

**Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat –
Eine verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche
und arbeitsrechtliche Analyse**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 19

Christian A. Velten

**Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat –
Eine verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche
und arbeitsrechtliche Analyse**



ZAAR Verlag München 2010

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-13-8

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2009 von der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Gesetzgebung wurden bis Mai 2010 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Richard Giesen, der die Anfertigung der Arbeit stets mit sehr großem Engagement gefördert und unterstützt hat. Herrn Prof. Dr. Horst Hammen sei an dieser Stelle für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens gedankt.

Wesentlich zum Gelingen der Promotion haben auch meine Eltern, Dr. Hans-Werner Velten und Dora Velten, beigetragen. Durch ihre finanzielle und menschliche Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung haben sie die Promotion erst ermöglicht.

Nicht unerwähnt bleiben soll auch die Kanzlei Jota Rechtsanwälte in Hüttenberg, die es mir ermöglicht hat, neben der Anfertigung der vorliegenden Arbeit auch reichhaltige praktische Erfahrungen zu sammeln.

Bonn/München, Oktober 2010

Christian A. Velten

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	13
 A. Einleitung und Ziel der Untersuchung	 17
 B. Die Beteiligung der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung	 25
I. Mitbestimmungsgesetz 1976	27
1. Die Regelung des § 7 II MitbestG i.V.m. § 16 MitbestG	27
2. Gerichtliche Bestellung der Gewerkschaftsvertreter	30
3. Sonstige Einflussmöglichkeiten auf die Wahl der Arbeitnehmervertreter	32
II. Montanmitbestimmung	33
III. Das Drittelbeteiligungsgesetz	35
IV. Die Beteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft	36
1. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem SEBG	37
2. Unvereinbarkeit von §§ 36 III 2 SEBG i.V.m. § 6 III SEBG mit europarechtlichen Vorgaben	39
3. Abschließende Betrachtung und Zusammenfassung	41
 C. Vereinbarkeit von § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG mit dem Grundgesetz	 43
I. Vereinigungsfreiheit, Art. 9 I GG	46
1. Persönlicher Schutzbereich	46
2. Sachlicher Schutzbereich	48
3. Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung	48
a. Verhinderung eines „Betriebsegoismus“	48
b. Das „überlieferte freie Wahlrecht“	52
c. Externer Sachverstand	53
d. Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse	54
e. Demokratische Legitimation	54
f. Veränderte wirtschaftliche Verhältnisse	57
g. Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften	58
4. Ergebnis	59

II.	Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG	59
1.	Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände bzw. des einzelnen Arbeitgebers	60
a.	Der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit	61
b.	Eingriff	62
aa.	Tatsächliche Einflussmöglichkeiten	62
	(1.) Gesetzlicher Einfluss	63
	(2.) Psychologische Einflüsse	64
bb.	Ergebnis	65
2.	Negative Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer	65
III.	Verstoß gegen Art. 3 I GG	67
IV.	Reformbestrebungen	67
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu Teil C	68
D.	Die Stellung der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat und im Unternehmen	69
I.	Die Stellung des Aufsichtsrats in der Verfassung der Aktiengesellschaft	69
1.	Bestellung und Abberufung der Mitglieder des gesetz- lichen Vertretungsorgans	69
2.	Weitere Kompetenzen	70
3.	Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Auf- sichtsrat	71
4.	Unternehmensplanung und Beratung des Vorstands	72
II.	Die Rechts- und Pflichtenstellung des einzelnen Aufsichts- ratsmitgliedes	74
1.	Das Verhältnis von Mitbestimmungs- und Gesell- schaftsrecht	74
a.	Meinungsstand	76
b.	Stellungnahme	77
2.	Einzelne Rechte und Pflichten der Aufsichtsrats- mitglieder	78
a.	Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	79
aa.	Das Unternehmensinteresse	79
	(1.) Das Unternehmensinteresse als Pflichtenmaß- stab	81
	(2.) Inhaltliche Konkretisierung des Unter- nehmensinteresses	82

(a.) Das Unternehmensinteresse als Abwägungs- vorgang.....	83
(b.) Das Unternehmensinteresse als prozessuale Kategorie	85
(c.) Stellungnahme	85
(3.) Ergebnis	87
bb. Konkretisierung der Treuebindung	88
b. Benachteiligungsverbot.....	90
c. Weisungsfreiheit	90
d. Verschwiegenheitspflicht	91
aa. Grundlagen	91
bb. Verschwiegenheitspflicht gegenüber Beleg- schaft, Betriebsrat und Gewerkschaft	95
cc. Verschwiegenheitspflicht und Art. 5 II GG.....	101
dd. Verschwiegenheitspflicht und externe Be- ratung.....	103
ee. Insiderinformationen.....	104
ff. Verschärfung der Verschwiegenheitspflicht in der GmbH.....	105
e. Teilnahmerecht.....	106
E. Einschränkung der Rechte in Tarifaueinandersetzungen und im Arbeitskampf	108
I. Einschränkung des Streikrechts?	111
1. Das Streikrecht der Gewerkschaftsvertreter und - mitglieder im Aufsichtsrat	111
2. Grundkonstellation	112
a. Passives Streikrecht	112
b. Aktives Streikrecht.....	113
aa. Meinungsstand	114
bb. Lösungsweg	117
(1.) Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand	117
(2.) Ergebnis	124
3. Der „Fall Bsirske“	125
a. Streik im Drittbetrieb.....	125
b. Solidarstreik.....	127
c. Warnstreik	128
d. Unterlassen.....	130

II. Teilnahme an Tarifverhandlungen auf Seiten der Gewerkschaft	131
III. Einschränkung der Mitwirkungsrechte aus dem Aufsichtsratsmandat	131
1. Praktische Relevanz und Einflussmöglichkeiten der externen Gewerkschaftsvertreter	131
2. Stimmrechtsausschluss	133
a. § 181 BGB.....	136
b. § 242 BGB.....	137
c. Analogielösungen.....	138
aa. Regelungslücke	138
(1.) Die gesellschaftsrechtlichen Stimmverbote	138
(2.) Regelungslücke im Hinblick auf den Aufsichtsrat?	140
(3.) Keine Lückenhaftigkeit aufgrund des Ausschlussproblems im dreiköpfigen Aufsichtsrat?	141
(4.) Zwischenergebnis	142
bb. Analogie zu § 181 BGB	142
cc. Analogie zu § 32 MitbestG	144
dd. Analogie zu § 34 BGB	145
d. Weitergehende Stimmverbote auf Grund verfassungsrechtlicher Reduktion?	151
e. Sonderfall des Stimmrechtsausschlusses aufgrund Kumulation von betrieblicher und überbetrieblicher Mitbestimmung – Überparität?.....	152
aa. Das Verhältnis zwischen Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung	152
bb. Überparität bei Entscheidung über die Folgen einer Betriebsänderung?.....	153
(1.) Sozialplanverfahren	153
(2.) Überparität durch Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat?	154
(a.) Rechtsprechung des BAG zum Streik um einen Tarifsozialplan	155
(b.) Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung.....	157
(3.) Ergebnis	160

3. Teilnahmerecht	161
a. Voraussetzungen für den Entzug des Teilnahme- rechts.....	161
b. Entzug bei Interessenkollision.....	162
c. Anwendung der Kriterien auf Einzelfälle	164
4. Ausschluss von Informationen	165
5. Pflicht zur Amtsniederlegung	167
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Teil D	168
F. Rechtsfolgen bei Pflichtverstößen	169
I. Unterlassungsanspruch der Gesellschaft	169
II. Schadensersatzansprüche	169
1. Ansprüche der Gesellschaft gegen das einzelne Auf- sichtsratsmitglied	170
a. Vertragliche Ansprüche.....	170
b. §§ 116, 93 AktG	170
aa. Pflichtwidrigkeit.....	171
bb. Kausalität	171
(1.) Bei pflichtwidriger Streikteilnahme	171
(2.) Bei pflichtwidriger Informationsweitergabe.....	172
cc. Verschulden	172
(1.) Haftungserleichterung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs?	174
(2.) Haftungserleichterung nach den Grundsätzen der eingeschränkten Betriebsratshaftung?	175
dd. Schaden.....	176
ee. Verjährung.....	177
ff. Prozessuale Geltendmachung.....	177
(1.) Durch die Gesellschaft.....	177
(2.) Durch eine Aktionärsminderheit	178
(3.) Die Geltendmachung im Recht der GmbH	179
c. Deliktsrechtliche Ansprüche	179
2. Ansprüche gegen die Gewerkschaft	180
a. § 117 AktG.....	180
b. § 31 BGB analog.....	181
III. Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 103 III AktG	181
IV. Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit des Aufsichtsrats- beschlusses bei Verstoß gegen ein Stimmverbot	185
V. Zusammenfassende Betrachtung zu Teil F	186

G. Sonstige rechtliche Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschaft	187
I. Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter	187
II. Aufsichtsratsausschüsse	191
1. Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen	192
2. Übertragung von Beschlussgegenständen an Aufsichtsratsausschüsse	195
III. Abschließende Regelung der Zustimmungspflichtigkeit durch Satzung?	196
1. In der Aktiengesellschaft	197
2. In der GmbH	197
H. Die Rechte der Gewerkschaften gegenüber ihren Vertretern im Aufsichtsrat	201
I. Abberufungsmöglichkeit	201
II. Unterlassungsanspruch	202
III. Ausschluss aus der Gewerkschaft	203
1. Allgemeine Voraussetzungen des Gewerkschaftsausschlusses	203
2. Auswirkungen auf die gewerkschaftlichen Funktionsträger im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung	206
a. Unzulässigkeit eines Gewerkschaftsausschlusses nach § 26 MitbestG analog?	207
b. Ausschluss wegen gewerkschaftsschädigendem Verhalten im Rahmen von Aufsichtsratswahlen	208
c. Ausschluss wegen Nichtabführung von Aufsichtsratsanteilen	214
IV. Schadensersatzansprüche	215
I. Zusammenfassung der Ergebnisse	216
J. Epilog	218
Literaturverzeichnis	219

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht	BDA.....	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberver- bände
a.E.	am Ende	Betr	Der Betriebsrat (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung	BetrVG	Betriebs- verfassungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft/ Die Aktiengesell- schaft (Zeitschrift) / Amtsgericht	BGH	Bundesgerichtshof
AiB.....	Arbeitsrecht im Be- trieb (Zeitschrift)	BGHZ	Amtliche Ent- scheidungssammlu- ng des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
AktG	Aktiengesetz	BlStSozArbR ..	Blätter für Steuer- recht, Sozialver- sicherung und Arbeitsrecht (Zeit- schrift)
Anh.	Anhang	BRDrucks.	Bundesratsdruck- sache
AöR.....	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)	BRG.....	Betriebsrätegesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Nach- schlagewerk des Bundesarbeits- gerichts	BTDrucks.	Bundestagsdruck- sache
ArbG	Arbeitsgericht	BVerfG	Bundes- verfassungsgericht
ArbR der Gegenwart	Das Arbeits- recht der Gegen- wart (Zeitschrift)	BVerfGE	Entscheidungs- sammlung des Bundes- verfassungsgerichts
Art.	Artikel	bzw.	beziehungsweise
Aufl.	Auflage	CDU	Christlich Demo- kratische Union
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
Az.	Aktenzeichen	DGB.....	Deutscher Gewerk- schaftsbund
BAG	Bundesarbeits- gericht		
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landes- gericht		
BB.....	Betriebsberater (Zeitschrift)		

dies.....	dieselben	JA	Juristische
DrittelbG	Drittelbeteiligungs-		Arbeitsblätter
	gesetz	Jura	Juristische Aus-
DStR.....	Deutsches Steuer-		bildung
	recht (Zeitschrift)	JuS.....	Juristische
DZWir	Deutsche Zeit-		Schulung
	schrift für Wirt-	JZ	Juristenzeitung
	schaftsrecht	KonTraG	Gesetz zur
EGV.....	Vertrag zur		Kontrolle und
	Gründung der		Transparenz im
	Europäischen Ge-		Unternehmens-
	meinschaft		bereich
EuGH	Europäischer Ge-	KritV	Kritische Viertel-
	richtshof		jahresschrift für
EWiR.....	Entscheidungen im		Gesetzgebung und
	Wirtschaftsrecht		Rechtsprechung
FAZ	Frankfurter All-	LG	Landgericht
	gemeine Zeitung	m.w.N.	mit weiteren
FDP	Freie Demo-		Nachweisen
	kratische Partei	MitbestG.....	Mitbestimmungs-
FS	Festschrift		gesetz
GG.....	Grundgesetz	MontanMitbestErgG	Montanmit-
GmbH	Gesellschaft mit		bestimmungsergän-
	beschränkter		zungsgesetz
	Haftung	MontanMitbestG	Montanmit-
GmbHG.....	Gesetz betreffend		bestimmungsgesetz
	die Gesellschaften	NJW.....	Neue Juristische
	mit beschränkter		Wochenschrift
	Haftung	NJW-RR	NJW Recht-
GmbHR.....	GmbH-Rundschau		sprechungsreport
	(Zeitschrift)	Nr.....	Nummer
GMH	Gewerkschaftliche	NZA	Neue Zeitschrift für
	Monatshefte		Arbeitsrecht
GRUR.....	Gewerblicher	NZG	Neue Zeitschrift für
	Rechtsschutz und		Gesellschaftsrecht
	Urheberrecht (Zeit-	OLG	Oberlandesgericht
	schrift)	PHi.....	Haftplicht Inter-
GS	Gedächtnisschrift		national (Zeit-
h.M.....	herrschende		schrift)
	Meinung	RdA.....	Recht der Arbeit
HGB	Handelsgesetzbuch		(Zeitschrift)
Hs.....	Halbsatz		
i.V.m.	in Verbindung mit		

RGZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen	WpHG	Wertpapier-handelsgesetz
RTDrucks.	Reichstagsdrucksache	ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
SE	Societas Europaea	ZESAR.....	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr.2157/2001 des Rates vom 8.Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft	ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
SGB.....	Sozialgesetzbuch	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
SPD.....	Sozialdemokratische Partei Deutschlands	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz	ZPO	Zivilprozessordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz		
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts		
Urt.	Urteil		
vgl.....	vergleiche		
WM.....	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht		

A. Einleitung und Ziel der Untersuchung

Als im Vormärz die ersten Ansätze für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer entwickelt wurden, kam auch die Idee auf, diesen einen Kleriker als Beistand zur Seite zu stellen. Ein Priester sollte für die „geistige Unterstützung“ der Arbeitnehmer sorgen.¹ Franz-Xaver von Baader, der Vater dieser Idee, sah darin zwei Vorteile: Zum einen seien die Arbeiter dem Einfluss von „Demagogen und streitsüchtigen Rechtsanwälten“² entzogen. Zum anderen wollte Baader durch diese Maßnahme die katholische Kirche wieder stärker bei der Pflege und Hilfeleistung für die Armen einbinden.³ Diese Ansätze blieben bis in die Gegenwart nur theoretischer Natur. Eine Arbeitnehmerbeteiligung in Form der Mitbestimmung im Aufsichtsrat wurde erst durch das Betriebsrätegesetz von 1920 eingeführt.⁴ Dabei spielte die Kirche keine Rolle. Auch den Gewerkschaften wurde erst nach dem Zweiten Weltkrieg eine verstärkte Beteiligung an der Unternehmensmitbestimmung zugebilligt. Mit der Einführung eines Aufsichtsrates als Organ von Aktiengesellschaften hatte man es im Gegensatz dazu offensichtlich eiliger, wohl nicht zuletzt, weil dieser von gewichtigen Kapitaleignerinteressen gefordert wurde. Zum Zeitpunkt seiner erstmaligen obligatorischen Einführung für die Aktiengesellschaft im Jahre 1870⁵ war der Aufsichtsrat als Organ gedacht, das insbesondere die Anteilseigner vor einer Misswirtschaft des Vorstandes schützen sollte. Diese Aufgabe hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Zum einen hat sich der Aufgabenkreis des Aufsichtsrats deutlich erweitert. Er soll nicht mehr nur den Vorstand überwachen, sondern auch als Beratungsorgan tätig werden. Zum anderen hat der Erlass der Montanmitbestimmungsgesetze 1951 bzw. 1956 und des Mitbestimmungsgesetzes 1976 dazu geführt, dass der Aufsichtsrat zu einem interessenpluralistisch besetzten Organ geworden ist.

Die praktisch wichtigste Rechtsgrundlage für die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten ist § 7 II MitbestG. Dieser regelt je nach Größe des Aufsichtsrats, dass entweder zwei oder,

-
- 1 Franz Xaver von Baader, Über das dermalige Missverhältnis der Vermögenslosen oder Proletaires zu den Vermögen besitzenden Classen der Sozietät in Betreff ihres Auskommens sowohl in materieller als intellectueller Hinsicht aus dem Standpunkte des Rechts betrachtet, in: Gesammelte Werke, Band 6, S. 125ff., 138.
 - 2 Franz Xaver von Baader, a.a.O., S. 138.
 - 3 Franz Xaver von Baader, a.a.O., S. 138.
 - 4 Vgl. § 70 Betriebsrätegesetz i.V.m. dem Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15.02.1922; vgl. Kübler/Assmann, GesR, § 33 I 1; zum Zustandekommen des BRG näher Kittner, S. 414ff.
 - 5 Vgl. dazu Lieder, S. 93ff., 102ff.

sofern dem Aufsichtsrat zehn Arbeitnehmervertreter angehören, drei Vertretern von Gewerkschaften ein Sitz im Aufsichtsrat zusteht. Diese werden gem. § 16 II MitbestG auf Vorschlag der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften gewählt.⁶

Seit der Einführung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 ist die Rolle der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat wiederholt in verschiedener Hinsicht thematisiert worden. Sei es hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 7 II MitbestG,⁷ sei es die Frage nach möglichen Einschränkungen ihrer Rechte als Aufsichtsratsmitglieder, etwa des Teilnahme-, Informations- oder Stimmrechts.⁸ In verfassungsrechtlicher Hinsicht drehte sich die Diskussion im Wesentlichen um die Vereinbarkeit von § 7 II MitbestG mit der Koalitionsfreiheit. Grundlegend wurden diesbezügliche Bedenken zuerst von Zöllner/Seiter herausgearbeitet.⁹ Die Auseinandersetzung konzentrierte sich im Kern auf die Frage, ob die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter wie auch der anderen Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu einer wesentlichen Einschränkung der Kampfparität der mitbestimmten Gesellschaften führt. Das Bundesverfassungsgericht hat durch sein Urteil vom 01.03.1979¹⁰ unter anderem § 7 II MitbestG für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, so dass die Problematik für die Praxis als geklärt gilt. Das Gericht hat sich jedoch ausdrücklich eine erneute Überprüfung für den Fall offengehalten, dass sich die Prognose des Gesetzgebers als falsch erweisen sollte.

Zunächst sind die grundsätzlichen Überlegungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG zu erörtern. Dabei ist der Blick vor allem darauf zu richten, inwieweit sich die vom Gesetzgeber bei Erlass des Mitbestimmungsgesetzes zugrunde gelegten tatsächlichen Gegebenheiten geändert haben. Diese Überlegungen bilden den verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt der vorliegenden Arbeit.

