keine dem Aufsichtsrat vergleichbare Überwachungsaufgabe zu.
- 72** Teilhabe im Belegschaftsinteresse setzt nicht minder voraus, daß diese Tätigkeit im Interesse der Belegschaft unbeeinflußt von eigenen persönlichen oder Drittinteressen erfolgt. Das Prinzipal-Agenten-Problem gilt auch für den Betriebsrat.

45 Dazu *Kremer* in: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, DCKG-Kommentar (Fn. 6), Rn. 1035 ff.

Partizipation durch Arbeitnehmervertreter erfordert eine vergleichbare Unabhängigkeit – vor allem vom Arbeitgeber. Deshalb ist der prinzipielle Sonderkündigungsschutz grundsätzlich richtig⁴⁶. Auch muß – insbesondere für freigestellte Betriebsräte sichergestellt sein, daß sie infolge ihrer Betriebsratsarbeit keine finanziellen Nachteile erleiden. **73**

Die Unabhängigkeit der Betriebsräte wird durch eine **professionelle Bezahlung** – wie sie derzeit in vielen Großunternehmen rechtswidrig praktiziert wird – nicht in Frage gestellt, wenn das Vergütungssystem transparent ist – also zumindest betriebsöffentlich gemacht wird und nicht vom den betroffenen Betriebsratsmitgliedern mit dem Vorstand frei ausgehandelt wird. Mithin sollten in einer entsprechenden Vereinbarungslösung auch die für die Entgeltfindung maßgebenden Parameter enthalten sein. Insoweit bietet sich entweder ein Vergleich mit dem korrespondierenden Personalleiter des Unternehmens an oder aber eine Festlegung durch den Aufsichtsrat in Parallele zur „angemessenen“ Vorstandsvergütung. Nur setzt auch dies wieder voraus, daß Betriebsratsmitglieder mit Managementfunktion nicht im Aufsichtsrat sitzen. **74**

Der derzeitige Zustand ist in hohem Maße unbefriedigend: Zahlt der Arbeitgeber nur nach dem Ehrenamtsprinzip, bleibt die eigentliche Leistung des Betriebsrats für das Unternehmen und die Belegschaft unbezahlt. Zudem wird auf diese Weise nach der beruflichen Herkunft diskriminiert. Unbefriedigend ist dies vor allem deshalb, weil im Gefolge des Strafverfahrens gegen *Volkert* die Betriebsratsbezahlung in allen großen Unternehmen in den Blick der Steuerfahndung und der Staatsanwälte geraten wird. Wiewohl die Betriebsratsbegünstigung nur ein Antragsdelikt ist (§ 119 Abs. 2 BetrVG) und normalerweise kein Antragsberechtigter hiervon Gebrauch macht, erfüllt doch jede bessere Bezahlung, als sie nach dem Ehrenamtsprinzip geschuldet ist, den Straftatbestand. Mit „um ihrer Tätigkeit willen“ verlangt die Norm – anders als die Bestechungstatbestände der §§ 299, 331 StGB⁴⁷ keine Unrechtsvereinbarung über konkrete Betriebsratsgeschäfte – wiederum anders als § 119 Abs. 1 Nr. 1, der einen Wahlbeeinflussungserfolg verlangt. § 119 Abs. 1 BetrVG flankiert Betriebsverfassungsnormen, Nr. 3 sorgt für die Strafbewehrung von § 78 Satz 2 BetrVG, der seinerseits („wegen ihrer Tätigkeit“) schon dann verletzt ist, wenn eine über das Ehrenamtsprinzip hinausreichende Bezahlung erfolgt. § 78 S. 2 BetrVG korreliert notwendig mit § 37 Abs. 1, 2, 4 BetrVG⁴⁸. **75**

Damit aber greift zugleich das steuerrechtliche Abzugsverbot für solche Zuwendungen, die objektiv einen Straftatbestand erfüllen. Aus steuerrechtlicher Sicht ist die Betriebsratsbegünstigung Korruption. Ist dem Unternehmer aber nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG der Abzug des das Ehrenamtentgelt übersteigenden Teils verboten, so wird in deutschen Unternehmen derzeit vielfach Steuerhinterziehung betrieben. Über **76**

46 Mit einer Ausnahme: Im Arbeitskampf darf sich der Betriebsrat nicht hinter dem Kündigungsschutz verstecken. Dazu *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200, 211.

47 Für diese: Schönke/Schröder/*Heine*, Strafgesetzbuch 27. Aufl. (2006), § 299 Rn. 3, sowie § 331 Rn. 26.

48 Siehe nur Richardi/*Thüsing*, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. (2006), § 23 Rn. 43.

Untreue läßt sich zusätzlich nachdenken, weil das Unternehmen die Betriebsratsarbeit zum Schaden des Unternehmens teurer bezahlt, als das geboten ist.

- 77** Insofern muß man sich klar entscheiden: Entweder behält der Gesetzgeber das mit Blick auf die Professionalisierung unsinnige Ehrenamtsprinzip bei⁴⁹. Das ließe sich mit der Erwägung rechtfertigen, daß eine zu intensive Nähe des Betriebsrats zur Unternehmensleitung, eben ein Co-Management, die Interessenvertretung für die Belegschaft beeinträchtigte. Dann muß diese Entscheidung auch durchgesetzt werden. Das schließt nicht nur effektive Verfolgung von Betriebsratskorruption ein; das bedeutet dann auch die konsequente Absage an sämtliche Vereinbarungen über unternehmerische Entscheidungen.
- 78** Oder der Gesetzgeber entschließt sich, der gelebten Praxis zu folgen, die keineswegs auf Massenkorrption von Betriebsräten deutet, sondern auf ein entsprechendes Professionalisierungsbedürfnis. Jedenfalls bedarf es einer entsprechenden Festlegung, sonst werden Strafverfahren die Betriebsratsarbeit begleiten – vor allem gegen die Unternehmensverantwortlichen.
- 79** Zur Unabhängigkeit der Betriebsräte in ihrer täglichen Arbeit könnte auch das mancherorts bereits praktizierte System des eigenen Budgets mit eigener Budgetverantwortung beitragen.

b. Korruptionsschutz und Betriebsratsvergütung

- 80** Die aktuellen „Bestechungsfälle“ *Volkert* und *Schelsky* lenken den Blick darauf, daß Arbeitnehmer davor bewahrt werden müssen, daß ihre Interessenvertreter käuflich sind. In beiden Fällen ist die Sicht der interessierten Öffentlichkeit „schräg“. Bei *Volkert* steht die erotische Eskapade im Vordergrund, die nicht verallgemeinerungsfähig ist. Das eigentliche Problem der hohen Vergütung „als Betriebsrat“, die mit Ehrenamtsprinzip und Begünstigungsverbot nach geltendem Recht nicht zu vereinbaren ist, gerät aus dem Blick. Dabei ist es keineswegs unüblich, daß Betriebsräte – also vor allem der freigestellte Betriebsratsvorsitzende – in Großunternehmen sechsstellige Gehälter „als Führungskraft“ beziehen. Darin liegt zuerst das Problem: Wird nicht auf diese Weise der Betriebsrat oder doch wenigstens sein Vorsitzender „gekauft“, also dem Unternehmensinteresse verpflichtet – anstatt „lupenrein“ Belegschaftsinteressen zu vertreten? Noch komplexer liegt der Fall *Schelsky*, weil dieser die Gelder der Siemens AG nicht als Betriebsrat erhalten hat, sondern als Vorsitzender einer Arbeitnehmervereinigung AUB, deren U für Unabhängigkeit stehen soll – Unabhängigkeit von den Traditionsgewerkschaften, nicht von den Unternehmen. Hier liegt das Problem darin, inwieweit die Zahlung an einen Verein, dessen Mitglieder sich auch in der Betriebsverfassung betätigen und ihre Mitgliederinteressen auf diese Weise verfolgen, vom Betriebsverfassungsrecht „geahndet“ wird. Zunächst einmal stehen solche Organisationen außerhalb der Betriebsverfassung. Die einzige Sanktion für eine etwaige finanzielle Abhängigkeit vom Arbeitgeber ist der Verlust des Koalitionsstatus – und sonst nichts.