Erheblicher Beachtung, vor allem im Gesellschaftsrecht, erfreut sich das Problem der Interessenkollisionen im Aufsichtsrat. Das Aufsichtsratsamt wurde vom Gesetzgeber als Nebenamt konzipiert und wird von den Aufsichtsräten auch als solches ausgeübt.¹¹ Die meisten Aufsichtsratsmitglieder gehen neben ihrer Amtstätigkeit einem Hauptberuf nach. Folge dieser Konzeption ist, dass die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder schnell in Interessenskonflikte geraten können, wenn sich die Rechtskreise ihrer

6 Näher zu diesen Vorschriften unter B I.

7 Dazu BVerfGE 50, 290ff. = NJW 1979, S. 699ff.

8 Matthießen, S. 3.

9 Zöllner/Seiter, ZfA 1970, S. 97ff.

10 BVerfGE 50, S. 290ff. = NJW 1979, S. 699ff.

11 Schiessl, ZHR 2003, S. 235ff., 249; Hüffer, NZG 2007, S. 47ff., 54; Kübler/Assmann, GesR, § 15 IV 3b; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 790.

Nebentätigkeit als Aufsichtsrat und ihrer Haupttätigkeit überschneiden. Häufig genannte Beispiele sind der Bankenvertreter, der über die Kreditvergabe an ein Unternehmen entscheiden soll, in dessen Aufsichtsrat er einen Sitz hat, oder das Aufsichtsratsmitglied, welches gleichzeitig Vorstand eines Unternehmens ist, welches übernommen werden soll. Dazu zählen lässt sich auch der Kartellwächter, der in dieser Funktion über einen Zusammenschluss des Unternehmens, dessen Aufsichtsrat er angehört, mit einem anderen Unternehmen entscheiden soll.¹²

Den Anlass zu der folgenden Abhandlung bildet jedoch ein anderer Fall. Gerade bei den Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat sind Interessenkollisionen deutlich absehbar. Sind sie doch als Aufsichtsratsmitglieder einerseits dem Unternehmensinteresse, andererseits aber als Gewerkschafter Vertreter ihrer Interessengruppe und damit letztlich der Arbeitnehmerschaft bzw. der Gewerkschaft und ihren Mitgliedern verpflichtet. Treffend erscheint der Vergleich der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat mit einem Minister einer Koalitionsregierung. Auch dieser hat unter Aufgabe der reinen Parteiinteressen einen Interessenausgleich zu suchen.¹³

Ein aktuelles Beispiel für Interessenkonflikte mit denen sich ein Gewerkschaftsmitglied im Aufsichtsrat konfrontiert sehen kann, bildet der „Fall Bsirske“ aus dem Jahr 2002. Frank Bsirske war zu diesem Zeitpunkt sowohl Vorsitzender der Gewerkschaft ver.di, als auch stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Lufthansa AG. Im Rahmen der Tarifverhandlungen mit den Arbeitgebern der öffentlichen Hand fand ein von der Bundesstreikleitung von ver.di genehmigter Warnstreik der Beschäftigten der Flughäfen in Frankfurt am Main und München statt. Durch diesen Streik entstand der Lufthansa AG ein Schaden, der 10 Millionen Euro erreicht haben dürfte.¹⁴ Bsirske leitete die Verhandlungen für die Gewerkschaft und hatte den Arbeitskampf satzungsrechtlich zu verantworten.¹⁵ Er hat mehrfach aktiv zur Beteiligung am Streik aufgerufen.¹⁶ Dass ein solches Verhalten nicht im Interesse der Anteilseigner der Lufthansa AG gewesen ist, zeigt sich daran, dass sie 2003 Bsirske die Entlastung verweigerten und den Vorstand dazu aufforderten, ihn auf Ersatz des Schadens in Anspruch zu nehmen. Dieses Vorhaben wurde jedoch nicht weiter verfolgt.¹⁷ Trotz des Unverständnisses in der Öffentlichkeit und

12 Lutter, FS Priester, S. 417ff.; Dreher, JZ 1990, S. 896ff.

13 Nach Eiselt JZ 1957, S. 204ff., 205 Fn. 16.

14 Vgl. Lutter/Quack, FS Raiser, S. 259ff., 260.

15 Vgl. Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 438; Moll, FS Lürer, S. 259ff., 259.

16 Zitiert nach Lutter/Quack, FS Raiser 2005, S. 259ff., 259f.

17 Lutter/Quack, FS Raiser, S. 259ff., 260.

dem in weiten Teilen kritischen Echo in der Presse¹⁸ zu diesen Vorkommnissen wiederholte sich der „Fall Bsirske“ zu Beginn des Jahres 2008. Derzeit ist es trotz anhaltender Auseinandersetzungen zwischen der Lufthansa AG und ver.di recht ruhig um Frank Bsirske geworden. Daraus zu schließen, dass er sich in der Tarifauseinandersetzung zwischen ver.di und der Lufthansa ganz zurückhält, wäre aber wohl verfehlt.¹⁹

Ein ähnliches Vorgehen legte Mitte des Jahres 2007 der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Telekom AG und Bundesvorstandsmitglied von ver.di, Lothar Schröder, an den Tag. Er leitete und organisierte die Tarifverhandlungen und den Arbeitskampf im Tarifkonflikt zwischen ver.di und der Telekom.²⁰

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass trotz solcher Vorkommnisse nach einer Umfrage der Hans-Böckler-Stiftung die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern an der Aufsichtsratsarbeit von 70% der Deutschen positiv bewertet wird.²¹

Der überwiegende Teil der Abhandlung wird sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen der organschaftlichen Stellung der Gewerkschaftsvertreter in der mitbestimmten Aktiengesellschaft und ihrem Hauptamt in der Gewerkschaft beschäftigen. Daneben werden auch immer wieder die Gewerkschaftsmitglieder unter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat miteinbezogen. Die unter Umständen gegensätzlichen Interessen der Gewerkschaften, der Belegschaft und des Unternehmens führen nicht selten zu Problemen im Verhältnis zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsratsmitgliedes. Es wird zu klären sein, inwiefern sich die Mitgliedschaft eines Gewerkschaftsfunktionärs in einem mitbestimmten Aufsichtsrat auf dessen Tätigkeit in der Gewerkschaft auswirkt bzw. umgekehrt die Gewerkschaftstätigkeit Einfluss auf die Rechte und Pflichten im Aufsichtsrat nimmt. Insbesondere, wenn das Aufsichtsratsmitglied in der Gewerkschaft über umfangreiche Machtbefugnisse verfügt. Darf ein Gewerkschaftsfunktionär für die Gewerkschaft einen Streik gegen das Unter-

18 Stellvertretend Döring, Börsenzeitung vom 21.03.2003, S. 8; von Hammerstein/Hawranek/Sauga, Der Spiegel vom 30.06.2003, S. 54; Graf Lambsdorff, Welt am Sonntag vom 03.08.2003; Baums im spiegel-online Interview vom 04.11.2004, abrufbar über www.lexisnexis.de.

19 Vgl. den Artikel von Astheimer, „Schimanski und die Bodentruppen“, FAZ vom 26.07.2008, S. 16.

20 Vgl. dazu Moll, FS Luer, S. 259ff., 260.

21 Umfrage von TNS Emid im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Böckler Impuls 13/2006, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/32014_83542.html; bei der Befragung von mitbestimmten Unternehmen scheint sich dagegen ein anderes Bild zu ergeben, vgl. Stettes, AG 2007, S. 611ff., 617 stehen 60% der befragten Unternehmen einer Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat „reserviert gegenüber“.

nehmen, in dessen Aufsichtsrat er sitzt, forcieren oder muss er eventuell sogar einen entsprechenden Streikbeschluss – soweit ihm möglich – verhindern? Muss er sich bei tarifpolitischen Entscheidungen des Unternehmens zurückhalten, wenn es um Tarifverhandlungen mit „seiner“ Gewerkschaft geht? Kann ihm eventuell das Stimm-, Teilnahme- oder Informationsrecht im Aufsichtsrat entzogen werden? Es geht somit im Kern um das Spannungsfeld zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, welches durch das Mitbestimmungsrecht geschaffen worden ist. Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 war ein Kompromiss, sozusagen der kleinste gemeinsame Nenner, auf den sich der Bundestag einigen konnte. Es ist lückenhaft und regelt wesentliche Problemstellungen gar nicht oder nur unzureichend.

Konfliktfälle wie der „Fall Bsirske“ hatten in der Vergangenheit, soweit ersichtlich, nur einmal ein gerichtliches Nachspiel. Die einzige Gerichtsentscheidung, die auch nur die zivilrechtliche Haftung der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer betraf, stammt vom OLG München aus dem Jahre 1956.²² Das OLG München hatte die Frage zu entscheiden, ob die aktive Streikbeteiligung der unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder gegen die Pflichten aus dem Aufsichtsratsamt verstößt. Eine Aktiengesellschaft hatte im zu entscheidenden Fall einen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil dieser zu einem Zeitpunkt, als der Lohnkonflikt zwischen der Gesellschaft und der Gewerkschaft bereits ein kritisches Stadium erreicht hatte, in seiner Funktion als Betriebsratsvorsitzender einen Gewerkschaftsvertreter auf einer Betriebsversammlung hatte sprechen lassen. Zudem hatte der Arbeitnehmervertreter ein Flugblatt der Gewerkschaft verteilt, in welchem die Gesellschaft für ihre Haltung im Lohnkonflikt kritisiert und am Ende zu einem Streik aufgerufen wurde.²³

Das erstinstanzlich zuständige LG München I zog eine Schadensersatzhaftung auf Grund einer Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft in Betracht, verneinte allerdings den Kausalzusammenhang zwischen der Streikbeteiligung des Arbeitnehmervertreters und dem Streikschaden.²⁴ Auf die Berufung der Gesellschaft hin kam es zu einer Entscheidung des OLG München. Die Lösung des Falles entwickelte das Oberlandesgericht in erster Linie aus dem Grundsatzurteil des Großen Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht aus dem Jahr 1955.²⁵ Es ging davon aus, dass durch den Arbeitskampf das Arbeitsverhältnis der Auf-

22 OLG München, BB 1956, S. 995; Vorinstanz LG München I, BB 1956, S. 240.

23 Vgl. LG München I, BB 1956, S. 240.

24 LG München I, BB 1956, S. 240.

25 BAG, NJW 1955, S. 882ff.

sichtsratsmitglieder als Ganzes suspendiert worden sein. Daraus folgte das OLG, dass auch das Aufsichtsratsamt und dessen Pflichten während eines Arbeitskampfes suspendiert seien. Es hat daher eine Haftung der streikenden Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft abgelehnt. Auf die beiden Urteile wird im Laufe der Untersuchung zurückzukommen sein.²⁶

Man mag lange darüber diskutieren, worauf diese Tatsache zurückzuführen ist, dass Interessenkollisionen wie der „Fall Bsirske“ die Gerichte seit mehr als 50 Jahren nicht mehr beschäftigt haben. Hatte das BVerfG nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Fachgerichte Lösungen für solche Konfliktfälle entwickeln sollten?²⁷ Eine Antwort darauf lässt sich wohl primär in der aktienrechtlichen Kompetenzordnung finden.²⁸ Auf Grund der ursprünglich sehr hohen Voraussetzungen für eine Aktionärsklage gegen Organmitglieder war in der Praxis lange Zeit vorwiegend der Vorstand für die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder zuständig (vgl. § 78 I AktG). Es scheint naheliegend, dass die Vorstandsmitglieder eine allzu öffentliche Konfrontation mit den Aufsichtsratsmitgliedern oder gar den Gewerkschaften scheuen. Zum einen wegen der daraus resultierenden negativen Presse,²⁹ zum anderen um ihre Chancen bei der nächsten Vorstandswahl nicht zu mindern; entscheidet doch der Aufsichtsrat über die Wiederwahl der Vorstandsmitglieder (§§ 31 MitbestG, 84f. AktG). Ob sich an diesem Befund in nächster Zeit etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls hat der Gesetzgeber 2005 durch das UMAG die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Aktionärsklage deutlich heruntergesetzt. Den Aktionären ist es damit erleichtert worden, Schadensersatzansprüche auch gegen den Willen des Vorstands durchzusetzen.

Der Aufsichtsrat eines mitbestimmten Unternehmens soll nach der Konzeption des Gesetzgebers ein Gremium sein, in dem die Interessen aller Beteiligten im Rahmen konstruktiver Diskussionen und Zusammenarbeit in Einklang gebracht werden. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die erfolgreiche Bewältigung der Aufgaben des Aufsichtsrats ist eine loyale Zusammenarbeit unter den Aufsichtsratsmitgliedern.³⁰ Idealerweise sollen sich folglich im Aufsichtsrat nach der freilich etwas weltfremden Vorstellung des Gesetzgebers nicht zwei „Bänke“ befinden; es soll in Konfliktfällen kein Gegeneinander, sondern ein Miteinander geben. In der Realität der Aufsichtsratsarbeit hat sich diese Vorstellung bisher

26 Vgl. unter E I 2.

27 BVerfGE 50, S. 290ff., 377 = NJW 1979, S. 699ff., 711.

28 Vgl. dazu auch Schaefer/Missling, NZG 1998, S. 441ff., 441; Zieglmeier, ZGR 2007, S. 144ff., 145.

29 Vgl. Rittner, FS Hefermehl, S. 365ff., 365.

30 Hoffmann/Kirchhoff, FS Beusch, S. 377ff., 377.

offensichtlich noch nicht durchsetzen können, wenn über Fraktionsbildungen, interne Vorbesprechungen etc. gesprochen wird. Auch bei den Aufsichtsräten ist diese Intention noch nicht angekommen: Eine gemeinsame Zielperspektive aller Aufsichtsratsmitglieder ist nicht ersichtlich.³¹ Verschärft die Beteiligung der Gewerkschaftsfunktionäre diese Situation nicht nur noch, indem gewerkschaftliche Ansichten in die Arbeit eines Unternehmensorgans eingebracht werden? Befürchtungen, dass der Gedanke der Kooperation im Rahmen der gewerkschaftlichen Politik einen immer geringeren Stellenwert einnimmt und Mittel der Konfrontation sich wieder größerer Beliebtheit erfreuen, lassen sich nicht von der Hand weisen.³² Erleichtert wird die Erarbeitung von dem Unternehmensinteresse gerecht werdenden Lösungen in Konfliktsituationen sicherlich nicht.

Wenn man sich dem Problem der Interessenkollisionen im Aufsichtsrat bei tarifpolitischen Fragen stellt, so darf man eine Tatsache nicht aus den Augen verlieren: Es ist realitätsfern zu glauben, dass solche Fälle häufig vorkämen. Auch wenn das Thema gerade durch den „Fall Bsirske“ einer breiten Öffentlichkeit vor Augen geführt worden ist, so kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Aufsichtsrat sich nur in seltenen Ausnahmefällen mit tarifpolitischen und insbesondere arbeitskampfrechtlichen Fragen konfrontiert sieht.³³ Dem Vorschlag Säckers, die Unternehmen sollten die tarifpolitischen Entscheidungen vermehrt an die Zustimmung im Aufsichtsrat binden,³⁴ sind diese offensichtlich und zu Recht nicht gefolgt. Relevanter erscheint mir die Gefahr, dass die Gewerkschaftsvertreter ihr Wissen über das Unternehmen auch ohne Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht in die Arbeit der Gewerkschaft einbringen. Insofern wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit ein solches Aufsichtsratsmitglied vom Informationsfluss innerhalb des Aufsichtsrats ausgeschlossen werden kann.

Im letzten Teil der Arbeit wird das Verhältnis zwischen den Gewerkschaftsvertretern und der vorschlagenden Gewerkschaft beleuchtet. Nicht nur der Vorstand oder die Anteilseigner eines Unternehmens können mit der Arbeit eines Gewerkschaftsvertreters unzufrieden sein, sondern auch die vorschlagende Gewerkschaft. Es ist somit zu erörtern, inwieweit eine

31 Vgl. Ulrich/Lippert, S. 74, abrufbar unter: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2005/iii05-301.pdf>.

32 Vgl. Raiser, Freundesgabe Kübler, S. 477ff., 492; diese Befürchtung bestärkt auch das Beispiel von Schneevoigt, ZfA 2005, S. 233ff., 236ff., insbesondere 238.

33 Eine Aufzählung der möglichen Fallvarianten findet sich bei Matthießen, S. 417 ff.

34 In der Anhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 19.12.1974, Protokoll S. 62ff.

Gewerkschaft Einfluss auf „ihre“ Aufsichtsratsmitglieder nehmen darf. Muss sie bis zur nächsten Wahl abwarten und kann dann das betreffende Mitglied bei der Aufstellung ihres Wahlvorschlages nicht mehr berücksichtigen, oder hat sie schon vorher Handlungsmöglichkeiten?

Die Antworten auf mitbestimmungsrechtliche Fragen und Reformvorstellungen sind nicht selten politisch gefärbt und oft wird ihre Unsachlichkeit und Polemik bemängelt.³⁵ Um mit den treffenden Worten Säckers zu sprechen, erwartet man „vom Juristen gleich welcher Gesinnung oder Parteizugehörigkeit, dass er das Gesetz einer konservativ-liberalen Regierungskoalition genauso loyal anwendet, wie das Gesetz einer sozial-liberalen Regierungskoalition.“³⁶ Heute müsste man noch das rot-grüne und das schwarz-rote Gesetz dazu zählen, der Gedanke Säckers hat aber an seiner Berechtigung nichts eingebüßt.

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass es, wie der Titel der vorliegenden Abhandlung schon aussagt, um die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder gehen soll. Berücksichtigt wird jedoch, dass auch die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter zu einem überwiegenden Teil Gewerkschaftsmitglieder sind und bei der Wahl auf Listen kandidieren, deren Kennwort in einer Vielzahl von Fällen auf die Unterstützung durch eine Gewerkschaft hinweist. Damit können von der Gewerkschaft vorgeschlagene Arbeitnehmervertreter und ihre unternehmensangehörigen Kollegen nicht isoliert voneinander betrachtet werden. Es sollen folglich auch in dieser Arbeit immer wieder Querbezüge zwischen den beiden Gruppen hergestellt werden.

35 Henssler, RdA 2005, S. 330ff., 330; siehe auch Däubler, Rn. 419 zur Kritik von Rüthers an den Ergebnissen der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission Mitbestimmung 2006 in NZA 2007, S. 426ff.

36 Sacker, ZHR 1984, S. 153ff., 153f.

B. Die Beteiligung der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung

Die Beteiligung der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung lässt sich politisch am besten mit der Entwicklung in den 60er und 70er Jahren erklären. Die ersten wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Nachkriegszeit brachten es mit sich, dass die Regierungen dazu übergingen, die nationale Wirtschaftspolitik verstärkt kooperativ mit den Gewerkschaften abzustimmen.³⁷ Man versprach sich davon eine verbesserte Handlungsfähigkeit.³⁸ Die Gewerkschaften waren zu diesem Zeitpunkt ein erheblicher gesellschaftlicher Machtfaktor. Erstmals im Aufsichtsrat von Großunternehmen vertreten waren die Gewerkschaften in den Jahren 1947/48.³⁹ Die Vorstände der Unternehmen waren bestrebt, beim Wiederaufbau und der Neuorganisation der deutschen Wirtschaft die Unterstützung der Gewerkschaften zu erhalten. So kam es, wohl auch durch den Einfluss der Besatzungsmächte, in vielen Fällen zu vertraglichen Vereinbarungen einer paritätischen Mitbestimmung in den Aufsichtsräten der Unternehmen der entflochtenen Eisen- und Stahlindustrie.⁴⁰ Die Gewerkschaftsseite stellte zwei Aufsichtsratsmitglieder, schlug das Aufsichtsratsmitglied der öffentlichen Hand vor und der Arbeitsdirektor war ein Vertrauensmann der Gewerkschaften.⁴¹ Als die Unternehmensmitbestimmung später nach heftigen Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten und der Androhung eines Generalstreiks in der Montanindustrie⁴² durch das MontanMitbestG und das MontanMitbestErgG 1951 bzw. 1956 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde, war die Beteiligung der Gewerkschaften immer ein außerordentlich kontrovers diskutiertes Thema. Die Befürchtungen gingen teilweise so weit, dass von Arbeitgeberseite aus das Schreckensszenario eines Gewerkschaftsstaates als Resultat dieser Entwicklung gezeichnet wurde.⁴³ Diese Visionen haben sich offensichtlich nicht bestätigt.

37 Vgl. auch Edenfeld, Rn. 356; Weiss, KritV 2000, S. 405ff., 405.

38 Vgl. Streek, Wolfgang, Gewerkschaften zwischen Nationalstaat und Europäischer Union, abrufbar unter: www.mpifg.de/pu/workpap/wp96-1/wp96-1.html.

39 Lux, S. 77; vgl. zur geschichtlichen Entwicklung auch Nörr, ZfA 1999, S. 329ff., 337ff.; Wißmann, NJW 1982, S. 423ff., 423.

40 Vgl. Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 26ff.

41 Vgl. Lux, S. 24; Potthoff in: Potthoff/Blume/Duvernell, S. 35.

42 Näher dazu Kittner, S. 599ff.

43 Exemplarisch Fertsch-Röver, RdA 1965, S. 335ff. sowie die bei Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 35 zitierte Erklärung des BDA von 1975.

Auch die Gewerkschaften selbst standen einer Beteiligung an der Unternehmensmitbestimmung nicht immer aufgeschlossen, wenn nicht sogar ablehnend gegenüber. Die Kontroverse über die Beteiligung von Gewerkschaftsrepräsentanten an der überbetrieblichen Mitbestimmung der Arbeitnehmer hatte dabei eine längere Tradition: Bereits zu Anfang des 20. Jahrhunderts wurde rege darüber diskutiert, ob eine solche Beteiligung der Gewerkschaften sinnvoll sei.⁴⁴ Im Rahmen dieser Diskussion wurden bereits Argumente für eine Repräsentation der Arbeitnehmer durch Gewerkschaftsfunktionäre angeführt, die etwa 70 Jahre später vom BVerfG im Urteil über die Vereinbarkeit von § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG mit dem Grundgesetz wieder aufgegriffen werden sollten. So zum Beispiel die Notwendigkeit der Einbringung von externem Sachverstand zur Unterstützung der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter.⁴⁵

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg aber forderten die Gewerkschaften vehement eine Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen ein, was wohl nicht unwesentlich auf die negativen Erfahrungen während des Nationalsozialismus zurückzuführen ist. Die Forderungen des DGB in der Nachkriegszeit gingen weit über die heute geregelte Beteiligung der Gewerkschaften hinaus. Die Teilhabe der Gewerkschaften ist nach jedem Schritt zu einer Erweiterung der Unternehmensmitbestimmung geringer ausgefallen.⁴⁶ Von Gewerkschaftsseite war man zunächst enttäuscht, dass das Mitbestimmungsgesetz 1976 kein zwingendes Vorschlagsrecht für mehrere Aufsichtsratsmitglieder enthielt⁴⁷ und das Verhältnis zwischen betrieblichen und außerbetrieblichen Arbeitnehmervertretern unausgewogen sei.⁴⁸ Die Gewerkschaften forderten, mehr Gewerkschaftsvertreter entsenden zu können.⁴⁹ Mittlerweile hat sich die Enttäuschung wohl gelegt. Wahrscheinlich trägt dazu auch die Erfahrung bei, dass das Vorschlagsrecht im Ergebnis faktisch gleichbedeutend mit einem Entsenderecht ist und die Gewerkschaften weitere Strategien und Möglichkeiten gefunden haben, um ihren Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrates auszuweiten.

In aller Regel werden die Begriffe „externes“ Aufsichtsratsmitglied und Gewerkschaftsvertreter synonym verwendet.⁵⁰ Juristisch gesehen ist dies nicht ganz richtig, denn Gewerkschaftsvertreter können, wie noch zu zeigen sein wird, sowohl unternehmensangehörige Arbeitnehmer, externe

44 Vgl. Teuteberg, S. 481.

45 Vgl. die Zusammenstellung bei Teuteberg, S. 481; BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

46 Rittner, FS Werner, S. 791ff., 797.

47 Vetter, AuR 1976, S. 257ff., 259.

48 Vgl. Leminsky, GMH 1976, S. 129ff., 130.

49 Vgl. Leminsky, GMH 1976, S. 129ff., 130.

50 Lux, S. 77.

Gewerkschaftsmitglieder, als auch jeder andere Dritte sein.⁵¹ Der Begriff Gewerkschaftsvertreter bezeichnet im Grunde nur die Art der Wahl des Aufsichtsratsmitgliedes.

Den Kern der Beteiligung der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung bildet die Regelung des § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG. Im Folgenden sollen diese Regelungen dargestellt werden und zusätzlich ein kurzer Blick auf die Partizipation der Gewerkschaften an der Montanmitbestimmung, im Rahmen des Drittelbeteiligungsgesetzes und an der Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft geworfen werden.

I. Mitbestimmungsgesetz 1976

Nach langen politischen Auseinandersetzungen führte 1976 das Mitbestimmungsgesetz erstmals in Deutschland eine alle Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften mit in der Regel⁵² mehr als 2000 Arbeitnehmern umfassende paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat ein. Das MitbestG sieht bei den in seinen Anwendungsbereich fallenden Unternehmen die verpflichtende Bildung eines 12-, 16- oder 20-köpfigen Aufsichtsrats vor, vgl. § 7 I MitbestG. Arbeitnehmer und Anteilseigner stellen jeweils die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder.

Im Gesetzgebungsverfahren waren die Vorschläge hinsichtlich der Beteiligung der Gewerkschaften höchst unterschiedlich. Während der DGB dafür eintrat, den Gewerkschaften ein alleiniges Entsenderecht hinsichtlich zweier externer Gewerkschaftsvertreter und eines weiteren Mitgliedes zu gewähren, lehnte die in der Regierung befindliche FDP eine Beteiligung der Gewerkschaften zunächst ganz ab.⁵³

Gesetz geworden ist letztlich auch hier ein Kompromiss.

1. Die Regelung des § 7 II MitbestG i.V.m. § 16 MitbestG

Die zentrale Regelung zur Beteiligung der Gewerkschaften an unternehmerischen Entscheidungen in nach dem MitbestG mitbestimmten Gesellschaften ist § 7 II (i.V.m. § 16 II MitbestG). Danach sind je nach Größe des mitbestimmten Aufsichtsrates entweder zwei oder drei Sitze für Gewerkschaftsvertreter reserviert. Die Kandidaten für diese Aufsichtsratsitze werden von den Gewerkschaften vorgeschlagen und von Delegierten oder der Belegschaft direkt gewählt (vgl. § 16 I und II MitbestG). Die Vor-

51 Vgl. Oetker in: GroßkommAktG, § 16 Rn. 4; MüKoAktG/Gach, § 16 MitbestG Rn. 8.; HWK/Seibt, § 7 MitbestG Rn. 4.

52 Zur „Regelmäßigkeit“ vgl. OLG Düsseldorf, AG 1995, S. 328f. = WM 1995, S. 251ff.

53 Vgl. Brinkmann-Herz, S. 23, 43ff.

schläge der Gewerkschaften stehen nicht in Konkurrenz zu solchen der Betriebsräte.⁵⁴ Trotz der Bestätigung der Kandidaten durch die Belegschaft, handelt es sich um ein faktisches Entsenderecht der Gewerkschaften.⁵⁵ Das Wahlorgan hat zwar noch die Entscheidung zwischen mehreren Kandidaten, aber es ist auf die Wahl eines dieser Kandidaten beschränkt und kann die Kandidaten nicht insgesamt ablehnen oder ganz auf gewerkschaftliche Kandidaten verzichten. Insofern spricht bereits der Gesetzgeber treffend von „Vertretern der Gewerkschaften“ (vgl. § 7 II MitbestG). Die Bezeichnung als Vertreter ist dabei nicht im Sinne der rechtsgeschäftlichen Vertretung gem. §§ 164ff. BGB zu verstehen, sondern es handelt sich vielmehr um ein Repräsentationsverhältnis zu den Gewerkschaften.⁵⁶ Sie bringt im Wesentlichen den Bestellungsverfahren des Aufsichtsratsmitgliedes zum Ausdruck. Der Bestellungsverfahren, die endgültige Wahl durch die Belegschaft, bedingt gleichzeitig, dass die Gewerkschaftsvertreter nicht nur Repräsentanten der Gewerkschaften, sondern gleichzeitig auch der Belegschaft sind.⁵⁷

Die Gewerkschaften sind frei in ihrer Entscheidung, wen sie vorschlagen. Das Gesetz stellt keine weitergehenden Anforderungen an die vorzuschlagenden Personen.⁵⁸ Sie können unternehmensangehörige Arbeitnehmer genauso wie externe Personen nominieren. In der Praxis sind die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder meist externe Personen, also nicht Mitarbeiter des Unternehmens.⁵⁹ Auch müssen es nicht zwingend Gewerkschaftsmitglieder sein,⁶⁰ wobei allerdings davon auszugehen ist, dass dies in der Praxis die Regel ist. In

54 Wlotzke/Wißmann, DB 1976, S. 959ff., 961.

55 Auch Raiser, ZGR 1978, S. 390ff., 398 spricht von einem Entsenderecht.

56 Müller, DB 1978, S. 2168ff., 2168 spricht insofern treffend von einem „sozialen Repräsentant(en)“; Koch, S. 129; Vollmer, BB 1977, S. 818ff., 819; vgl. für die Arbeitnehmervertreter insgesamt Valentin, S. 129f.; Hengeler, FS Schilling, S. 175ff., 191; Kroneberg, S. 161; Müller, RdA 1979, S. 361ff., 366; Säcker, Informationsrechte, S. 54; Lux, S. 79; ähnlich Boesebeck, AG 1961, S. 117ff., 117; a.A. Lichtenstein in: PraxiskommMitbestG, § 16 Rn. 2.

57 Besondere Betonung der Belegschaftsrepräsentation bei Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 16 Rn. 1.

58 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 16 Rn. 4. vgl. auch Raiser/Veil, § 16 Rn. 3; Oetker in: GroßkommAktG, § 16 MitbestG Rn. 3; Wlotzke/Wißmann, DB 1976, S. 959ff., 962; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 38; gleiches gilt dementsprechend für die Satzung vgl. Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 145.

59 Darauf weisen schon Wlotzke/Wißmann, DB 1976, S. 959ff., 962 hin; nach Gerum, S. 235ff. sind etwa 29% der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer externe und nur 3% unternehmensinterne Gewerkschaftsvertreter.

60 Wlotzke, ZGR 1977, S. 355ff., 361; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 38; Lehmann/Heinsius, S. 25.

den meisten Fällen handelt es sich um hauptamtliche Angestellte der Gewerkschaft⁶¹ oder um Personen, die ein großes Vertrauen in der Gewerkschaft genießen.⁶² Oft werden Personen vorgeschlagen, die auch in der Gewerkschaft eine hochrangige Position innehaben.⁶³ Aus dem Befund, dass das Gesetz keine weiteren Voraussetzungen an die Wählbarkeit der Gewerkschaftsvertreter stellt, ist zu folgern, dass auch Gewerkschaftsmitglieder gewählt werden können, die die Gewerkschaft gegenüber dem mitbestimmten Unternehmen in Tarifaueinandersetzungen vertreten.⁶⁴ Insofern besteht keine Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und Betätigung für die Gewerkschaft.⁶⁵ Wer innerhalb der Gewerkschaft für die Aufstellung der Wahlvorschläge zuständig ist, bestimmt deren Satzung.⁶⁶ In der Regel obliegt diese Aufgabe – insbesondere wenn in der Satzung keine Regelung getroffen ist – dem Vorstand.⁶⁷

Das Vorschlagsrecht steht jeder im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft zu. Bei der Beurteilung, wann eine Gewerkschaft im Unternehmen vertreten ist, kann auf die im Rahmen der Betriebsverfassung gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden.⁶⁸ In dem Unternehmen vertreten ist jede Gewerkschaft, zu deren Mitgliedern wenigstens ein Arbeitnehmer des Unternehmens gehört.⁶⁹

Um das Einflusspotential der Gewerkschaften auf die Aufsichtsratswahl richtig einzuschätzen, ist zu beachten, dass die Gewerkschaften nicht nur über das eigene Vorschlagsrecht gem. § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG einen erheblichen Einfluss auf die Besetzung des mitbestimmten Aufsichtsrats ausüben, sondern dass sie in aller Regel auch im Rahmen der Wahl der

-
- 61 Däubler, Rn. 432; Fuchs/Köstler, Rn. 240; allerdings sind auch Fälle bekannt geworden, in denen Vertreter ausländischer Belegschaften vorgeschlagen wurden, Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 38.
- 62 Wlotzke, ZGR 1977, S. 355ff., 361; vgl. auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 16 Rn. 8; Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 145.
- 63 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 39; vgl. auch Fuchs/Köstler, Rn. 240.
- 64 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 39.
- 65 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 7 Rn. 39; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 39; Raiser/Veil, § 7 Rn. 21.
- 66 Kempen NZA 2005, S. 185ff., 192; Naendrup in: GK-MitbestG, § 7 Rn. 51.
- 67 Vgl. Wlotzke, ZGR 1977, S. 355ff., 362; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 16 Rn. 5; Fuchs/Köstler, Rn. 309; Oetker in: GroßkommAktG, § 16 Rn. 6; Raiser/Veil, § 16 Rn. 4.
- 68 Vgl. Raiser/Veil, § 7 Rn. 15; Oetker in: GroßkommAktG, § 7 MitbestG Rn. 20.
- 69 Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 16 BetrVG 1952; Raiser/Veil, § 7 Rn. 19; Wlotzke, ZGR 1977, S. 355ff., 362; Wißmann in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, § 280 Rn. 5; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 47; MüKoAktG/Gach, § 7 MitbestG Rn. 35; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 7 Rn. 70; Mertens in: KK, Anh § 117 B § 7 MitbestG, Rn. 15.

unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter über beachtliche Einflussmöglichkeiten verfügen. Zwar ist es ihnen nicht erlaubt, selbst Wahlvorschläge einzureichen,⁷⁰ allerdings können die Wahlvorschlagslisten der Arbeitnehmer mit einem sog. Kennwort versehen werden, welches zum Beispiel darauf hinweist, dass die Kandidaten auf einer bestimmten Liste Mitglieder derjenigen Gewerkschaft sind oder von dieser unterstützt werden, auf die das Kennwort hindeutet.⁷¹ Das BVerfG hat dazu ausgeführt, dass sich die Arbeitnehmer bei der Aufstellung der Vorschlagslisten vorwiegend an der Gewerkschaftszugehörigkeit orientieren.⁷² Es hat die Beteiligung der Gewerkschaften an der Wahl zu den vom Gesetzgeber geschaffenen Mitbestimmungsorganen dem Schutz des Art. 9 III GG unterstellt.⁷³ Den Gewerkschaften ist es in diesem Zusammenhang erlaubt, dafür zu sorgen, dass auf einer Liste, die ihren Namen trägt, keine Nichtmitglieder kandidieren.⁷⁴ Von noch größerer Bedeutung ist dieser Zusammenhang, wenn keine unmittelbare Wahl durchgeführt wird, sondern die Arbeitnehmervertreter durch Delegierte gewählt werden. Die Gewerkschaft, welche die meisten Delegierten stellt, wird sich im Ergebnis auch bei der anschließenden Wahl der Arbeitnehmervertreter durchsetzen können.⁷⁵

2. Gerichtliche Bestellung der Gewerkschaftsvertreter

Die Beteiligungsrechte der Gewerkschaften bleiben in jedem Fall auch dann gewahrt, wenn die Aufsichtsratsmitglieder nicht gewählt, sondern gem. § 6 II 1 MitbestG i.V.m. § 104 AktG vom Gericht bestellt werden. Weist ein mitbestimmter Aufsichtsrat die für seine Beschlussfähigkeit notwendige Anzahl von Mitgliedern nicht auf, hat das Gericht gem. § 104 I 1 AktG auf Antrag den Aufsichtsrat auf die entsprechende Zahl zu ergänzen. Gleiches gilt gem. § 104 II 1 AktG dann, wenn dem Aufsichtsrat länger als drei Monate weniger Mitglieder angehören als durch das Gesetz oder die Satzung vorgesehen ist. Antragsberechtigt sind unter anderem die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften (§ 104 I 3 Nr. 6 AktG) oder eine Gewerkschaft (§ 104 I 3 Nr. 7 AktG), sofern sie das Recht haben, Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer vorzuschlagen. Das Gericht ist gem. § 104 IV 1 AktG an die sich aus dem MitbestG ergebende Zusammensetzung des Aufsichtsrats gebunden. Nicht gebunden ist es dagegen an die

70 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 12 Rn. 6.

71 Vgl. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 12 Rn. 23.

72 BVerfG NZA 2004, S. 1395ff., 1396f.

73 BVerfG NZA 2004, S. 1395ff., 1397.

74 Raiser/Veil, § 20 Rn. 9.

75 Vgl. dazu den Sachverhalt der Entscheidung des BVerfG NZA 2004, S. 1395ff.

Vorschläge für die Besetzung der Aufsichtsratsposten.⁷⁶ Bei der Bestellung der Gewerkschaftsvertreter soll das Gericht Vorschläge der vorschlagsberechtigten Gewerkschaften berücksichtigen (§ 104 IV 4 AktG).⁷⁷ Diese Vorgabe wird sich auch dann auf eine entsprechende Pflicht reduzieren, wenn nur eine Gewerkschaft einen Vorschlag einreicht.⁷⁸ Das Gericht hat in diesem Fall dem Vorschlag der Gewerkschaft in personeller Hinsicht grundsätzlich zu folgen.⁷⁹ Es kann sich nur dann über die Vorschläge der antragsberechtigten Gewerkschaften hinwegsetzen, wenn einer Berücksichtigung überwiegende Belange des Unternehmens oder der Allgemeinheit entgegenstehen.⁸⁰ Als solche Belange kommen etwa mangelnde Verfassungstreue des Kandidaten oder dessen fehlende Bereitschaft, den Interessen des Unternehmens zu dienen, in Betracht. Außerdem kann das Gericht einen Kandidaten ablehnen, wenn dieser keine ausreichende Qualifikation mitbringt.⁸¹ Vor der Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes durch das Gericht müssen grundsätzlich die Geschäftsführer bzw. der Vorstand und die übrigen Aufsichtsratsmitglieder angehört werden.⁸²

Schwierigkeiten für das Gericht ergeben sich dann, wenn mehrere konkurrierende Gewerkschaften Vorschläge einreichen. Die Auswahl der Gewerkschaftsvertreter liegt dann im Ermessen des Gerichts.⁸³ Fraglich bleibt nur, woran sich das Gericht bei seiner Entscheidung orientieren muss. Es erscheint am sinnvollsten, sich im Wesentlichen an der Stärke der Gewerkschaften im Unternehmen zu orientieren.⁸⁴ Wißmann liest

-
- 76 Fuchs/Köstler, Rn. 621; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 109a; Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 241.
- 77 Vgl. dazu Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 6 Rn. 52; Naendrup in: GK-MitbestG, § 6 Rn. 93; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 42.
- 78 Abweichend Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 104 Rn. 75, die es für möglich halten, dass das Gericht einem besser qualifizierten Kandidaten den Vorzug gibt, „wenn zu erwarten ist, dass dieser die Interessen des Vorschlagsberechtigten ebenso gut im Aufsichtsrat vertreten wird.“
- 79 BayObLG AG 2005, S. 350f., 351.
- 80 BayObLG AG 2005, S. 350ff., 351; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 6 Rn. 52. Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 42; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 109a.
- 81 Spindler in: Spindler/Stilz, § 104 Rn. 39.
- 82 OLG Dresden, NJW-RR 1998, S. 830f.; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 104 Rn. 6; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 109a.
- 83 BayObLG NZG 1998, S. 69ff., 70; BayObLG AG 2005, S. 350ff., 351; LG Wuppertal, BB 1978, S. 1380; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 6 Rn. 55.
- 84 So auch Fuchs/Köstler, Rn. 621; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 42; Kehrman in: PraxiskommMitbestG, § 6 Rn. 24; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 6 Rn. 55; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 6 Rn. 61; anders allerdings BayObLG, NZG 1998,

diese an den letzten Wahlergebnissen ab.⁸⁵ Andererseits ist eine solche Prognose mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, steht doch nicht fest, ob die Belegschaft zu diesem Zeitpunkt wieder ähnlich wählen würde.⁸⁶ In Betracht käme auch die Möglichkeit die Mitgliederstärke im Unternehmen heranzuziehen, wobei diese nur unter Schwierigkeiten zu ermitteln sein dürfte. Jedenfalls wäre es aber wenig nachvollziehbar, wenn eine Gewerkschaft mit nachweislich nur wenigen Mitgliedern im Betrieb, alle oder den überwiegenden Teil der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat stellen würde. Die richtige Vorgehensweise ist deshalb, den Gewerkschaftspluralismus im Unternehmen als Leitlinie zu beachten.⁸⁷ Umstände wie die letzten Wahlergebnisse, die Mitgliederstärke etc. liefern dem Gericht Anhaltspunkte für seine Entscheidung und geben eine gewisse Richtung für die Besetzung des vakanten Aufsichtsratspostens vor. Das Gericht kann sich jedoch im Ergebnis auch anders entscheiden, sofern sachliche Gründe dafür bestehen.⁸⁸

3. Sonstige Einflussmöglichkeiten auf die Wahl der Arbeitnehmervertreter

Die Gewerkschaften können außerdem bei bevorstehenden Aufsichtsratswahlen, genauso wie bei Wahlen zum Betriebsrat, Wahlwerbung sowohl für die von ihnen vorgeschlagenen Vertreter im Aufsichtsrat betreiben, als auch für ihre Mitglieder bei der Wahl der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter.⁸⁹ All dies ist den Gewerkschaften durch die

S. 69ff., 70, das die Auswahl in das freie Ermessen des Gerichts stellt; genauso Spindler in: Spindler/Stilz, § 104 Rn. 40; Raiser/Veil, § 6 Rn. 45; MüKoAktG/Habersack, § 104 Rn. 35.