49 Dafür jetzt *Fischer* (Fn. 21), S. 489.

Speziell für die betriebliche Mitbestimmung also ist zu fragen, wie die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder geschützt werden kann, so daß sie die ihnen anvertrauten Interessen eben interessengerecht wahrnehmen können. Das BetrVG hält den Schutz des Betriebsrats vor Fremdeinflüssen auch ohne spezifischen Governance-Gedanken hoch: Freistellung und Entgeltenschutz sowie Sonderkündigungsschutz sollen den Einfluß des Arbeitgebers auf die Betriebsratsarbeit gering halten. **81**

Wahl- und Amtsführungsschutz – strafbewehrt in § 119 BetrVG – zielen zwar primär auf den Arbeitgeber, schützen aber vor jedermann, theoretisch auch vor Gewerkschaften: Niemand darf die Amtsführung des Betriebsrats durch Vorteilsgewährung oder Nachteilszufügung oder durch Verheißung oder Bedrohung beeinflussen. Für Gewerkschaften ist das Beeinflussungsverbot freilich durch das nebulöse Diktum des BVerfG stark eingeschränkt, wonach Art. 9 Abs. 3 GG der Koalition einen Anspruch auf Solidarität vermittele: Konkret ging es dabei zwar „nur“ um die Frage, ob eine Gewerkschaft ein Mitglied, das auf einer gewerkschaftsfremden, freien Liste zum Betriebsrat kandidiert, deswegen ausschließen darf – was das BVerfG anders als der BGH bejahte⁵⁰. Damit ist ein Tor zur umfassenden Betriebsratsbeeinflussung durch Gewerkschaften geöffnet. **82**

Richtigerweise ist der Schutz vor Betriebsratsbestechung nicht im BetrVG sondern durch entsprechende Ausweitung des Korruptionstatbestandes in § 299 StGB zu verankern. Die Ausweitung betriebsverfassungsrechtlicher Sanktionen – vor allem durch Effektivierung des § 23 Abs. 1 BetrVG (unten 4)⁵¹ – reicht nicht: Das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung darf nicht in die Hände nur einiger Antragsberechtigter gelegt werden, die ihrerseits womöglich Teil des Filzes sind. Ebenso muß der systemwidrige Zustand, daß der nehmende Betriebsrat, der seine Belegschaft um eines Sondervorteils verrät, sich nicht strafbar macht, beseitigt werden. Korruptionsstrafrecht ahndet grundsätzlich den Schmierenden wie den Geschmierten – nicht nur bei den Amtsdelikten, sondern gerade auch bei der Unternehmenskorruption des § 299 StGB. Der dortige Strafrahmen von bis zu drei Jahren ist angemessener als der einjährige des § 119 BetrVG. **83**

Das Strafantragsrecht ist aufzuheben; die Strafverfolgung muß von Amts wegen erfolgen. Nur das verhindert Filz. Betriebsrat und Arbeitgeber sind die Parteien der inkriminierten Vereinbarung und auch die Gewerkschaft hat vielfach kein Interesse, einen Strafantrag gegen die eigenen Leute zu stellen. Der Fall *Schelsky* bestätigt das nur: Der Strafantrag der IG Metall ist Teil des Kampfes gegen die konkurrierende AUB. **84**

50 Einerseits BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214-225 = NJW 1999, 2657 ff. andererseits BGH vom 19.10.1987 – II ZR 43/87 – BGHZ 102, 265 = NJW 1988, 552-556; BGH vom 19.1.1981 – II ZR 20/80 – NJW 1981, 2178; kritisch *Gaumann*, Gewerkschaftsausschluß wegen Betriebsratskandidatur auf konkurrierender Liste, NJW 2002, 2155; *Hadding/van Look*, Zur Ausschließung aus Vereinen des bürgerlichen Rechts, ZGR 1988, 270.