85 Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 42; ähnlich auch Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 104 Rn. 78, die darauf abstellen wollen, welche „voraussichtlich vom zuständigen Gremium gewählt worden wäre“; genauso Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 6 Rn. 61.

86 Etwa wie im Fall des LG Wuppertal, BB 1978, S. 1380; ähnliche Bedenken bei Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 104 Rn. 78.

87 So LG Wuppertal, BB 1978, S. 1380.

88 Das BayObLG, AG 2005, S. 350ff. hat es zum Beispiel zu Recht gebilligt, dass das LG München bei der Besetzung des Postens eines der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat einer Frau den Vorzug vor einem männlichen Kandidaten einer konkurrierenden Gewerkschaft gegeben hat, obwohl deren Gewerkschaft deutlich schwächer im Unternehmen vertreten war; anders Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 104 Rn. 78, die es auch hier für möglich halten, dass das Gericht keinem der beiden Vorschläge folgt.

89 Vgl. dazu BGHZ 84, S. 352ff., 356ff.; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 34; ArbG Brandenburg, Urt. v. 01.12.2004, Az. 3 Ca 1231/04.

Koalitionsfreiheit garantiert.⁹⁰ Ihre Grenze findet die Einflussnahme auf die Aufsichtsratswahl durch die Gewerkschaften nur durch den in § 20 MitbestG geregelten Wahlschutz. Relevant ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage, wann die Gewerkschaft einem Mitglied mit einem Ausschluss aus dem Verband drohen darf, wenn die betreffende Person etwa auf einer konkurrierenden Liste kandidiert. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage soll im Zusammenhang mit der generellen Erörterung eines Gewerkschaftsausschlusses im letzten Kapitel stattfinden. Darauf sei hier lediglich verwiesen.

II. Montanmitbestimmung

Die älteste, noch geltende Regelung der Mitbestimmung im Unternehmen enthält das Montanmitbestimmungsgesetz von 1951, welchem schon im Jahr 1956 das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz zur Seite gestellt wurde.

In seiner ursprünglichen Fassung sah das MontanMitbestG ein Entsenderecht der gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen hinsichtlich der externen Arbeitnehmervertreter vor (vgl. §§ 6 III und IV MontanMitbestG a.F. sowie § 7 MontanMitbestErgG a.F.).⁹¹ Nach diesen Vorschriften waren die Spitzenorganisationen der Gewerkschaft berechtigt, verbindliche Vorschläge hinsichtlich zweier Arbeitnehmervertreter abzugeben. Vor Einreichung des Vorschlags musste allerdings eine Beratung mit dem Betriebsrat stattfinden (vgl. § 6 III MontanMitbestG a.F.). Auch wenn der Gesetzgeber 1981 das Entsenderecht der Spitzenorganisationen abgeschafft hat,⁹² ist der Einfluss der Gewerkschaften im Bereich der Montanmitbestimmung immer noch besonders stark ausgeprägt. In montanmitbestimmten Unternehmen setzen sich die Aufsichtsräte aus insgesamt elf Mitgliedern zusammen, von denen fünf jeweils von Arbeitnehmerseite und fünf von Anteilseignerseite gewählt werden (§ 4 MontanMitbestG). Die Arbeitnehmerseite setzt sich aus vier Arbeitnehmervertretern sowie einem sog. neutralen Mitglied zusammen. Von den vier Arbeitnehmervertretern werden gem. § 6 III 1 und IV MontanMitbestG zwei Mitglieder von den Spitzenorganisationen nach Beratung mit dem Betriebsrat und den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften vorgeschlagen. Gem. § 9 MontanMitbestG kann bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als zehn Millionen Euro durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder von 11 auf 15 bzw. bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als

90 Vgl. Raiser/Veil, § 20 Rn. 9.

91 Wißmann NJW 1982, S. 423ff., 425.

92 Vgl. Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 283 Rn. 14; Wißmann, NJW 1982, S. 423ff., 425.

25 Millionen Euro auf 21 erhöht werden. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so werden von den Gewerkschaften drei bzw. vier Arbeitnehmervertreter vorgeschlagen (vgl. § 9 I und II MontanMitbestG). Die vorgeschlagenen Mitglieder müssen nicht zwingend externe Gewerkschaftsvertreter sein.⁹³ Insbesondere ist den Spitzenorganisationen durch § 6 III 2 a.E. MontanMitbestG aufgegeben, etwaige Minderheiten in den Belegschaften bei ihrem Vorschlag zu berücksichtigen. Man wird aber davon auszugehen haben, dass die Gewerkschaften in der Praxis, genauso wie in nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten Unternehmen, ihnen nahe stehende Vertreter vorschlagen, worunter sich auch externe Repräsentanten befinden werden.

Auch für das „weitere Mitglied“ (vgl. § 4 I b MontanMitbestG) gilt das Vorschlagsrecht der Spitzenorganisationen (vgl. § 6 IV MontanMitbestG). Vorschlagsberechtigt sind im Anwendungsbereich des Montanmitbestimmungsgesetzes nicht die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften, sondern das Gesetz nennt ausdrücklich die Spitzenorganisationen. Aufgrund dieser eindeutigen Unterscheidung stehen den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften nur ein Beratungs- und kein Nominierungsrecht zu.⁹⁴ Voraussetzung für das Vorschlagsrecht einer Spitzenorganisation ist, dass eine ihrer Mitgliedsgewerkschaften in dem Unternehmen vertreten ist. Es genügt, wenn ein Arbeitnehmer des Unternehmens Mitglied einer in der Spitzenorganisation zusammengeschlossenen Gewerkschaft ist. Sind mehrere Spitzenorganisationen im Unternehmen vertreten, richtet sich die Vorschlagsberechtigung nach dem zahlenmäßigen Verhältnis der Vertretung der jeweiligen Spitzenorganisation (vgl. § 6 III 2 1.Hs MontanMitbestG). Die nachfolgende Wahl im Unternehmen stellt sich nur noch als Bestätigung der Wahlvorschläge dar.⁹⁵

Die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften können nicht nur einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder vorschlagen, sondern werden zudem auch bei der Aufstellung der Wahlvorschläge für die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter beratend tätig (vgl. § 6 I MontanMitbestG). § 6 II 2 MontanMitbestG gewährt den Spitzenorganisationen außerdem ein Einspruchsrecht bzgl. der Wahlvorschläge des Betriebsrats, für den Fall des begründeten Verdachts, dass ein Vorgeschlagener nicht die Gewähr bietet, zum Wohle des Unternehmens und der gesamten Volkswirtschaft verantwortlich im Aufsichtsrat mitzuarbeiten.

93 Müller/Lehmann, § 6 Rn. 43.

94 Vgl. dazu ErfK/Oetker, § 6 MontanMitbestG, Rn. 6ff.

95 Laue-Streblow, S. 178.

Im Anwendungsbereich des Montanmitbestimmungsergänzungsgesetzes stellt sich die Beteiligung der Gewerkschaften wieder leicht abgewandelt dar. Die Arbeitnehmerseite entsendet insgesamt sieben Vertreter in den Aufsichtsrat (vgl. § 5 I MontanMitbestErgG). Unter diesen sieben Vertretern müssen sich gem. § 6 MontanMitbestErgG „zwei Vertreter von Gewerkschaften befinden“.

Die praktische Bedeutung der Montanmitbestimmung ist allerdings eher gering. Laut Raiser/Heermann fielen 2006 noch etwa 40-50 Unternehmen in den Geltungsbereich der Montanmitbestimmung.⁹⁶

III. Das Drittelbeteiligungsgesetz

Die schwächste Form der Mitbestimmung im Aufsichtsrat sieht das Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 vor. In dessen Geltungsbereich steht den Arbeitnehmern ein Drittel der Aufsichtsratssitze zu. Das Drittelbeteiligungsgesetz sieht rein normativ betrachtet keine Beteiligung der Gewerkschaften vor. Gem. § 4 II DrittelbG müssen, solange nur zwei Arbeitnehmervertreter zu wählen sind, diese als Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sein. Ab dem dritten zu wählenden Aufsichtsratsmitglied haben die Arbeitnehmer die Möglichkeit, nicht unternehmensangehörige Personen in den Aufsichtsrat zu wählen. Sie können somit externe Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat wählen, genauso wie jede andere Person, die nicht in dem Unternehmen beschäftigt ist. Theoretisch können dem Aufsichtsrat eines drittelparitätisch mitbestimmten Unternehmens somit unternehmensfremde sowie unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter angehören.⁹⁷ Ein Vorschlagsrecht steht den Gewerkschaften weder für die unternehmensangehörigen noch für eventuelle externe Aufsichtsratsmitglieder zu.⁹⁸ Möglich ist jedoch, genauso wie im Bereich des MitbestG 1976, dass von den Arbeitnehmern eingereichte Vorschlagslisten mit einem Kennwort versehen werden.⁹⁹ Das Kennwort ist allerdings nicht auf dem Stimmzettel zu vermerken (vgl. § 13 II der Wahlordnung zum DrittelbG, der insoweit abschließend ist), sondern kann höchstens bei der Bekanntgabe der Vorschlagslisten mitgeteilt werden.¹⁰⁰ Mit dieser Regelung geht ein Bedeutungsverlust des Kennworts für die Vorschlagsliste und damit auch für den gewerkschaftlichen Einfluss auf die Wahl einher. Man wird jedoch auch hier davon ausgehen können, dass, wenn der Wahlvorstand die Kennwörter der einzelnen Listen mitteilt und folglich sichtbar wird,

96 Raiser/Heermann in: Ulmer/Habersack/Winter, § 52 Rn. 9.

97 ErfK/Oetker, § 4 DrittelbG Rn. 7.

98 Vgl. Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 4 DrittelbG, Rn. 13.

99 Fuchs/Köstler, Rn. 529; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 6 DrittelbG, Rn. 10.

100 Vgl. Fuchs/Köstler, Rn. 529.

welche Liste von welcher Gewerkschaft unterstützt wird, die Einflussmöglichkeiten der Gewerkschaft auf die Besetzung „ihrer“ Liste aufrecht erhalten bleiben.

Allerdings ist eine Beteiligung von externen Gewerkschaftsvertretern in einem drittelparitätisch mitbestimmten Aufsichtsrat selten, da in der Praxis der drei- bzw. sechs-köpfige Aufsichtsrat die Regel ist und in diesen nur ein respektive zwei Arbeitnehmervertreter gewählt werden.¹⁰¹ Erst ab dem dritten Arbeitnehmervertreter könnten externe Gewerkschaftsvertreter gewählt werden. Zugleich werden die in den Aufsichtsrat gewählten unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter überwiegend gewerkschaftlich organisiert sein, so dass zumindest informelle Beratungen zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gewerkschaft stattfinden werden.

Eine mitbestimmungsrechtliche Besonderheit enthält § 4 IV DrittelbG. Danach sollen Frauen und Männern ihrem zahlenmäßigen Verhältnis entsprechend im Aufsichtsrat vertreten sein. Eine parallele Regelung sucht man im Mitbestimmungsgesetz 1976 und in der Montanmitbestimmung vergebens.¹⁰² Auch wenn es sich nur um eine Soll-Vorschrift handelt, deren Missachtung nicht zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Aufsichtsratswahl führt, so kann sie unter Umständen dann Bedeutung erlangen, wenn ein Gericht die Besetzung von Aufsichtsratsposten vorzunehmen hat (§ 104 AktG). Bei der Entscheidung zwischen konkurrierenden Wahlvorschlägen kann sie vom Gericht berücksichtigt werden.

IV. Die Beteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft

Spätestens seit dem 22.12.2004 ist die Unternehmensmitbestimmung keine rein nationale Angelegenheit mehr. Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SEAG) und des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) hat die Unternehmensmitbestimmung auch normativ eine neue europäische Dimension erhalten. Die Unterschiede zwischen den Mitbestimmungssystemen der europäischen Staaten haben dazu geführt, dass es mehrere Jahrzehnte gedauert hat, bis eine konsensfähige europäische Regelung zustande kam.¹⁰³ Eine einheitliche europäische Unternehmensmitbestimmung ist dadurch

¹⁰¹ Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 4 DrittelbG, Rn. 13; Boewer/Gaul/Otto, GmbHR 2004, S. 1065ff., 1067.

¹⁰² Nur § 36 III i.V.m. § 6 II SEBG enthält eine entsprechende Regelung für die Europäische Aktiengesellschaft.

¹⁰³ Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, Einl. SEBG, Rn. 2.

jedoch nicht geschaffen worden.¹⁰⁴ Vielmehr handelt es sich um eine „eigentümliche Kombination nationaler und supranationaler Regelungen zu bislang unbekannten Gesellschaftsformen.“¹⁰⁵

1. Die Unternehmensmitbestimmung nach dem SEBG

Das SEBG setzt auf nationaler Ebene den Vorrang einer Verhandlungslösung für die Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft um. Für den Fall, dass eine Mitbestimmungsvereinbarung nicht zustande kommt, sieht das SEBG in §§ 34ff. eine gesetzliche Auffanglösung vor. Die Verhandlungen mit der Unternehmensleitung führt auf Arbeitnehmerseite das sog. Besondere Verhandlungsgremium.¹⁰⁶ Dieses wird nicht direkt von den Arbeitnehmern gewählt, sondern von einem Wahlgremium. Das Wahlgremium besteht im Wesentlichen aus Mitgliedern des Konzernbetriebsrates oder des Gesamtbetriebsrates. Besteht kein Gesamtbetriebsrat, können auch Mitglieder des Betriebsrats gewählt werden (vgl. § 8 II und III SEBG).¹⁰⁷ Zusätzlich ist jedes dritte inländische Mitglied des Wahlgremiums auf Vorschlag einer Gewerkschaft zu wählen, die im Unternehmen vertreten ist, vgl. § 8 I 2 SEBG. Es genügt, ebenso wie im Rahmen des MitbestG, dass ein Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften Mitglied der Gewerkschaft ist.¹⁰⁸ Die letztgenannte Besetzungsregelung gilt auch für das Besondere Verhandlungsgremium. Sowohl im Wahlgremium als auch im Besonderen Verhandlungsgremium müssen zwingend Gewerkschaftsvertreter beteiligt sein, sofern diesem drei oder mehr Mitglieder aus dem Inland angehören. Auch hier können als Gewerkschaftsvertreter Personen zur Wahl gestellt werden, die nicht Mitglieder der vorschlagenden Gewerkschaft sind.¹⁰⁹ Genauso wie im Rahmen der deutschen Unternehmensmitbestimmung können als Gewerkschaftsvertreter Personen kandidieren, die nicht Arbeitnehmer der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften sind.¹¹⁰ Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Mitbestimmungsregelung sind dem Besonderen Verhandlungsgremium und der Unternehmensleitung nur wenige Grenzen gesetzt. Auch eine Verminderung der Beteiligungsrechte ist im Grunde

104 Vgl. Oetker, ZESAR 2005, S. 3ff., 4.

105 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, Einl. SEBG, Rn. 3.

106 Näher zum Verfahren siehe Oetker, ZESAR 2005, S. 3ff., 8f.

107 Vgl. zu den Details Kienast in: Jannott/Frodermann, Kapitel 13 Rn. 143ff.

108 Lutter/Hommelhoff/Oetker, § 6 SEBG Rn. 16; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 36 SEBG Rn. 41.

109 Lutter/Hommelhoff/Oetker, § 6 SEBG Rn. 14.

110 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 36 SEBG Rn. 44; Nagel/Freis/Kleinsorge-Kleinsorge, § 6 Rn. 7; Köklü in: van Hulle/Maul/Drinhausen, 6. Abschnitt Rn. 131 geht sogar davon aus, dass es sich zwingend um externe Gewerkschaftsvertreter handeln muss.

möglich, sofern diese mit qualifizierter Mehrheit im Sinne von § 15 III SEBG beschlossen wird und die in § 15 III Nr. 1 und 2 SEBG genannten Schwellenwerte nicht unterschritten werden. Ein Ausschluss des Vorschlagsrechts der Gewerkschaften oder der Wählbarkeit von Gewerkschaftsvertretern wäre mit einfacher Mehrheit möglich, denn ob eine Minderung der Mitbestimmungsrechte vorliegt, ist in erster Linie anhand der Veränderung des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern im Aufsichtsorgan zu beurteilen (vgl. § 15 IV Nr. 1 SEBG).¹¹¹ Nicht in Betracht kommt ein Ausschluss von Gewerkschaftsvertretern dagegen im Fall der SE-Gründung durch formwechselnde Umwandlung. Hier müssen sämtliche Komponenten der Mitbestimmung erhalten bleiben (vgl. § 21 IV SEBG). Dass es in der Praxis zu einer Nichtberücksichtigung der Gewerkschaften bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans kommt, ist schon wegen der Beteiligung der Gewerkschaften im Besonderen Verhandlungsgremium, auch in allen anderen Fällen unwahrscheinlich. In den Fällen, in denen eine Mitbestimmungsvereinbarung getroffen wurde, geht die Tendenz eher in Richtung der Beibehaltung oder sogar Verstärkung der Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern.¹¹²

Kommt eine Verhandlungslösung nicht zustande, gilt die gesetzliche Aufangregelung der §§ 34ff. SEBG. In Bezug auf die Beteiligung der Gewerkschaften ist der Verweis von § 36 III 2 SEBG auf § 6 III SEBG von Bedeutung. Er hat zur Folge, dass nicht nur im Besonderen Verhandlungsgremium und dem Wahlgremium, sondern auch im Aufsichtsorgan der SE zwingend jedes dritte inländische Mitglied von den Gewerkschaften vorgeschlagen werden muss. Auch hier ist damit den Gewerkschaften bezüglich jedes dritten Arbeitnehmersitzes ein Vorschlagsrecht garantiert. Die endgültige Wahlentscheidung wird vom Wahlgremium getroffen. Dieses muss die Gewerkschaftsvertreter zwingend aus den Wahlvorschlägen der Gewerkschaft wählen.¹¹³ Insofern weist die Regelung des SEBG Ähnlichkeit zu § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG auf. Auch die Gesetzesbegründung zum SEBG sieht sie in der Tradition des MitbestG.¹¹⁴ Allerdings ist im Rahmen des MitbestG kein linearer Anstieg der Anzahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsorgan vorgesehen, wie ihn das SEBG normiert. Die Höchstzahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat ist auf drei Personen beschränkt. In der Praxis dürfte dieser Unterschied zu-

111 Vgl. dazu Kienast in: Jannott/Frodermann, Kapitel 13, Rn. 345; Köklü in: van Hulle/Maul/Drinhausen, 6. Abschnitt Rn. 65; a.A. Köstler, DStR 2005, S. 745ff., 747.

112 Vgl. etwa die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern bei der Porsche Holding SE, der BASF SE, der Fresenius SE oder der Allianz AG.

113 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 36 SEBG, Rn. 45.

114 BTDrucks. 15/3405, S. 46 (zu § 6 III SEBG) und S. 47 (zu § 8 I SEBG).

mindest, was die maximale Anzahl der Gewerkschaftsvertreter betrifft, keine Rolle spielen. Da die maximale Mitgliederzahl des Aufsichtsorgans auf 21 Mitglieder festgelegt ist (vgl. § 17 I SEAG), würden auch bei einer numerisch paritätischen Beteiligung der Arbeitnehmer nie mehr als drei Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsorgan vertreten sein.

2. Unvereinbarkeit von §§ 36 III 2 SEBG i.V.m. § 6 III SEBG mit europarechtlichen Vorgaben

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine zwingende Repräsentation der Gewerkschaften im Aufsichtsorgan der Europäischen Gesellschaft zu Lasten der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer vorgesehen hat. Demgegenüber schreibt die europäische Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer nur vor, dass es möglich sein solle, Gewerkschaftsvertreter in das Besondere Verhandlungsgremium zu wählen (vgl. Erwägungsgrund 19 und Art. 3 II lit b.). Daraus ist plausibel der Schluss gezogen worden, dass eine Zwangsrepräsentation der Gewerkschaften im Besonderen Verhandlungsgremium nicht mehr von der Richtlinie gedeckt ist.¹¹⁵ Die Richtlinie soll gewährleisten, dass den unternehmensangehörigen Arbeitnehmern die Entscheidungsfreiheit über ihre Repräsentanten im Besonderen Verhandlungsgremium erhalten bleibt.¹¹⁶ Die vom Gesetzgeber für § 6 III SEBG gegebene Begründung, die Repräsentation der Gewerkschaften entspreche der Mitbestimmungstradition, überzeugt bereits deshalb nicht, weil die Mitbestimmungstradition nicht nur aus den Regelungen des MitbestG 1976 bestehen kann, sondern auch das in der Praxis sehr bedeutsame Drittelbeteiligungsgesetz dazuzurechnen ist. Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass das Besondere Verhandlungsgremium nicht nur für Verhandlungen über die Unternehmensmitbestimmung zuständig ist, sondern auch eine Vereinbarung über die betriebliche Mitbestimmung treffen soll. Hier kann nicht von einer traditionellen zwingenden Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern

¹¹⁵ Wisskirchen/Prinz, DB 2004, S. 2638ff., 2639; Kallmeyer, ZIP 2004, S. 1442ff., 1443; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, Einl. SEBG, Rn. 175 und § 36 SEBG Rn. 42ff.; Krause, BB 2005, S. 1221ff., 1225; kritisch auch Kienast in: Jannott/Frodermann, Kapitel 13 Rn. 135ff.; Kübler, *liber amicorum* Manfred Weiss, S. 235ff., 246; Herfs-Röttgen, NZA 2002, S. 358ff., 360; Rehwinkel, ZESAR 2008, S. 71ff., Fn. 20; a.A. Köstler, ZGR 2003, S. 800ff., 806; Nagel/Freis/Kleisorge-Kleinsorge, § 6 Rn. 7; Oetker, ZESAR 2005, S. 3ff., 7 in Rn. 32; wenn auch kritisch bzgl. der Legitimation der Gewerkschaftsvertreter MüKoAktG/Jacobs, § 6 SEBG, Rn. 6.

¹¹⁶ Kallmeyer, ZIP 2004, S. 1442ff., 1443; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, Einl. SEBG, Rn. 168; Wisskirchen/Prinz, DB 2004, S. 2638ff., 2639; kritisch auch MüKoAktG/Jacobs, § 6 SEBG, Rn. 6.

gesprochen werden. Diese wäre hier auch noch deplatziierter als im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung.

Man kann nur mutmaßen, dass die Regelung des § 6 III SEBG nicht zuletzt auf die starke Beteiligung der Gewerkschaften am Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen ist.

Andererseits schweigt die Richtlinie soweit ersichtlich zur Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsorgan der SE. Sie bestimmt in Art. 7 I, dass die Mitgliedstaaten eine gesetzliche Auffangregelung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen treffen müssen, welche den im Anhang zur Richtlinie festgelegten Bestimmungen genügen muss. In besagtem Anhang findet sich allerdings keine Regelung zur Beteiligung der Gewerkschaften. Somit ist allenfalls die Verwirklichung des in Art. 1 der Richtlinie festgelegten Ziels als Grenze für die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit in dieser Frage anzusehen. Art. 1 der Richtlinie nennt als Zweck die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE.

Dieser Befund führt bezüglich der zwingenden Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsorgan der SE nicht weiter, legt er doch zunächst einen Umkehrschluss dahingehend nahe, dass aufgrund mangelnder Beschränkung bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Auffangregelung dem nationalen Gesetzgeber keine Grenzen gesetzt sind, so dass er auch eine Zwangsrepräsentation der Gewerkschaften normieren kann. Zugleich spricht der Richtliniengeber aber wiederholt von der Beteiligung der Arbeitnehmer und hält die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter im Besonderen Verhandlungsgremium anscheinend für gesondert erwähnenswert (vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie). Für die letztere Argumentation kann im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses zusätzlich angeführt werden, dass, wenn der Richtliniengeber bereits die Beteiligung der externen Gewerkschaftsvertreter im Besonderen Verhandlungsgremium für gesondert erwähnenswert hält, dies erst recht für die Beteiligung im Aufsichtsorgan gelten muss. Eine solche Beteiligung der Gewerkschaften im Aufsichtsorgan oder an dessen Besetzung einer Aktiengesellschaft ist im europäischen Ausland so gut wie unbekannt.¹¹⁷ Außerdem kann eine Platzreservierung für Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsorgan unter Umständen dazu führen, dass eine an der Gründung der SE beteiligte Gesellschaft bei der Besetzung der Sitze im Aufsichtsorgan unberücksichtigt bleibt. Henssler führt als Beispiel die Gründung einer SE an, an der mehr als zwei inländische Gesellschaften beteiligt sind.¹¹⁸ Nach dem Zweck der Richtlinie müsste bei drei beteiligten Gesellschaften jeder Gesellschaft ein Sitz im Aufsichtsorgan zustehen. Für das

117 Lediglich in Schweden existiert ein Entsenderecht der Gewerkschaften für einen Teil der Organmitglieder, vgl. Rebhahn in: Rieble, S. 41ff., 49f.

118 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 36 SEBG, Rn. 43.

Besondere Verhandlungsgremium ergibt sich dies insbesondere aus Art. 3 I lit. a) der Richtlinie. Durch das Vorschlagsmonopol der Gewerkschaften wird ein Arbeitnehmer einer der drei Gesellschaften zugunsten eines Wahlvorschlags der Gewerkschaft weichen müssen. Aus diesem Befund alleine lässt sich bereits ein Verstoß gegen das Europarecht herleiten.¹¹⁹ Damit sprechen im Ergebnis meines Erachtens die besseren Argumente für eine Europarechtswidrigkeit der Zwangsrepräsentation von Gewerkschaftsvertretern im Besonderen Verhandlungsgremium und im Aufsichtsorgan der SE.

3. Abschließende Betrachtung und Zusammenfassung

Ob die EU-Kommission wegen der Abweichung des SEBG von der europäischen Richtlinie bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EGV gegen die Bundesrepublik Deutschland einleiten wird, ist jedoch fraglich. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie kommt mangels hinreichender Bestimmtheit hinsichtlich der Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Besonderen Verhandlungsgremium und im Aufsichtsorgan nicht in Betracht. Auch etwaige Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Richtlinienumsetzung werden wohl nur theoretischer Natur bleiben.

Abschließend sei nur am Rande erwähnt, dass auch rechtspolitisch nicht unerhebliche Bedenken gegen eine Repräsentation der Gewerkschaften im Aufsichtsorgan der SE bestehen. Geht man davon aus, dass diese im Regelfall dazu führt, dass aus verschiedenen an der Gründung der SE beteiligten Staaten Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsorgan vertreten sein werden, so dürfte dies dort zu einer weiteren Erschwerung einer Konsensfindung führen. Dass Gewerkschaften aus unterschiedlichen europäischen Staaten oft kaum miteinander zu vereinbarende Interessen verfolgen, hat Streek überzeugend dargestellt. Er verweist dabei unter anderem auf die Auswirkungen einer Änderung des Lohnniveaus in einem Mitgliedstaat auf die Arbeitnehmerinteressen in einem anderen Mitgliedsstaat sowie auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Mitbestimmung in den Mitgliedsstaaten.¹²⁰ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Sitzreservierung für Gewerkschaftsvertreter auf europäischer Ebene von geringer Bedeutung sein wird, da sie nur für die Aufsichtsratssitze gilt, die auf die deutschen Belegschaften entfallen. Im Aufsichtsrat der dualistischen SE ist erst dann ein Sitz für Gewerkschaftsvertreter reserviert, wenn mindestens drei Sitze

119 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 36 SEBG, Rn. 43; Krause, BB 2005, S. 1221ff., 1225.

120 Streek, Gewerkschaften zwischen Nationalstaat und Europäischer Union, abrufbar unter: www.mpifg.de/pu/workpap/wp96-1/wp96-1.html; ähnliche Kritik auch bei Köklü in: van Hulle/Maul/Drinhausen, 6. Abschnitt Rn. 227 und Schiessl, ZHR 2003, S. 235ff., 251f.

der deutschen „Arbeitnehmerbank“ zufallen. Legt das Unternehmen die Zahl der Aufsichtsratssitze auf insgesamt nur sechs Sitze fest, wäre damit kein Posten für einen Gewerkschaftsvertreter reserviert.¹²¹

¹²¹ Vgl. Rieble, BB 2006, S. 2018ff., 2021.

C. Vereinbarkeit von § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG mit dem Grundgesetz

Schon lange vor dem Erlass des Mitbestimmungsgesetzes wurde die Vereinbarkeit einer paritätischen Unternehmensmitbestimmung mit dem Grundgesetz äußerst kontrovers diskutiert. Die Unternehmerseite hielt eine paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat für unvereinbar mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG. Die Argumentation lässt sich vereinfacht dahingehend zusammenfassen, dass diese in der paritätischen Unternehmensmitbestimmung eine Einschränkung ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sah. Dies ergebe sich unter anderem auch aus der Kumulation von betrieblichen Mitbestimmungsrechten und der Unternehmensmitbestimmung.¹²² Daraus wurde zudem ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit abgeleitet. Die mitbestimmte Gesellschaft sei nicht mehr in der Lage, koalitionsspezifische Fragen ohne Einfluss der Arbeitnehmer zu entscheiden.

Die Diskussion kulminierte in heftigen verfassungsrechtlichen Kontroversen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens. Diese sollen hier allerdings nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet werden. Nach der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 1. März 1979 zu mehreren Vorschriften des Gesetzeswerkes Stellung bezogen.¹²³ Am Rande hat es die zwingende Sitzreservierung für Gewerkschaftsvertreter mit dem Grundgesetz, insbesondere mit der Vereinigungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit für vereinbar erklärt. An dieser Stelle sollen die wesentlichen Gedanken des Urteils noch einmal wiedergegeben werden.

Das BVerfG argumentiert zum einen damit, die Entsendung von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsrat entspreche einem überlieferten freien Wahlrecht.¹²⁴ Auch die Anteilseignerversammlung habe die Freiheit, dem Unternehmen nicht angehörende Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden.¹²⁵ Gleiches müsse dann auch für die Arbeitnehmerseite gelten.¹²⁶ Zum anderen sei die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern an der Arbeit im Aufsichtsrat nicht sachfremd. Die Arbeitnehmerseite erhalte dadurch die Möglichkeit, besonders qualifizierte Vertreter in den

122 Vgl. repräsentativ zu den genannten Argumenten das Gutachten von Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz; Zusammenfassung der Argumente auch bei Preis, KollArbR, S. 774f.

123 BVerfGE 50, S. 290ff. = NJW 1979, S. 699ff.

124 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

125 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

126 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

Aufsichtsrat zu entsenden.¹²⁷ Die Beteiligung der Gewerkschaften wirke außerdem dem tendenziell zu erwartenden „Betriebsegoismus“ entgegen.¹²⁸ Weiterhin hält das BVerfG auch das Selbstbestimmungsrecht der Arbeitgeberverbände für nicht betroffen.¹²⁹ Es bewertet den durch die Gewerkschaftsvertreter und die restlichen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten ausgeübten Einfluss auf die Unternehmen zwar möglicherweise für spürbar, dieser wirke sich jedoch kaum mehr auf den Arbeitgeberverband aus.¹³⁰ Ein Eingriff in den Kernbereich der Koalitionsfreiheit liege somit nicht vor.¹³¹ Daneben verweist das BVerfG darauf, dass auch die Gewerkschaftsvertreter verpflichtet sind, ihr Mandat ungeachtet persönlicher Interessen im Interesse des Unternehmens auszuüben.¹³² Damit war die Diskussion um die Verfassungskonformität von § 7 II MitbestG für die Praxis geklärt. Im Folgenden soll Stellung genommen werden zur bereits oben angedeuteten verfassungsrechtlichen Problematik der Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten. Die vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen Argumente wurden bis heute immer wieder gebetsmühlenartig wiederholt.¹³³ Neues hat erst der Bericht der gemeinsamen Kommission Mitbestimmung von Bertelsmann- und Hans-Böckler-Stiftung gebracht.¹³⁴ Der Bericht weist darauf hin, dass die Gewerkschaftsvertreter nicht die führende Rolle auf Arbeitnehmerseite spielen. Ihr Einfluss beruhe zumindest dort, wo er von Bedeutung sei, auf einer sachlichen Beratungskompetenz. Eine Fernsteuerung der Unternehmen sei nicht zu erkennen.¹³⁵ Auf der anderen Seite werden aber auch bestehende Interessenkonflikte kritisiert und festgestellt, dass durchaus „politische oder ideologische“ Gesichtspunkte

127 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

128 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

129 BVerfGE 50, S. 290ff., 366f. = NJW 1979, S. 699ff., 709f.

130 BVerfGE 50, S. 290ff., 375f. = NJW 1979, S. 699ff., 710.

131 BVerfGE 50, S. 290ff., 374ff. = NJW 1979, S. 699ff., 709ff.

132 BVerfGE 50, S. 290ff., 374 = NJW 1979, S. 699ff., 710.

133 Vgl. jüngst Kühling, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2006; Dietmar Hexel, Referat zum 66. Deutschen Juristentag, Abteilung Arbeitsrecht, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band II/1, M 49ff., M 58; Hanau/Wackerbarth, S. 27ff.; Klebe/Köstler in: FS Wißmann, S. 443ff., 446; befürwortend auch Kempen, Liber amicorum Manfred Weiss, S. 261ff., 271; Klein, AG 1982, S. 7ff., 10; Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 134.

134 Hans-Böckler-Stiftung/Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen - Bericht der Kommission Mitbestimmung, Gütersloh 1998.

135 Hans-Böckler-Stiftung/Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 31f., 97.

durch die externen Gewerkschaftsvertreter in die Aufsichtsräte herein getragen werden.¹³⁶

Zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung wurde die Vereinbarkeit des Vorschlagsrechts der Gewerkschaften in § 7 II i.V.m. § 16 MitbestG mit dem Grundgesetz erneut im Jahr 2005. Das LG Frankfurt am Main hatte über die Besetzung eines mitbestimmten Aufsichtsrats zu entscheiden, nachdem sich eine Aktiengesellschaft geweigert hatte, die nach § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder bei der Besetzung des Aufsichtsrats zu berücksichtigen.¹³⁷ Die Aktiengesellschaft hat in dem Verfahren insbesondere vorgetragen, § 7 II i.V.m. § 16 MitbestG verstoße gegen die Wahlrechtsgleichheit des Art. 3 I GG. Einen solchen Verstoß konnte das Gericht, ebenso wie einen Verstoß gegen Art. 9 III GG, nicht feststellen.

In jüngerer Zeit mehren sich allerdings die Stimmen, die die Legitimation einer Zwangsrepräsentation von Gewerkschaftsvertretern anzweifeln und ihre Beteiligung an der Unternehmensmitbestimmung in Frage stellen.¹³⁸ Die Argumente sollen einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Betrachtet wird hier nur die Situation in der Aktiengesellschaft, von der auch das BVerfG ausgegangen ist, sowie sämtliche Stimmen in der Literatur, die zu dem Thema Stellung bezogen haben. Die GmbH kann außer Acht bleiben, zumal der Einfluss des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes in der mitbestimmten Aktiengesellschaft weit größer ist als bei der mitbestimmten GmbH.¹³⁹ Dies ergibt sich insbesondere aus dem starken Einfluss der GmbH-Gesellschafter auf die Geschäftsführung im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis.¹⁴⁰

Es sei auch darauf hingewiesen, dass Gegenstand der Prüfung zwar das exklusive Vorschlagsrecht der Gewerkschaften ist, im Rahmen der

136 Hans-Böckler-Stiftung/Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 31f., 97.

137 Unveröffentlichter Beschluss des LG Frankfurt vom 05.11.2005, Az. 2-06 O 369/04.

138 Vgl. Raiser, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I, B 5ff., B 95ff.; Reichold, JZ 2006, S. 812ff., 819; Buchner, ZfA 2006, S. 597ff.; Rieble, ZfA 2005, S. 245ff., 254; ders. in: Rieble, S. 1ff., 16f.; Stettes, S. 43; ders. AG 2007, S. 611ff., 617; Brocker, S. 129; Franz, ZAF 2005, S. 268ff., 271; früher schon Rasch, BB 1974, S. 532ff., 536; mahnend auch schon Raiser, JZ 1974, S. 273ff., 278; Wiedemann, ZGR 1975, S. 385ff., 399 vermisst die rechtsethische Begründung; zur Kritik an der Unternehmensmitbestimmung insgesamt unter qualitativen Aspekten vgl. Loritz, ZfA 2009, S. 477ff.

139 Vgl. dazu auch Jürgenmeyer, S. 195f.

140 Vgl. Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 68; die Weisungsbefugnis bleibt auch in der mitbestimmten GmbH bestehen, siehe unter G. I.

Koalitionsfreiheit eine Beurteilung jedoch nur im Kontext mit der numerisch paritätischen Besetzung der nach dem MitbestG 1976 zu bildenden Aufsichtsräte erfolgen kann. Alleine die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat wäre kaum geeignet, die Koalitionsfreiheit zu tangieren – höchstens noch auf psychologischer Ebene.