51 Dafür *Fischer*, Korruptionsbekämpfung in der Betriebsverfassung, BB 2007, 997, 1001; ähnlich im Hinblick auf die Effektivierung des § 119 BetrVG *Rüthers*, VW: Gemeinsamer Verrat an der Mitbestimmung?, NJW 2007, 195, 197.

- 85** Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß der derzeitige spezialgesetzliche Korruptionsschutz der Arbeitnehmervertreter lückenhaft ist: Die Bestechung oder Begünstigung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ist zwar unzulässig, § 26 MitbestG, aber nicht strafbar. Anderes gilt richtigerweise für Mitglieder im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat einer Europäischen Aktiengesellschaft, § 45 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 44 Nr. 3 SEBG.
- 86** In der Lebenswirklichkeit ist darauf zu achten, daß auch alle Fälle mittelbarer Begünstigung erfaßt werden, von der Stellenbeschaffung für Familienangehörige bis hin zum Aushandeln eines Sozialplanes, bei dem „zufällig“ die Betriebsratsmehrheit in den Genuß besonders hoher Abfindungen kommt. Hierher gehören auch „nachlaufende“ Freistellungen, die abgewählte Betriebsratsmitglieder davor bewahren sollen, arbeiten zu müssen.
- 87** **These 7:** Der Unabhängigkeitsschutz der Betriebsräte muß nicht neu erfunden werden. Das geltende Recht achtet bereits sehr auf die Unabhängigkeit vom Arbeitgeber; nur der Korruptionsschutz ist gänzlich unzureichend. Stark nachzudenken ist über die Unabhängigkeit der Amtsführung gegenüber Dritten, insbesondere die Interessen der Gewerkschaft. Der Betriebsrat ist nicht deren tarifpolitisches Vollzugsorgan und hat auch keine organisationspolitische Funktion.

3. Professionalisierung der Betriebsratsarbeit

- 88** Durchaus entscheidender Aspekt ist die Professionalisierung. Wer auf die Unternehmensführung besonderen Einfluß nehmen will, muß das professionell tun. Für den Aufsichtsrat werden typischerweise Qualifikation, Unabhängigkeit und Engagement als Elemente guter Corporate Governance verlangt.
- 89** Das betrifft zwei Punkte, die ich mit Blick auf den Vortrag von Herrn *Franzen* nur anreißen will:
- 90** ● An erster Stelle steht die persönliche Eignung. Zu ihr gehört neben den kommunikativen Fähigkeiten gegenüber der Belegschaft, die ihrerseits durch den Wahlerfolg belegt sind, vor allem wirtschaftliches Verständnis, in multinationalen Unternehmen auch Sprachkenntnisse. Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten setzt Sachverstand und Unternehmenskenntnis voraus, die nicht bei einem externen Berater eingekauft werden kann. Das eigentliche Problem liegt darin, daß jede Vorgabe für das Betriebsratsamt sich mit dem gleichen passiven Wahlrecht nicht verträgt. Welcher Wahlvorstand soll Eignungsvoraussetzungen prüfen? Betriebsrat ist kein Ausbildungsberuf. Eine Evaluation der Kandidaten ließe manipulative Einflüsse auf die Betriebsratswahl befürchten. Dem Umstand, daß Betriebsratsämter interessen- und machtpolitisch errungen werden, läßt sich letztlich nicht begegnen. Eben deshalb hat der DCGK Professionalitätserwartungen nur an die Anteilseigner formuliert. Immerhin ließen sich zumindest appellativ Anforderungen für die Mitglieder des Wirtschaftsausschuß aufstellen. Im übrigen bleibt es dem Gremium überlassen, Professionalität durch Spezialisierung zu befördern und den eigenen Mitgliedern entsprechende Fortbildungspflichten aufzuerlegen.