Die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat muss sich zunächst an Art. 9 I und III GG messen lassen. Zum einen könnte sie unvereinbar mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG sein, soweit sie zu einer nicht zu rechtfertigenden „Fremdbestimmung“ der Gesellschaft bei der Besetzung ihrer Organe führt. Daneben ist ein Verstoß gegen die in Art. 9 III GG gewährleistete Tarifautonomie denkbar, indem die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern eine freie Willensbildung der Gesellschaft als Arbeitgeber oder des Arbeitgeberverbandes in tariflichen Fragen unmöglich macht. Vor allem die letztgenannte Problematik wurde im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Mitbestimmungsgesetz ausführlich erörtert. Beide Fragestellungen sollen daher an dieser Stelle primär unter dem Gesichtspunkt möglicher Veränderungen in den letzten 30 Jahren diskutiert werden.

Kaum beachtet wurde dagegen die Vereinbarkeit des Vorschlagsmonopols der Gewerkschaften mit der negativen Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten und dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit.

I. Vereinigungsfreiheit, Art. 9 I GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG in ihrer Ausprägung als Kollektivgrundrecht die Existenz und die Funktionsfähigkeit der Vereinigung.¹⁴¹ Eine Fremdbestimmung der Vereinigung würde dem Schutzzweck des Art. 9 I GG zuwiderlaufen.¹⁴² Eine Besetzung der Unternehmensorgane gerade mit externen Gewerkschaftsvertretern könnte dem entgegenstehen. Für die Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit bedarf es aber, wie auch das BVerfG betont, gewisser staatlicher Regeln zum Schutze insbesondere der Rechtssicherheit, der Mitglieder oder schutzwürdiger Dritter. Auch öffentliche Interessen sind nach Ansicht des BVerfG in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.¹⁴³

1. Persönlicher Schutzbereich

Bei der Prüfung eines Eingriffs in Art. 9 I GG stellt sich zunächst die Frage, ob sich die mitbestimmte Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft überhaupt auf den Schutz des Art. 9 I GG berufen kann. Diese Frage

¹⁴¹ BVerfGE 50, S. 290ff., 354f. = NJW 1979, S. 699ff., 706.

¹⁴² BVerfGE 50, S. 290ff., 354 = NJW 1979, S. 699ff., 706.

¹⁴³ BVerfGE 50, S. 290ff., 354 = NJW 1979, S. 699ff., 706.

wurde vom BVerfG offen gelassen und konnte aus Sicht des Gerichts auch offen gelassen werden, da es einen eventuellen Eingriff zumindest als gerechtfertigt ansah. Im Folgenden soll jedoch kurz Stellung zu der angesprochenen Problematik genommen werden. Zweifel daran, ob größere Kapitalgesellschaften unter den Schutzbereich von Art. 9 I GG fallen, können sich in folgender Hinsicht ergeben. Die Gewährleistung des Art. 9 I GG umfasst fraglos den Zusammenschluss natürlicher Personen. Dies entspricht ihrer personalen Ausrichtung.¹⁴⁴ Die Vereinigungsfreiheit schützt eine wesentliche Voraussetzung freier Persönlichkeitsbildung und Persönlichkeitsentfaltung. Sie weist damit eine gewisse Nähe zur Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG auf.¹⁴⁵ Das persönliche Element tritt bei Kapitalgesellschaften fast gänzlich in den Hintergrund.¹⁴⁶ Dies gilt insbesondere für den Fall, dass eine juristische Person an der Gesellschaft beteiligt ist.¹⁴⁷ Entscheidend für den Schutz von Kapitalgesellschaften aus Art. 9 I GG spricht allerdings der insoweit offene Wortlaut.¹⁴⁸ Art. 9 I GG spricht von Vereinen und Gesellschaften, ohne diesbezüglich nähere Einschränkung zu regeln. Würde man „größere Kapitalgesellschaften“ dem Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit entziehen, hätte dies bedenkliche Konsequenzen. Der Terminus „Kapitalgesellschaft“ alleine trifft noch keine Aussage über Unternehmensgröße und die personelle Struktur bzw. die Mitgliederanzahl. Er stellt nur klar, dass sich die Gesellschaft bestimmten Regeln bezüglich ihrer Kapitalaufbringung unterworfen hat.¹⁴⁹ Ab wann soll eine Kapitalgesellschaft so „groß“ sein, dass das personale Element zur Bedeutungslosigkeit degradiert ist? Kommt es hierbei auf die Zahl der Aktionäre oder auf die Streubreite des Aktienbesitzes an? Ohne rechtliche Grundlage wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu befürchten. Somit fallen auch Kapitalgesellschaften unter den Schutzbereich des Art. 9 I GG.¹⁵⁰ Sofern Art. 9 I GG nicht als Doppelgrundrecht verstanden wird und damit den Schutz der Vereinigung selbst nicht aus Art. 9 I GG ableitet,¹⁵¹ ergibt sich aus Art. 19 III GG das gleiche Ergebnis.¹⁵²

144 Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 11.

145 Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 3.

146 Lutter, AcP 180, S. 84ff., 89; BVerfGE 50, S. 299ff., 355 = NJW 1979, S. 699, 706.

147 BVerfGE 50, S. 290ff., 356 = NJW 1979, S. 699ff., 706.

148 Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 12; Jarass/Pieroth, Rn. 725.

149 Vgl. Wiedemann, Anmerkung zu BVerfG AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, Bl. 912ff., Bl. 917.

150 So die wohl herrschende Meinung vgl. Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 4, 11; Paefgen, S. 40f.

151 So BVerfGE 50, S. 290ff., 353f.; Löwer in: von Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 15; Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 11.

152 So Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 26.

2. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG umfasst unter anderem auch die Freiheit von Fremdbestimmung. Die Gesellschaft soll selbst über die eigene Organisation, ihre Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte bestimmen können¹⁵³. Dazu gehört insbesondere auch die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit bei der Besetzung von Unternehmensorganen.¹⁵⁴ Die Beteiligung von externen Gewerkschaftsvertretern, wie auch generell aller Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der mitbestimmten Gesellschaften, führt zu einer Veränderung der Entscheidungs- und Organisationsstrukturen. Der Gesellschaft wird gesetzlich auferlegt, einen Teil der Sitze in einem Gesellschaftsorgan zwingend mit Gewerkschaftsvertretern zu besetzen.

3. Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dass damit auch ein Eingriff in den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit vorliegt, ist im Grunde unbestritten. Der Eingriff ist bezüglich der Gewerkschaftsvertreter darin zu sehen, dass das Unternehmen nicht mehr selbst über die Besetzung von Unternehmensorganen entscheiden kann, sondern zwei oder drei Sitze zwingend mit Personen zu besetzen sind, die die Gewerkschaften repräsentieren sollen. Zuzugeben ist, dass, wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, der Eingriff nicht den Kernbereich der Vereinigungsfreiheit berührt. Es handelt sich, wie es das Gericht formuliert, um einen Eingriff in die „Peripherie“ des Grundrechts.¹⁵⁵ Hohe Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung sind demnach nicht zu stellen. Nichtsdestotrotz bedarf ein solcher Eingriff einer sachlichen Begründung.¹⁵⁶ Das BVerfG hat mit den bereits oben erwähnten Argumenten der Verhinderung eines „Betriebsegoismus“ und dem überlieferten freien Wahlrecht die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter für verfassungsrechtlich gerechtfertigt gehalten.¹⁵⁷ Im Folgenden soll eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten des Bundesverfassungsgerichts erfolgen.

a. Verhinderung eines „Betriebsegoismus“

Nach Ansicht des BVerfG führt die Integration von unternehmensfremden Gewerkschaftsvertretern verstärkt zu einer Berücksichtigung von lang-

153 BVerfGE 50, S. 290ff., 354 = NJW 1979, S. 699ff., 706; vgl. auch Maunz/Dürig-Scholz, Art.9 Rn. 81ff.

154 Nienerza, S. 25.

155 BVerfGE 50, S. 290ff., 359 = NJW 1979, S. 699ff., 707; Kühling, S. 28.

156 BVerfGE 50, S. 290ff., 359f. = NJW 1979, S. 699ff., 707.

157 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

fristigen Arbeitnehmerinteressen und tendenziell zur Verhinderung eines „Betriebsegoismus“.¹⁵⁸

Was das BVerfG mit dem „Betriebsegoismus“, den es zu verhindern gelte, meint, bleibt unklar. Soll es darum gehen, dass die Gewerkschaftsvertreter die eventuell divergierenden Interessen der Arbeitnehmervertreter aus den unterschiedlichen Betrieben des Unternehmens ausgleichen sollen, oder handelt es sich um eine unternehmensübergreifende Interessenvertretung? Für Letzteres ließe sich zumindest anführen, dass das BVerfG den Gedanken der Wahrnehmung langfristiger Arbeitnehmerinteressen quasi in einem Atemzug mit der Verhinderung eines „Betriebsegoismus“ anführt. Im Folgenden soll die Überzeugungskraft beider Legitimationsmöglichkeiten beleuchtet werden.

Der Eingriff in die Vereinigungsfreiheit der mitbestimmten Aktiengesellschaft durch die zwingende Besetzung von Aufsichtsratsposten mit Gewerkschaftsvertretern lässt sich zunächst nicht durch den Ausgleich der Interessen der einzelnen Betriebe rechtfertigen. Ein solcher Interessenausgleich ist durchaus ein berechtigtes Anliegen. Das Argument kann jedoch von vorneherein nicht für mitbestimmte Unternehmen Geltung beanspruchen, denen nur ein Betrieb angehört. Daneben ist es zum einen unwahrscheinlich, dass im Aufsichtsrat nur Arbeitnehmervertreter aus einem von mehreren Betrieben vertreten sind und so ein Betrieb seine Interessen gegenüber den anderen Betrieben durchsetzen könnte. Zum anderen ist auf die regelmäßige Präsenz von Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats im Aufsichtsrat hinzuweisen. Allein diese personelle Besetzung ist in vielen Fällen bereits geeignet, einen „Betriebsegoismus“ zu verhindern. Um einen Interessenausgleich zwischen den Betrieben herbeizuführen würde es zudem ausreichen, den Arbeitnehmern des Unternehmens die Möglichkeit einzuräumen, dritte Personen ihrer Wahl in den Aufsichtsrat zu wählen, so dass ein milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht. Sollten die Arbeitnehmer somit die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen einzelnen betrieblichen Interessen sehen, könnten sie durch ein solches Wahlrecht die Personen aussuchen, die sie für einen entsprechenden Interessenausgleich am geeignetsten halten und wären nicht gezwungen, sich zwischen den von der Gewerkschaft vorgeschlagenen Kandidaten zu entscheiden.

Die Gewerkschaftsvertreter scheinen ihre wesentliche Aufgabe auch vielmehr in der Einbringung von übergeordneten Arbeitnehmerinteressen und gesamtwirtschaftlichen Aspekten zu sehen. Dies hat schon die Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann- und Hans-Böckler-

158 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707 unter Berufung auf die Ergebnisse der Biedenkopf-Kommission; so auch Klebe/Köstler, FS Wißmann, S. 443ff., 447; Brinkmann, S. 274.

Stiftung dargelegt.¹⁵⁹ Die Gewerkschaftsvertreter scheinen zu Bewahrern außergesellschaftlicher Arbeitnehmerinteressen zu werden. Damit verlangt man beinahe Unmögliches von ihnen: Die Gewerkschaftsvertreter sollen nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens, von denen sie gewählt werden, sondern auch die Interessen aller Betriebe des Unternehmens, der außerunternehmerischen Arbeitnehmerschaft und das Unternehmensinteresse berücksichtigen.

Daneben sind in jüngerer Zeit Bedenken erhoben worden, inwieweit die Gewerkschaften überhaupt daran interessiert sind, alle beteiligten Interessen angemessen zu berücksichtigen. Nach Buchner haben gerade die Widerstände der Gewerkschaften gegen die betrieblichen Bündnisse für Arbeit belegt, dass die Gewerkschaften der Wahrung der Tarifordnung oder grundsätzlichen gewerkschaftspolitischen Erwägungen den Vorrang vor den Interessen der Arbeitnehmer einräumen.¹⁶⁰ Auch Loritz weist darauf hin, dass Betriebsräte sehr viel stärker dazu bereit seien, wesentliche und notwendige Entscheidungen – eventuell auch zulasten der Arbeitnehmer – mitzutragen, als die Gewerkschaften. Diese entfachten vielfach überflüssige Grundsatzdiskussionen.¹⁶¹ Mag man auch über die gewerkschaftliche Position im Rahmen der betrieblichen Bündnisse für Arbeit und ihre Berechtigung geteilter Auffassung sein, so deuten die praktischen Erfahrung eher darauf hin, dass gewerkschaftstaktische und rein ideologische Überlegungen, die sich nicht mit den Unternehmensinteressen decken, Verhandlungen gravierend belasten können.¹⁶² Daneben erscheint es fraglich, ob überhaupt eine Legitimation zur Einbringung von Interessen besteht, die über das Unternehmensinteresse hinausgehen. Insbesondere für die Einbringung von sog. übergeordneten Arbeitnehmerinteressen. Dazu ist zunächst zu erörtern, inwieweit solche Interessen bestehen und um welche Interessen es sich hierbei handelt. Angeführt werden die langfristige Arbeitsmarktentwicklung und der Ausgleich mit den Interessen anderer Arbeitnehmer.¹⁶³ Eine solche Argumentation steht freilich auf wackeligen Beinen, denn die Mit-

159 Hans-Böckler-Stiftung/Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 97.

160 Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 616; nach Schneevoigt, ZfA 2005, S. 233ff., 238 ist es zu Ausschlussdrohungen von Gewerkschaftsseite gegenüber Betriebsräten gekommen, die einer betriebswirtschaftlich notwendigen Maßnahme zugestimmt hatten.

161 Loritz, ZfA 1991, S. 1ff., 7; selbst der maßgeblich am Erlass des Mitbestimmungsgesetzes beteiligte Alt-Kanzler Helmut Schmidt, der selbst mehrere Aufsichtsratsmandate ausgeübt hat, äußert in dieser Hinsicht Bedenken in: Helmut Schmidt, Außer Dienst, 2008, S. 33.

162 Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 7 MitbestG Rn. 56; kritisch auch Niehues, DB 1995, S. 285ff., 286.

163 Kühling, S. 43.

bestimmung im Aufsichtsrat ist unternehmensbezogen. Übergeordnete Faktoren fallen in die Zuständigkeit der Verbände und nicht eines Unternehmensorgans. Es ist der Arbeitnehmerseite grundsätzlich nicht verwehrt, solche Überlegungen mit zu berücksichtigen, ihre Verpflichtung bezieht sich aber auf das Unternehmensinteresse. Dieses genießt Vorrang vor allgemeinen politischen Erwägungen und der Arbeitsmarktpolitik. Verständlich ist dies besonders unter Berücksichtigung der Idee der Unternehmensmitbestimmung. Sie soll von ihrer Konzeption her eine gleichgewichtige und gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an den unternehmerischen Entscheidungen ermöglichen,¹⁶⁴ denn diese Entscheidungen betreffen auch ihren Arbeitsplatz und damit ein wesentliches Element ihrer Persönlichkeitsentfaltung. Muss es deswegen nicht gerechtfertigt sein, wenn ein Arbeitnehmervertreter bei Entscheidungen im Aufsichtsrat primär auf die Auswirkungen auf seinen und die Arbeitsplätze der Belegschaft, die ihn gewählt hat, konzentriert?

In jüngerer Zeit wurde verstärkt darauf hingewiesen, dass die immer komplexer und vielschichtiger werdende Industriestruktur in Deutschland auch dazu geführt hat, dass die Regelung der Arbeitsbedingungen immer schwieriger wird.¹⁶⁵ Ein übergeordnetes Arbeitnehmerinteresse lässt sich aufgrund dessen nur schwer ermitteln und gewerkschaftlich organisieren.¹⁶⁶ Es ist zu beobachten, dass sich deshalb die hochspezialisierten Spartengewerkschaften, wie etwa der Marburger Bund, Cockpit etc. immer größerer Beliebtheit erfreuen, wohingegen die großen Gewerkschaften, wie z.B. ver.di, Mitglieder verlieren.¹⁶⁷ Diese Entwicklung wird man nicht zuletzt darauf zurückführen können, dass sich die Arbeitnehmer in kleinen, auf ihren Beruf zugeschnittenen Gewerkschaften besser vertreten fühlen, als in den branchenübergreifenden Gewerkschaften. Auch diese Entwicklung mag Zweifel daran aufkommen lassen, inwiefern der Gedanke der Vertretung übergreifender Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat durch Gewerkschaftsfunktionäre heute noch uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann. Insbesondere, wenn man davon ausgeht, dass die Tendenz zur Bildung von spezialisierten Gewerkschaften auch dazu führen wird, dass in einem Unternehmen mit verschiedensten Berufszweigen, auch verschiedenste Gewerkschaften vertreten sein werden, jedoch nur maximal drei Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden können. Sieht man nun die Gewerkschaftsvertreter als Vertreter übergeordneter Arbeitnehmerinteressen, so müssten diese mit der Wahl in den Aufsichtsrat von Vertretern einer be-

164 BTDrucks. 7/2172, S. 17; Ulmer in: Ulmer/Henssler/Habersack, Einl. Rn. 2; vgl. auch Wiedemann, GesR I, S. 594; Boewer, DB 1980, S. 673ff., 673.

165 Vgl. Ladeur, AöR 131, S. 643ff., 660.

166 Ladeur, AöR 131, S. 643ff., 661; vgl. auch Kittner, S. 717.

167 Vgl. Rieble, ZfA 2005, S. 245ff., 245.

stimmten Berufsgruppe zu jenen eines übergeordneten Arbeitnehmerinteresses werden. Andererseits sind die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder vom Wohlwollen ihrer Gewerkschaft abhängig, um überhaupt bei der nächsten Wahl wieder kandidieren zu können. Dass dies sowohl das Legitimationsdefizit der Gewerkschaftsvertreter verstärkt als auch die Arbeit des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes wie des Aufsichtsrats selbst verkompliziert, ist absehbar. Mir erscheint es ausreichend, wenn solche unternehmensübergreifenden Überlegungen von unternehmensangehörigen Arbeitnehmern, die in der Regel auch Gewerkschaftsmitglieder sind, in die Aufsichtsratsarbeit eingebracht werden. Insbesondere dann, wenn man den Arbeitnehmern die Möglichkeit eröffnet, externe Vertreter nach ihren Vorstellungen in den Aufsichtsrat zu wählen.

b. Das „überlieferte freie Wahlrecht“

In seinem Gedankengang zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung misst das BVerfG anscheinend dem „überlieferten freien Wahlrecht“¹⁶⁸ eine große Bedeutung zu. Es geht dabei davon aus, dass die Wahl von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsrat als spiegelbildliche Regelung zum Entsenderecht der Hauptversammlung bzgl. externer Vertreter (vgl. § 101 AktG), wie zum Beispiel Bankenvertretern, zu verstehen sei.¹⁶⁹ Dieser Vergleich kann nicht überzeugen, denn der Hauptversammlung wird im Aktienrecht ein Entsenderecht zugesprochen.¹⁷⁰ Bei § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG handelt es sich um eine Zwangsrepräsentation. Im Gegensatz dazu bleibt es der Hauptversammlung freigestellt, ob sie von ihrem Entsenderecht für externe Aufsichtsratsmitglieder Gebrauch macht oder nicht, und für welche Kandidaten sie sich entscheidet. Bei der Wahl der Gewerkschaftsvertreter hat die Gewerkschaft jedoch das Vorschlagsrecht (§ 16 II MitbestG). Die Rolle der Arbeitnehmer des Unternehmens bei dieser Wahl beschränkt sich damit auf die Bestätigung der Vorschläge der Gewerkschaften.¹⁷¹ Auch die Mitbestimmungskommission von 2006 ging davon aus, dass es sich de facto um ein Entsenderecht der Gewerkschaften handelt.¹⁷²

168 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707.

169 Buchner, ZfA 2006, S. 597ff, 614.

170 Vgl. Koch, S. 40.

171 Vgl. Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 615.

172 Bericht der Kommission Mitbestimmung der Bundesregierung, S. 21. abrufbar unter: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2001-2006/200612/Anlagen/2006-12-20-mitbestimmungskommission,property=publicationFile.pdf>.

Als überliefertes Wahlrecht kommt nach Buchner daneben nur § 4 I 2 Nr. 2b i.V.m. § 6 II MontanMitbestG in Betracht.¹⁷³ Jedoch kann auch diese Regelung nicht als Vorschrift über ein freies Wahlrecht angesehen werden, führt sie doch genauso wie § 7 II i.V.m. 16 II MitbestG zu einem faktischen Entsenderecht der Gewerkschaften. Auch diese Argumentation kann demnach nicht überzeugen.

c. Externer Sachverstand

Für die Vereinbarkeit der Beteiligung externer Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat mit Art. 9 I GG wird angeführt, sie ermögliche es, externen Sachverstand in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen.¹⁷⁴ Dass die Arbeitnehmervertreter die Möglichkeit haben müssen, den gleichen Sachverstand in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen wie die Anteilseigner, ist Grundvoraussetzung für eine wirksame Unternehmensmitbestimmung und daher nicht infrage zu stellen. Es lässt sich ferner nicht leugnen, dass Gewerkschaftsfunktionäre in der Regel über ein umfassendes tarifpolitisches, rechtliches und allgemein politisches Wissen verfügen. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass die Arbeit im Aufsichtsrat vor allem Kenntnisse im kaufmännischen und unternehmenspolitischen Bereich voraussetzt. Nach der Kompetenzzuordnung im Aktiengesetz hat der Aufsichtsrat in erster Linie die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Dies geschieht im Regelfall durch Überprüfung von vorgelegten Berichten und der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen. Ob ein Gewerkschaftsfunktionär besser für diese Aufgabe geeignet ist, als ein interner Arbeitnehmervertreter lässt sich bezweifeln. Sollte doch einmal der Fall eintreten, dass ein Aufsichtsratsmitglied sich nicht in der Lage sieht, eine Entscheidung ohne Hinzuziehung von Sachverstand zu treffen, so kann er externe Berater für sich in Anspruch nehmen. Freilich soll und darf dieser Weg nicht zum Dauerzustand werden. Daneben erscheint es ohnehin fraglich, inwiefern allgemeiner politischer Sachverstand im Aufsichtsrat überhaupt erforderlich ist. Selbst wenn man einen solchen für notwendig hält, dürfte dieser ausreichend von den in einer Vielzahl von Aufsichtsräten vertretenen Politikern repräsentiert werden. Genauso kann der rechtliche Sachverstand von den, ebenfalls im großen Umfang in Aufsichtsräten vertretenen, Juristen eingebracht werden. Soweit bezweifelt wird, dass damit auch der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat gedient ist, sei daraufhin gewiesen, dass eine Wahlmöglichkeit bzgl. der externen Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat den Zugriff auf den nötigen Sachverstand im gleichen Maße ermöglichen würde. Dies wäre sogar noch viel effektiver, da auch

173 Vgl. Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 615.

174 BVerfGE 50, S. 290ff., 361 = NJW 1979, S. 699ff., 707; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 7 Rn. 3.

andere Sachverständige als die Gewerkschaftsvertreter gewählt werden könnten. Insofern würde die Normierung eines freien Wahlrechts der Arbeitnehmer nicht dazu führen, dass dem Aufsichtsrat Expertenwissen entzogen würde. Ein solches Wahlrecht stellt sich als milderes und besser geeignetes Mittel zur Erreichung einer gleichgewichtigen Teilhabe der Arbeitnehmer an der unternehmerischen Entscheidung dar.

d. Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse

Um seine Argumentation noch zu untermauern, betont das BVerfG die Verpflichtung jedes Aufsichtsratsmitgliedes auf das Unternehmensinteresse.¹⁷⁵ Ob diese Verpflichtung das Unternehmen vor einer Fremdbeeinflussung durch die Gewerkschaftsvertreter zu schützen vermag, ist mit Recht zu bezweifeln. Das Unternehmensinteresse ist – wie noch zu zeigen sein wird – ein dehnbarer, höchst unscharfer Begriff. Konsens über dessen Auslegung besteht nur hinsichtlich des berühmten kleinsten gemeinsamen Nenners zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Damit sind in erster Linie Erhaltung und Rentabilität des Unternehmens gemeint.¹⁷⁶ Teilweise wird vertreten, dass das Unternehmensinteresse auch öffentliche Belange umfasse.¹⁷⁷ Dass hier die Willensbildung des Unternehmens trotz der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse dem Einfluss von Fremdinteressen ausgesetzt wird, ist offensichtlich. Die Gewerkschaftsvertreter werden in erster Linie die Interessen ihrer Gewerkschaft im Aufsichtsrat verfolgen, sind sie doch auf das Wohlwollen der Gewerkschaft angewiesen, um für eine weitere Amtszeit kandidieren zu können.

e. Demokratische Legitimation

Die Unternehmensmitbestimmung wird von den Gewerkschaften häufig mit dem Demokratieprinzip legitimiert,¹⁷⁸ was durchaus berechtigt ist: Die sog. „Demokratisierung der Wirtschaft“ ist heute ein begründetes Anliegen, tragen die Arbeitnehmer doch durch ihre Arbeitsleistung wesentlich zum Erfolg eines Unternehmens bei. Zu untersuchen ist jedoch, ob die

¹⁷⁵ BVerfGE 50, S. 290ff., 374 = NJW 1979, S. 699ff., 710.

¹⁷⁶ Vgl. Raiser, ZGR 1978, S. 391ff., 396.

¹⁷⁷ So Raisch, FS Hefermehl, S. 347ff., 352f.; Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1617; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil 4 B Rn. 111; Naendrup, AuR 1977, S. 268ff., 271.

¹⁷⁸ Vgl. etwa Dietmar Hexel, GMH 2004, S. 199ff., 200ff. „Demokratie darf nicht vor den Werkstüren enden“; „Zukunft der Mitbestimmung – Mehr Demokratie wagen“, Hamburger Erklärung der ver.di Gewerkschaften vom 12.04.2000 abgedruckt in AiB 2000, S. 326f.; dazu auch Schwegler in: PraxiskommMitbestG, Einl. Rn. 1ff.

„Demokratisierung der Wirtschaft“ auch eine Sitzreservierung für die Gewerkschaften erfordert.

Sofern eine demokratische Legitimation der Unternehmensleitung durch die ihr sozusagen untergebenen Arbeitnehmer angestrebt wird, kann dies eine Beteiligung der Gewerkschaften in Form eines exklusiven Vorschlagsrechts kaum rechtfertigen.¹⁷⁹ Zunächst ist festzuhalten, dass die bundesdeutschen Gewerkschaften nach einem Mitgliederboom in den 70er Jahren heute mit einem starken Mitgliederschwund zu kämpfen haben.¹⁸⁰ Zwischen 1991 und 2001 verloren die DGB-Gewerkschaften mehr als ein Drittel ihrer Mitglieder.¹⁸¹ 2005 waren nur noch etwa 25% der Arbeitnehmer in DGB-Gewerkschaften organisiert.¹⁸² Vor allem in der aufstrebenden Dienstleistungsbranche ist der Organisationsgrad äußerst gering.¹⁸³ Da Gewerkschaften hinsichtlich ihrer Ressourcen und Legitimation als Interessenvertretungsorganisation der Beschäftigten auf eine breite Mitgliederschaft angewiesen sind, stellt dieser Mitgliederrückgang eine deutliche Schwächung der Gewerkschaften dar.¹⁸⁴ Dieser Befund verstärkt die ohnehin bestehenden Zweifel an der demokratischen Legitimation der Gewerkschaften zur Vertretung gesamtwirtschaftlicher Interessen.¹⁸⁵ Die Gewerkschaften mögen zwar intern demokratisch organisiert sein, demokratische Legitimation, verstanden als eine Herrschaft des gesamten Volkes, kann, wie Bockenförde¹⁸⁶ nachgewiesen hat, allerdings nicht aus gruppeninterner Demokratisierung resultieren. Gewerkschaften sind keine Vertreter des gesamten Volkes bzw. der gesamten Arbeitnehmerschaft, sondern nehmen die Interessen ihrer Mitglieder

179 Raiser, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I, B 5ff., B 98; in diese Richtung auch Stettes, S. 43, der bemängelt, dass die Interessen der organisierten Arbeitnehmer auf diese Weise höher gewichtet werden, als diejenigen der nicht organisierten.

180 Mielke, <http://www.bpb.de/wissen/05486304311190219974222478301936.html>; Däubler, Rn. 48.

181 Mielke, <http://www.bpb.de/wissen/05486304311190219974222478301936.html>; Kittner, S. 715 geht sogar von unter 25% aus, Franz, ZAF 2005, S. 268ff., 280 von 23%.

182 <http://de.wikipedia.org/Gewerkschaften>.

183 Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 613.

184 Mielke, <http://www.bpb.de/wissen/05486304311190219974222478301936.html>.

185 So ausdrücklich Rieble in: Rieble, S. 1ff., 16f.; Reuter in: Kritik: Recht im Sozialen Rechtsstaat, S. 197ff., 203; Adams, ZIP 2006, S. 1561ff., 1566; vgl. auch Franz, ZAF 2005, S. 268ff., 271 und 279f.; Stettes, AG 2007, S. 611ff., 617.

186 Bockenförde in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band II, § 24 Rn. 29f.

wahr.¹⁸⁷ Sie sind gerade auch vor dem Hintergrund des Mitgliederrückgangs den Interessen ihrer Mitglieder und des Verbandes verpflichtet.¹⁸⁸ Mögen die Gewerkschaftsfunktionäre tatsächlich gesamtwirtschaftliche Aspekte bei ihrer Arbeit berücksichtigen, eine demokratische Legitimation besteht dafür nicht. Schwerdtfeger erkennt dies an, wählt allerdings noch eine andere Argumentation: Die Interessen der Mitglieder der Gewerkschaften seien in vielen Bereichen deckungsgleich mit den Interessen der Allgemeinheit. Daraus leitet er ab, die Anwesenheit der Gewerkschaftsvertreter begünstige eine für die Allgemeinheit positive Entscheidung des Unternehmens, welche in Zukunft auch von den Gewerkschaften mitgetragen werde.¹⁸⁹ Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Konsequenz zu Ende gedacht, müsste sie nicht nur zu einer Beteiligung der Gewerkschaften, sondern auch der Arbeitgeberverbände führen. Die Gewerkschaften würden verständlicherweise die Allgemeininteressen aus Sicht der Arbeitnehmer definieren.¹⁹⁰ Um aber ein einigermaßen realistisches Bild von den Allgemeininteressen zu erhalten, bedürfte es eines Interessenausgleichs mit den Arbeitgeberverbänden.

Möglicherweise ließe sich eine Legitimation der von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder daraus herleiten, dass diese auch noch von der Belegschaft gewählt werden müssen. Die Gewerkschaften nehmen diese Wahl jedoch anscheinend selbst nicht wirklich ernst und sehen die Gewerkschaftsvertreter als von ihnen delegierte Vertreter an.¹⁹¹ Den Widerspruch zwischen dem demokratischen Anspruch als Grundlage der Unternehmensmitbestimmung und der Sitzreservierung für Gewerkschaftsvertreter führt ein Vergleich mit den Wahlen auf dem politischen Parkett plastisch vor Augen: Jeder würde es heute für verfehlt halten, wenn für eine Partei bereits vor der Wahl eine bestimmte Anzahl von Sitzen in einem Parlament reserviert wäre.¹⁹²

187 So auch Schwerdtfeger, S. 137; Richardi, FS Scholz, S. 337ff., 343.

188 Ähnlich Rittner, FS Werner, S. 731ff., 732; Flume, ZGR 1978, S. 678ff., 689; eine mitglieder- und belegschaftsnahe Organisation der gewerkschaftlichen Interessenvertretung fordert etwa Martens, S. 220f.

189 Schwerdtfeger, S. 138.

190 Nagel, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 267.

191 Vgl. „Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsratsstätigkeit“ des DGB herausgegeben von der Hans-Boeckler-Stiftung, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_araete_10.pdf.

192 Beispiel nach Rieble, ZfA 2005, S. 245ff., 254. Eine Ausnahme stellt insoweit der vermehrt angezweifelte Sonderfall der dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein dar, der seine eigene Rechtsfertigung in einem besonderen, auch historisch bedingten Minderheitenschutz hat, die mit dem hiesigen Problem nicht vergleichbar ist.

Auch unter einem weiteren Gesichtspunkt lässt sich die demokratische Legitimation der Zwangsrepräsentation der Arbeitnehmerschaft durch externe Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat anzweifeln. Im Extremfall könnte die Gewerkschaftsmitgliedschaft eines Arbeitnehmers zur Repräsentation dieser Gewerkschaft durch einen Vertreter im Aufsichtsrat führen. Verstärkt wird das Legitimationsdefizit durch die geringe Wahlbeteiligung bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter. Nach Schneevoigt betrug die Wahlbeteiligung bei der letzten Wahl lediglich 45,1% bzw. 43,1% bei den leitenden Angestellten.¹⁹³ Schon während des Gesetzgebungsverfahrens zum Mitbestimmungsgesetz hatte die CDU/CSU-Fraktion angeregt, den Arbeitnehmern der Unternehmen die Wahl einzuräumen, ob sie eine interne Repräsentation oder eine teilweise Repräsentation durch Externe für sinnvoll erachten. Sie sollten selbst bestimmen können, durch wen sie im Aufsichtsrat vertreten werden wollen. Dieser Antrag wurde von der damaligen Regierungskoalition aus SPD und FDP allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass es „auch nach dem System des kollektiven Arbeitsrechts unrichtig wäre, einen Gegensatz zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitnehmern, deren Interesse sie im Unternehmen und gesamtwirtschaftlich vertreten, zu unterstellen.“¹⁹⁴ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Gewerkschaften in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder vertreten müssen. Dass es insofern zu einem Interessengegensatz zwischen den gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern und den nicht oder anders Organisierten kommen kann, ist nicht fernliegend. Dies zeigt insbesondere die Auseinandersetzung im Rahmen der betrieblichen Bündnisse für Arbeit.¹⁹⁵ Sicherlich kann es Situationen geben, in denen ein nichtunternehmensangehöriges und sachverständiges Aufsichtsratsmitglied Konflikten unbefangener begegnen und dadurch besser zu einer angemessenen Lösung beitragen kann. Sollte dies in einem Unternehmen der Fall sein, so spricht nichts dagegen, Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat zu wählen. Eine solche Wahlmöglichkeit, im Gegensatz zur zwingenden Repräsentation, würde auch der Situation auf der Anteilseignerseite entsprechen.

f. Veränderte wirtschaftliche Verhältnisse

Weiterhin sind Bedenken an der Regelung des § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG im Hinblick auf die erweiterten Aufgaben und den gesteigerten Einfluss des Aufsichtsrats auf die Unternehmenspolitik geäußert worden.¹⁹⁶ Der Aufsichtsrat gilt heute nicht mehr nur als Organ der repressiven Überwachung, sondern übernimmt mehr und mehr beratende

193 Schneevoigt, ZfA 2005, S. 233ff., 242.

194 BTDrucks. 7/4845 S. 5.

195 Vgl. dazu etwa Walker, FS Wiese, S. 603ff., 605f.

196 Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 625.

Aufgaben. Die Informationsrechte des Aufsichtsrats sind insbesondere 1998 durch das KonTraG ausgeweitet worden. Der Aufsichtsrat ist seitdem teilweise sogar schon im Planungsstadium über unternehmerische Entscheidungen zu informieren. Auch wenn diese Überlegungen bezüglich des erweiterten Einflusses des Aufsichtsrats meiner Überzeugung nach nicht zwingend gegen eine Beteiligung von externen Gewerkschaftsfunktionären im Aufsichtsrat sprechen, so mag man durchaus berechtigte Zweifel daran haben, ob die brisanten Informationen über die grundsätzliche Unternehmensplanung bei den Gewerkschaftsfunktionären gut aufgehoben sind. Zumal sich auf Gewerkschaftsseite hartnäckig die Meinung hält, die Verschwiegenheitspflicht bestehe nicht gegenüber dem Betriebsrat und der Belegschaft.¹⁹⁷

g. Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften

Möglicherweise lässt sich jedoch eine Beteiligung der Gewerkschaften in den Aufsichtsräten der vom MitbestG erfassten Unternehmen rechtfertigen, in dem man diese für von der Koalitionsfreiheit umfasst ansieht. Art. 9 III GG fordert zwar keine Unternehmensmitbestimmung. Sofern der Gesetzgeber sich, wie geschehen, entschließt, eine solche einzuführen, muss er den Gewerkschaften aber die Möglichkeit eröffnen, sich an dieser zu beteiligen.¹⁹⁸ Eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit aufgrund der Koalitionsfreiheit wurde vom BVerfG nicht in Erwägung gezogen.¹⁹⁹ Sie stößt auch auf grundlegende Bedenken.

Zwar fällt einerseits, wie das BVerfG festgestellt hat, das Recht der Koalitionen sich an den vom Gesetzgeber geschaffenen Institutionen zur Vertretung der Arbeitnehmer zu beteiligen, unter die Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG,²⁰⁰ andererseits lässt sich zu Recht bezweifeln, ob auch die zwingende Besetzung eines Teils der Aufsichtsratssitze mit externen Gewerkschaftsvertretern verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Wenn man mit Hanau davon ausgeht, dass das BVerfG „einen Kernbereich der

¹⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich unter D II 2 d bb; kritisch auch Bruder, S. 25.

¹⁹⁸ Vgl. BVerfG, NZA 2004, S. 1395ff., 1397; Fahrtmann/Coen in: Benda/Maihofer/Vogel, § 19 Rn. 28; Richardi, ArbR der Gegenwart 1975, S. 19ff., 41; Jahnke, S. 30f.; Säcker, ArbR der Gegenwart 1974, S. 17ff., 56f., der einen Ausschluss des Wahlrechts hinsichtlich außerbetrieblicher Arbeitnehmervertreter für verfassungswidrig hält; a.A. Kemper, S. 148ff. m.w.N.; anscheinend auch Raiser, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I, B 5ff., B 95.

¹⁹⁹ Vgl. Hanau, ZGR 1979, S. 524ff., 532, der darauf hinweist, dass das BVerfG die Vorschriften über die Wahl der Gewerkschaftsvertreter zwar gebilligt, aber nicht mit der Koalitionsfreiheit in Verbindung gebracht hat.

²⁰⁰ BVerfG, NZA 2004, S. 1395ff., 1397; so auch Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 Rn.305.