- An zweiter Stelle steht die **Bezahlung**. Wer als Mitglied des Betriebsrats oder des aufgewerteten Wirtschaftsausschusses professionelle Arbeit im unternehmerischen wie im Belegschaftsinteresse leistet – und dies oft über drei und mehr Wahlperioden hinaus⁵², darf eine dieser Berufsmäßigkeit entsprechende Bezahlung erwarten. Nur eine professionelle Bezahlung ermöglicht – wie im Aufsichtsrat – eine entsprechende Professionalisierung.⁵³ Das zeigt der Vergleich mit den Kommunen: Ehrenamtlich arbeiten nur die Bürgermeister kleiner Gemeinden; niemand käme auf die Idee, für den Oberbürgermeister der Stadt München das Ehrenamt zu fordern. Die Bezahlung ist nachgerade Voraussetzung für Unabhängigkeit und Engagement – und für Qualifikation. Eine gute Bezahlung der „Profi-Betriebsräte“ hat freilich zwei Nachteile: Einmal kommt es zu einer Zwei-Klassengesellschaft im Betriebsrat. Sie läßt sich mit dem kommunalpolitischen Vergleich rechtfertigen: hier ehrenamtlicher Gemeinderat, dort bezahlte Bürgermeister. Zum anderen kann das Geld auch jene locken, die vor allem für das eigene Einkommen engagiert sind. Engagement ließe sich durch einen erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteil erreichen. Die Aufsichtsratsvergütung taugt nur beschränkt als Vorbild: Der Aufsichtsrat ist ausschließlich auf das Unternehmensinteresse verpflichtet. Wie will man den Erfolg der Betriebsratsarbeit für die Belegschaft ermitteln und vergüten? Insofern bleibt nur die nächste Betriebsratswahl als Erfolgsparameter. 91

Entschlüsse man sich zu einer solchen professionellen Bezahlung, müßte diese vor Abführungspflichten an gewerkschaftliche Einrichtungen wie der *Hans-Böckler-Stiftung* bewahrt werden. Denn jene macht aus den Aufsichtsratsmandaten der Arbeitnehmervertreter systemwidrig ein Ehrenamt – und führt die Aufsichtsratsposten letztlich einem Ämterkaufsystem (Sidonie) zu. Verboten werden müßte also jede Vereinbarung oder Satzungsregelung von Abführungspflichten, aber auch jeder faktische Druck. Die freiwillige Spende an solche Einrichtungen kann schlecht verboten werden, das wäre eine nach bisherigem Verständnis unzulässige Entgeltverwendungsregelung. 92

These 8: Gute Mitbestimmung verlangt nach Professionalität. Das Ehrenamtsprinzip ist – in mittleren und großen Betrieben und für Freigestellte – überholt. Wer seine ganze Schaffenskraft über Jahre in den Dienst der Mitbestimmung stellt, soll professionell arbeiten, das Amt nicht als Nebensache vor dem ruhenden Arbeitsverhältnis betreiben und für seine hauptamtliche Tätigkeit gerade auch bezahlt werden. Ungelöst bleiben die Fragen nach Qualifikation und Anreiz für besonderes Engagement. 93

52 Dazu *Franzen*, Professionalisierung der Betriebsratsarbeit – Abschied vom Ehrenamt?, in diesem Band § 2.

53 Hiergegen Fischer (Fn. 21), S. 489, der Professionalisierung der Betriebsratsarbeit und Ehrenamtsprinzip für vereinbar hält.

4. Kontrolle des Betriebsrats

- 94** Gute Mitbestimmung verlangt nach Kontrolle; der Entscheidungsmacht muß eine Verantwortung entsprechen. So wie der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliert, so ist der Betriebsrat zu überwachen – nur mit welchen Mitteln und durch wen?
- 95** Das BetrVG ist in diesem Punkt vollkommen unzureichend: Der Betriebsrat haftet praktisch gar nicht. Selbst größte Rechtsverstöße bleiben sanktionslos, weil der Betriebsrat oder sein Mitglied jedes Verfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG aussitzen kann: Bis in letzter Instanz über die Auflösung des Betriebsrats oder den Ausschluß eines Mitglieds entschieden ist, hat die Neuwahl das Verfahren erledigt⁵⁴. Eine die Weiterführung des Amtes behindernde Bemakelung tritt nur in Extremfällen wie *Volkert* auf. Im übrigen werden Betriebsräte den Rechtsverstoß leugnen oder sich auf das rechtfertigende Wohl der Belegschaft berufen.
- 96** Hinzu kommt: Das Antragsrecht haben wieder nur Gewerkschaft, Arbeitgeber (also Vorstand oder Geschäftsführung) und der Betriebsrat selbst – sowie, wenig praktisch, ein Viertel der Belegschaft⁵⁵. Arbeitgeber und Betriebsrat sind Teil des Konfliktes. Für einen Auflösungsantrag muß der Arbeitgeber in der Mitbestimmungswirklichkeit teuer bezahlen. Die Gewerkschaft ist als „beliehener“ Kontrolleur des Betriebsrats jedenfalls dann untauglich, wenn die betroffenen Betriebsräte auf der Gewerkschaftsliste gewählt worden sind oder wenn – insbesondere in Großbetrieben – die Betriebsratsfürsten über eine erhebliche Organisationsmacht innerhalb der Gewerkschaft verfügen. Mit Corporate Governance hat das nichts zu tun. Es handelt sich um ein Feigenblatt ohne Funktion. Unzulänglicher ist nur die Vorschrift über die Abberufung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, § 23 MitbestG.
- 97** Effektuieren läßt sich das Abberufungsverfahren zunächst dadurch, daß dem Arbeitsgericht die Möglichkeit eröffnet wird, das Ruhen des Betriebsratsamtes bis zum Abschluß des Verfahrens anzuordnen – dies im Wege vorläufigen Rechtsschutzes. Das ist richtigerweise als Regelungsverfügung auch schon *de lege lata* möglich⁵⁶.
- 98** Zweitens sollte die Abberufung aus dem Betriebsrat für die Betroffenen den Verlust der Wählbarkeit für die nächstfolgende Betriebsratswahl zur Folge haben. Bislang stellt die obskure Vorschrift des § 8 Abs. 1 S. 3 BetrVG darauf ab, ob ein Strafgericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkannt hat.
- 99** Vor allem aber muß das Antragsrecht verschoben werden: Auf Arbeitgeberseite sollte es auf dem Aufsichtsrat und dort der Anteilseignerseite zukommen. Zugleich spricht viel dafür, parallel zu den Gewerkschaften dem Arbeitgeberverband, dem das Unternehmen angehört, ein Antragsrecht zuzusprechen. Für die Belegschaft ist über

54 BAG vom 29.4.1969 – AZ 1 ABR 19/68 – EzA § 23 BetrVG Nr. 2 = AP Nr. 9 zu § 23 BetrVG; BAG vom 8.12.1961 – 1 ABR 8/60 – NJW 1962, 654 = AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG; dazu kritisch GK-BetrVG/Oetker, 8. Aufl. (2005), § 23 Rn. 82 m.w.N.

55 Kritisch Fischer (Fn. 51), S. 1001.

56 GK-BetrVG/Oetker, 8. Aufl. (2005), § 23 Rn. 82 m.w.N.; monographisch Schwonberg, Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung (1996).

eine Verringerung des Quorums etwa auf das des § 14 Abs. 4 BetrVG⁵⁷ nachzudenken – oder über die Möglichkeit einer außerordentlichen Abwahl, die dann keinen groben Verstoß mehr voraussetzt.

Wenn und soweit Mitbestimmungsfunktionen auf Ausschüsse – insbesondere den **100**
Wirtschaftsausschuß – übergehen sollten, könnte der Betriebsrat als Gesamtgremium mit seinen ehrenamtlichen Mitgliedern, von operativer Mitbestimmungsarbeit entlastet, die Kontrollfunktion gegenüber den Hauptamtlichen ausüben, entweder durch ein Antragsrecht zum Gericht oder durch ein Abwahlrecht (mit qualifizierter Mehrheit). Folge wäre die Zweiteilung des Betriebsrats in ein Mitbestimmungs- und ein Aufsichtsorgan. Auch hier gilt: Die richtige Lösung sollte jedenfalls versuchsweise der Verhandlungslösung überantwortet werden.

Schließlich ist der Betriebsrat, soweit die handelnden Personen professionell gegen **101**
angemessene Vergütung agieren, einer **allgemeinen Fahrlässigkeitshaftung** zu unterwerfen. Gemeint ist die persönliche Haftung derjenigen Betriebsratsmitglieder, die professionalisiert und bezahlt Managementaufgaben wahrnehmen; nicht dagegen des Kreises, der weiterhin ehrenamtlich tätig ist. Eine kollektive Haftung des Betriebsrats als Gremium etwa aus seinem Budget, entspricht weder der Corporate Governance noch dem BetrVG: Professionalität der Amtsführung setzt persönliche Verantwortung voraus. Nur diese wirkt präventiv gegen Fehlverhalten. Die Haftung aus der für Mitbestimmungsaufgaben vorgesehenen Vermögensmasse ginge zu lasten der Belegschaft.

Für ein Haftungsprivileg gibt es keinen Grund: Die Betriebsratsarbeit steuert nicht **102**
der Arbeitgeber. Schutz gewähren die üblichen D&O Versicherungen, die den Betroffenen nicht vorenthalten werden dürfen, soweit sie Vorständen gewährt wird.

Die Selbstherrlichkeit mancher Betriebsräte ist nicht nur unprofessionell; sie **103**
vernachlässigt vor allem, daß die betriebliche Mitbestimmung im Interesse der Arbeitnehmer angeordnet ist. Das wird auch in der gewerkschaftsnahen Literatur mitunter kritisiert⁵⁸ – zu recht.

These 9: Das System der Betriebsratskontrolle ist unzureichend: Eine **104**
Kontrolle auf rechtswidriges Verhalten findet praktisch nicht statt; eine solche auf unzumutbare Ausübung der Mitbestimmungsrechte nicht einmal theoretisch. Die Abhängigkeit von der Wiederwahl genügt nicht, weil der Wähler sein Wahlrecht nicht an Kontrollbewegungen ausrichtet. Erforderlich ist deshalb ein effektives Amtsenthebungsverfahren und eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für professionelle Vollzeitbetriebsräte. Darüber hinaus kann in großen Unternehmen die Verlagerung der Mitbestimmungsverantwortung auf den professionalisierten Wirtschaftsausschuß eine Kontrolle durch den diesen wählenden Betriebsrat ermöglichen.

57 Richtig *Fischer* (Fn. 51), S. 1001.

58 *Roßmann* (Fn. 28), S. 241 f.

5. Transparenz der Betriebsratsarbeit

- 105** Mitwirkung und Mitbestimmung verlangen nach Transparenz – zuerst im Verhältnis zu den vertretenen Mitarbeitern. Der Tätigkeitsbericht vor der Betriebsversammlung (§ 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) dient diesem Anliegen. Ein mündlicher Vortrag kann freilich rhetorisch aufgeladen werden und damit das Transparenzziel verfehlen. Das gesprochene Wort ist zudem flüchtig. Außerdem können nicht alle Arbeitnehmer an einer Betriebsversammlung teilnehmen. Richtigerweise sollte dem Betriebsrat und ggf. dem Wirtschaftsausschuß deswegen ein schriftlicher Tätigkeitsbericht abverlangt werden, der betriebsöffentlich zu machen ist.
- 106** In zweiter Linie sind – je stärker die Mitwirkung in ein Co-Management mündet – auch die Anteilseigner informationsbedürftig, nach welchen Grundsätzen der Wirtschaftsausschuß/Betriebsrat an der Unternehmensführung mitwirkt. Ein schriftlicher Bericht könnte auch ihnen Klarheit verschaffen.
- 107** Ein besonderer Punkt betrifft die Kosten der Betriebsratsarbeit. Das Umlageverbot in § 41 BetrVG verschleiert, daß Betriebsratskosten – als Personalkosten – wirtschaftlich von der Belegschaft zu tragen sind. Dementsprechend muß vom Betriebsrat Kostendenken auch im Interesse der Belegschaft gefordert werden. Das gelingt am besten durch eine paritätische Finanzierung, die den Betriebsrat/Wirtschaftsausschuß unmittelbar gegenüber den Arbeitnehmern zu Kostendisziplin verpflichtet. Vorbild kann die Regelung in Österreich sein, die freilich keine vollständige Parität vorsieht⁵⁹. Die Probleme der erstmaligen Einführung können die Tarifparteien durch einen entsprechenden Aufschlag lösen⁶⁰.
- 108** **These 10:** Transparenz der Betriebsratsarbeit ist durch die Verpflichtung zu einem schriftlichen Tätigkeitsbericht an die Belegschaft zu gewährleisten. Kostentransparenz ist durch paritätische Finanzierung zu erreichen.

V. Fazit

- 109** Mehr Partizipationsmacht für Betriebsräte im Unternehmen bedeutet notwendig auch mehr Verantwortung der Betriebsräte für das Unternehmen und die Belegschaft. Wie diese Verantwortung auch im rechtlich-institutionellen Rahmen sinnvoll strukturiert werden kann, dafür gibt die Corporate Governance bedeutende Anregungen.
- 110** Wegen der durchnormierten Betriebsverfassung ist die Abkehr vom Ehrenamtsprinzip, die Aufwertung des Wirtschaftsausschusses sowie eine Modifikation der Kontrollrechte im wesentlichen nur *de lege ferenda* zu verwirklichen.
- 111** Das Richterrecht kann unzulässigem Koppelungsdruck nur begegnen, indem die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung aufgegeben wird. § 23 Abs. 1 BetrVG läßt

59 Gem. §§ 72 – 74 österreichisches Arbeitsverfassungsgesetz sind die Sacherfordernisse der Betriebsratsarbeit vom Arbeitgeber, die Geschäftsführungskosten von den Arbeitnehmern in Form einer Umlage zu tragen; dazu *Preiss*, in: Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht 2, 3. Aufl. (2004), § 72 Anm. 1.

60 Ähnlich *Adams*, Das Ende der Mitbestimmung, ZIP 2006, 1561, 1567; das wurde aber schon bisweilen vorgeschlagen, dazu insbesondere die Sachverständigen zur BetrVG Reform im Bundestag.

sich *de lege lata* etwas effektiver machen, indem die Tatsacheninstanzen durch einstweilige Verfügung das Ruhen des Amtes eines korruptionsverdächtigen Betriebsratsmitgliedes anordnen können.

Außerdem ist die Rechtsprechung aufzugeben, wonach die Wiederwahl eines Betriebsrats das Verfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG erledigt. **112**

Die Anteilseignerseite kann schon heute im Aufsichtsrat ihre Kontrollbefugnisse auf die betriebsverfassungsrechtlichen „Geschäfte“ zwischen Vorstand und Gesamtbetriebsrat erstrecken; für bedeutsame Koppelungsgeschäfte kann ein Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG die Kontrolle verbessern. **113**