Betätigung im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung als Ausfluss des Art. 9 III GG betrachtet,²⁰¹ so ist dieser Kernbereich schon dadurch gewährleistet, dass den Gewerkschaftslisten jedenfalls bei der Delegiertenwahl ein erheblicher Einfluss zukommt. Hanau selbst erwähnt in diesem Zusammenhang nur das Recht der Gewerkschaften, vor den Wahlen Werbung betreiben zu können.²⁰² Die Wahlvorschläge für die nicht von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter sind in der Praxis „Gewerkschaftslisten“. Dass es den Gewerkschaften erlaubt ist, dafür zu sorgen, dass auf mit ihrem Namen überschriebenen Listen auch nur ihre Mitglieder kandidieren, wurde bereits oben erwähnt.²⁰³ Dazu kommt die Möglichkeit, unter Androhung eines Verbandsausschlusses Mitglieder, die auf Listen anderer Gewerkschaften kandidieren wollen, von ihrem Vorhaben abzuhalten. Nimmt man alle diese Einfluss- und Betätigungsmöglichkeiten zusammen, so bedarf es zur Wahrung der Koalitionsbetätigungsgarantie der Gewerkschaften keines zwingenden Vorschlagsrechtes der Gewerkschaften mehr.²⁰⁴ Ein Anspruch der Gewerkschaften auf Repräsentanz im Aufsichtsrat ist abzulehnen.²⁰⁵

4. Ergebnis

Damit erweisen sich die vom BVerfG vorgebrachten Argumente für die Rechtfertigung der Zwangsrepräsentation von Gewerkschaftsfunktionären gem. § 7 II MitbestG als nicht tragfähig. Auch wenn der Eingriff durch das exklusive Vorschlagsrecht der Gewerkschaften nur die Peripherie der Vereinigungsfreiheit berührt, kann er wie gezeigt nicht sachlich gerechtfertigt werden. Dieser Befund muss zur Verfassungswidrigkeit des Vorschlagsrechts der Gewerkschaften in § 7 II i.V.m. § 16 MitbestG führen.

II. Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG

Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung von § 7 II MitbestG war dessen Vereinbarkeit mit Art. 9 III GG. Hatte das BVerfG 1979 noch keine Verletzung der Koalitionsfreiheit feststellen können, so betonte es in seiner Entscheidung doch nachdrücklich, dass der Gesetzgeber beim Erlass eines Gesetzes, dessen zukünftige Auswirkungen noch nicht genau absehbar sind, über einen Prognosespielraum verfügt.²⁰⁶ Es behielt sich lediglich die Überprüfung der Prognose im Hinblick auf deren Vertretbar-

201 Hanau, ZGR 1979, S. 524ff., 532.

202 Hanau, ZGR 1979, S. 524ff., 532.

203 Ausführlich dazu unter Teil G IV.

204 A.A. Kempen, FS Richardi, S. 587ff., 599.

205 Nagel, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 267; vgl. auch Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 Rn. 305.

206 BVerfGE 50, S. 290ff., 331ff. = NJW 1979, S. 699ff., 701f.

keit und Sachgerechtigkeit vor.²⁰⁷ Das Gericht stellte wiederholt klar, dass der Gesetzgeber zu Korrekturen an der gesetzlichen Regelung verpflichtet ist, sollte sich seine Prognose im Nachhinein als fehlerhaft erweisen.²⁰⁸ Bezüglich des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit führt es aus:

„Sollte sich allerdings ergeben, dass die bestehenden Regelungen nicht ausreichen, die prinzipielle Gegnerunabhängigkeit der Koalitionen wirksam zu sichern, und dass deshalb die nachhaltige Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder nicht mehr gewährleistet ist, so ist es Sache des Gesetzgebers, für Abhilfe zu sorgen.“

Es stellt sich somit die Frage, ob bzw. inwieweit die zwingende Repräsentation von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat und die Koalitionsfreiheit aus heutiger Sicht miteinander vereinbar sind. Wenn sich schon das kollektive Arbeitsrecht in einem ständigen Fluss befindet, so gilt dies für das Koalitionsrecht in besonderem Maße. In Anbetracht der Tatsache, dass das Urteil des BVerfG bald 30 Jahre zurückliegt, lohnt sich ein Blick auf die Veränderungen der Rechtslage, die seitdem eingetreten sind.

1. Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände bzw. des einzelnen Arbeitgebers

Schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens und vor dem Urteil des BVerfG wurde ausführlich darüber gestritten, ob die Unternehmensmitbestimmung generell und auch die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat mit der Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbandes vereinbar ist. Insbesondere ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das BVerfG in seinem Urteil nur einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände thematisiert. Die Koalitionsfreiheit des einzelnen Arbeitgebers hat das Gericht nicht angesprochen.²⁰⁹ In der Konstellation, dass das mitbestimmte Unternehmen selbst als Tarifpartner auftritt, zum Beispiel beim Abschluss eines Firmentarifvertrages, sind Einflüsse deutlich naheliegender. Das BVerfG musste auf diese Konstellation damals jedoch nicht eingehen, denn das einzelne Unternehmen konnte sich durch Eintritt in den Arbeitgeberverband der Gefahr entziehen, unmittelbar tariflicher Gegenspieler der Gewerkschaft zu werden. Erst seit 2002 ist durch das BAG²¹⁰ anerkannt, dass ein Firmentarifvertrag auch gegenüber einem organisierten Unternehmen erstreikbar ist, sofern keine Friedenspflicht mehr besteht.²¹¹ Das Unternehmen kann sich damit nicht mehr

²⁰⁷ BVerfGE 50, S. 290ff., 333f. = NJW 1979, S. 699ff., 701f.

²⁰⁸ BVerfGE 50, S. 290ff., 335 = NJW 1979, S. 699ff., 702.

²⁰⁹ R.Schmidt, Der Staat 1980, S. 235ff., 259.

²¹⁰ BAG, RdA 2003, S. 356ff.

²¹¹ Vgl. dazu auch Bayreuther, NZA 2007, S. 1017ff., 1018f.

dem unmittelbaren Einfluss der Gewerkschaften entziehen, sondern zum direkten Gegenspieler der Gewerkschaften werden.

a. Der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit ist als Doppelgrundrecht ausgestaltet.²¹² Sie gewährleistet damit jedem Einzelnen das Recht zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, Vereinigungen zu bilden und sich im Rahmen der Koalitionsaktivitäten zu beteiligen.²¹³ Als Kollektivgrundrecht schützt Art. 9 III GG auch die Koalitionen selbst in ihrem Bestand und ihrer Betätigung.²¹⁴ Die Koalitionsfreiheit gewährleistet weiterhin, die koalitionsspezifischen Entscheidungen ohne Einfluss der Gegenseite treffen zu können.²¹⁵ Diese sog. Gegnerunabhängigkeit bedeutet mit anderen Worten aus Sicht des Unternehmens, dass dieses alle koalitionsspezifischen Entscheidungen frei von Einflüssen durch die Arbeitnehmerseite treffen können muss. Die Koalition darf weder durch personelle Verflechtung noch durch Mittelzuwendung oder auf organisatorischem Wege von ihrem tariflichen Gegenspieler beeinflusst werden.²¹⁶ Die Gegnerfreiheit ist solange gewahrt, wie es der gegnerischen Koalition nicht möglich ist, die Willensbildung im jeweiligen Verband oder im Rahmen eines Firmentarifvertrages des einzelnen Arbeitgebers zu beeinflussen.²¹⁷ Die Gegnerunabhängigkeit ist zudem heute nahezu unbestrittene Voraussetzung für die Tariffähigkeit einer Koalition und damit für die Möglichkeit, überhaupt Tarifpartner zu sein.²¹⁸ Davon ausgehend, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und insbesondere die dortige Repräsentation der Gewerkschaften zur Gegnerabhängigkeit der Koalitionen führt, wären sämtliche mitbestimmten Gesellschaften bzw. deren Koalitionen nicht mehr tariffähig. Daraus ist vereinzelt gefolgert worden, dass damit die Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems einhergehe.²¹⁹

²¹² Hromadka/Maschmann, § 12 Rn. 33; Löwer in: von Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 68.

²¹³ Vgl. Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 63f.; Säcker, ArbR der Gegenwart 1974, S. 17ff., 17; Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 37f.; Kissel, § 4 Rn. 5; Lieb/Jacobs, Rn. 429ff.

²¹⁴ Hromadka/Maschmann, § 12 Rn. 33; Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 44; die gegen-
teilige Auffassung kommt über die Anwendung von Art. 19 III im Ergebnis zu
einem gleichartigen Grundrechtsschutz der Koalitionen, in diesem Sinne etwa
Höfling in: Sachs, Art. 9 Rn. 67; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 Rn. 22ff., und 170.

²¹⁵ Vgl. BVerfGE 50, S. 290ff., 373 = NJW 1979, S. 699ff., 710; Maunz/Dürig-
Scholz, Art. 9 Rn. 208.

²¹⁶ Wiedemann, RdA 1976, S. 72ff., 73.

²¹⁷ Wiedemann, RdA 1976, S. 72ff., 74.

²¹⁸ Vgl. Wiedemann-Oetker, TVG, § 2 Rn. 298ff.; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9
Rn. 208; HWK/Henssler, § 2 TVG, Rn. 9ff.

²¹⁹ Grundlegend Zöllner/Seiter, ZfA 1970, S. 97ff., 131ff.

b. Eingriff

Diesem Grundsatz der Gegnerfreiheit könnte die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat widersprechen, da sie diesen, wie auch den anderen Arbeitnehmervertretern, eine Mitentscheidungsbefugnis im Rahmen von Aufsichtsratsbeschlüssen einräumt. Hat der Aufsichtsrat über koalitionsspezifische Fragen zu entscheiden, so sind damit grundsätzlich auch die Arbeitnehmervertreter und darunter die Gewerkschaftsvertreter an der Entscheidung beteiligt. Das BVerfG sah es als unmöglich an, festzustellen, inwieweit das Mitbestimmungsgesetz der Arbeitnehmerseite einen Einfluss auf die Koalitionen der Arbeitgeber eröffnet.²²⁰ An dieser Aussage hat sich bis heute nichts geändert, ist doch ein möglicher Einfluss von zu vielen individuellen Faktoren und nicht zuletzt von der Organ- und Entscheidungsstruktur des jeweiligen Arbeitgeberverbandes abhängig. Vollmer geht hingegen davon aus, dass in der Regel der Arbeitsdirektor die Aktiengesellschaft im Verband vertritt und dadurch ein verfassungsrechtlich relevanter Einfluss der Arbeitnehmerseite auf den Arbeitgeberverband eröffnet würde.²²¹ Gegen diese Argumentation ist einzuwenden, dass schon das BVerfG klargestellt hat, dass es Sache der Arbeitgeberkoalitionen ist, durch Satzungsregelungen einen etwaigen Einfluss der Arbeitnehmerseite auszuschließen.²²² Auch dem einzelnen Unternehmen bzw. seinem Vorstand ist es ohne Weiteres möglich, in der Satzung festzulegen, dass gerade nicht der Arbeitsdirektor für die Vertretung im Arbeitgeberverband zuständig ist, sofern man einen zu starken Einfluss der Arbeitnehmerseite auf die Koalition befürchtet.

aa. Tatsächliche Einflussmöglichkeiten

Näher liegend als ein nicht messbarer Einfluss der Arbeitnehmerseite auf den Arbeitgeberverband ist ein entsprechender Einfluss der Arbeitnehmer auf den einzelnen Arbeitgeber als Tarifpartner im Rahmen eines Haustarifvertrages. Hier ist eine solche Einwirkung insofern denkbar, als die Arbeitnehmervertreter unter Umständen bei der Beschlussfassung im Aufsichtsrat über koalitionspolitische Entscheidungen mitzubestimmen haben. Könnten sich die Arbeitnehmervertreter bei solchen Entscheidungen durchsetzen, so ließe sich mit guten Gründen ein Eingriff in die Autonomie des Arbeitgebers im Falle eines Haustarifkonflikts annehmen. Der Vorstand der mitbestimmten Aktiengesellschaft könnte keine koalitionsspezifischen Maßnahmen, wie beispielsweise im Arbeitskampf, mehr ergreifen, die der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen. Die Frage, wie weit der Einfluss der Gewerkschaftsvertreter und der

220 BVerfGE 50, S. 290ff., 374 = NJW 1979, S. 699ff., 710.

221 Vollmer, S. 152ff.

222 BVerfGE 50, S. 290ff., 375 = NJW 1979, S. 699ff., 710.

anderen Arbeitnehmer auf die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft als Arbeitgeber tatsächlich reicht, ist kaum zu beantworten. Auch hier sind die Einflussmöglichkeiten von verschiedenen Faktoren abhängig. Im Weiteren soll zumindest ein kurzer Überblick über die verschiedenen Determinanten gegeben werden.

(1.) Gesetzlicher Einfluss

Geht man zunächst nur von den gesetzlichen Regelungen aus, so ergibt sich folgendes Bild. Solange der Aufsichtsratsvorsitzende, der zumindest nicht gegen die Stimmen der Anteilseignervertreter gewählt werden kann, und die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat geschlossen abstimmen, können weder die Gewerkschaftsvertreter noch die Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat einen ihnen ungelegenen Beschluss des Gremiums verhindern. Zu dieser Erkenntnis lässt sich noch die Tatsache hinzufügen, dass die Arbeitnehmerseite auch mit leitenden Angestellten besetzt ist, deren Verhalten bei Abstimmungen sich noch mit Abstand am schwierigsten einschätzen lässt. Häufig werden die Interessen und die Erwartungen an das Rollenverhalten der leitenden Angestellten und der anderen Arbeitnehmer divergieren.²²³ Laut einer Studie des Berliner Instituts für Sozialforschung, die sich mit der Arbeit im Aufsichtsrat aus Sicht der leitenden Angestellten beschäftigt hat, sehen sich die leitenden Angestellten in aller Regel als Mittler zwischen Vorstand und Arbeitnehmern.²²⁴ Erst im Laufe der Zeit scheint nach der Untersuchung eine Integration der leitenden Angestellten in die „Arbeitnehmerbank“ zu erfolgen.²²⁵ Die leitenden Angestellten sind, wie Raiser es ausgedrückt hat, „kein zuverlässiger Bündnispartner der Arbeitnehmer“.²²⁶ Somit liegt die Vermutung nahe, dass kein verfassungsrechtlich relevanter Einfluss der Arbeitnehmerseite auf die Willensbildung im Aufsichtsrat festzustellen ist. Grundlage dieser Argumentation müsste allerdings die Annahme sein, dass die Anteilseignerseite und die Arbeitnehmerseite immer geschlossen abstimmen werden. Ob dies tatsächlich der Fall ist, erscheint zumindest aufseiten der Anteilseigner trotz der in der Praxis regelmäßig stattfindenden Vorbesprechungen der beiden „Bänke“ zweifelhaft. Die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat setzt sich nicht nur aus Aktionärsvertretern, sondern häufig auch aus Bankenvertretern, Wirtschaftsprüfern oder ehemaligen Vorstandsmitgliedern zusammen. Dass auch hier ein Interessenpluralismus festzustellen ist, lässt sich nicht infrage stellen. Bezweifelt

223 Vgl. zum Rollenverhalten Lutter, FS Coing Band 1, S. 565ff., 570f.

224 Vgl. Ulrich/Lippert, S. 16, abrufbar unter: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2005/iii05-301.pdf>.

225 Vgl. Ulrich/Lippert, S. 16f., abrufbar unter: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2005/iii05-301.pdf>.

226 Raiser, NJW 1976, S. 1337ff., 1339.

man deshalb, wie zum Teil in der Literatur,²²⁷ dass die Anteilseigner geschlossen abstimmen werden und deshalb das ihnen gesetzlich eingeräumte Übergewicht nicht nutzen können, so lässt sich jedoch einwenden, dass die Anteilseignerversammlung in einem solchen Fall die Zustimmung des Aufsichtsrats noch mit einer Dreiviertelmehrheit ersetzen kann. Hält man dagegen ein einheitliches Abstimmungsverhalten der Anteilseigner in der Regel für möglich, folgt daraus, dass sich die Anteilseignerseite bei einer Kampfabstimmung im Aufsichtsrat durchsetzen kann.

Alleine dieser Befund anhand der rechtlichen Grundlagen demonstriert, dass es in der Tat kaum möglich ist, eine allgemeingültige Aussage über die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu treffen.²²⁸ Letztlich stellt das Gesetz den Anteilseignern jedoch mit dem Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gem. § 29 II MitbestG und dem Ersetzungsrecht der Hauptversammlung gem. § 111 IV 2 AktG ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung, um diesen die Letztentscheidung zu sichern. Auch an dieser Stelle ist noch einmal auf die Argumentation des BVerfG zu verweisen. Die Hauptversammlung hat es grundsätzlich in der Hand, Zustimmungsvorbehalte in tarifpolitischen Fragen, aus der Satzung zu streichen und damit eine Entscheidung im Aufsichtsrat zu verhindern. Selbst wenn der Aufsichtsrat ad hoc einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt begründen sollte, ist wieder auf die leichte Überparität der Anteilseigner zu verweisen.

(2.) Psychologische Einflüsse

Neben den gesetzlichen Einflussmöglichkeiten hat das BVerfG auch rein psychologische Einflüsse für denkbar gehalten.²²⁹ Belastungen könnten sich nach Ansicht des Gerichts auch daraus ergeben, dass sich ein Vorstandsmitglied in der Tarifkommission auf der Gegenseite Aufsichtsratsmitgliedern seines Unternehmens gegenüber sieht, die über seine Wiederwahl zu entscheiden haben.²³⁰ Daraus wurde in der Literatur teilweise gefolgert, dass das Vorstandsmitglied in einer solchen Situation nicht in der Lage sei, die Interessen des Unternehmens nachhaltig zu vertreten und so nachgiebiger gegenüber der Arbeitnehmerseite sei.²³¹ Die Gefahr in einer Tarifkommission einem der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat gegenüberzusitzen kann allerdings als gering bezeichnet werden, zumal

²²⁷ Richardi, AöR 1979, S. 546ff., 551.

²²⁸ Diese wird auch von den zahlreichen Einzelfallbeispielen bei Martens, S. 185, 193ff. untermauert. Martens kommt dann im Ergebnis auch zur gleichen Schlussfolgerung, S. 198.

²²⁹ BVerfGE 50, S. 290ff., 376f. = NJW 1979, S. 699ff., 711.

²³⁰ BVerfGE 50, S. 290ff., 377 = NJW 1979, S. 699ff., 711.

²³¹ Vollmer, S. 151ff.

die Gewerkschaften immer wieder betonen, man achte auf eine Trennung von Tarifpolitik und Mitbestimmung.²³² Selbst wenn aber diese personelle Trennung strikt durchgehalten wird, so lässt sich allerdings noch nicht ausschließen, dass sich das Verhalten eines Vorstandsmitglieds zum Beispiel in Tarifverhandlungen durchaus bis zu den Gewerkschaftsvertretern weiterspricht. Auch wenn die Gewerkschaftsvertreter nicht weisungsabhängig sind, so erscheint es doch möglich, dass sie ihre Stimme bei der nächsten Vorstandswahl dazu einsetzen könnten, einen bei der Gewerkschaft ungeliebten Verhandlungspartner loszuwerden und auch die restlichen Arbeitnehmer in diesem Sinne zu beeinflussen versuchen. Mag dies eine Vorstandswahl zwar nicht verhindern – sofern sich die Anteilseigner und der Aufsichtsratsvorsitzende für das Vorstandsmitglied aussprechen – so wird bei Vorstandswahlen doch sehr darauf geachtet, dass es gerade nicht zu Kampf abstimmungen kommt.²³³ Die Vorstandsmitgliedschaft eines nur unter Protest der Arbeitnehmervertreter gewählten Vorstandsmitglieds würde schon deshalb unter schwierigen Vorzeichen stehen. Ein psychologischer Einfluss dieser Umstände auf das Verhalten einzelner Vorstandsmitglieder lässt sich demnach nicht ganz ausschließen. Allerdings sind das Ausmaß und die Einwirkung dieses Einflusses so sehr vom Einzelfall und insbesondere von der Persönlichkeit des Vorstandsmitglieds abhängig, dass das BVerfG mit Recht davon ausgegangen ist, dass diese Konfliktsituationen durch die Fachgerichte einer Lösung im Einzelfall zuzuführen sind.²³⁴ Eine verfassungsrechtlich relevante Einwirkung auf die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberkoalitionen kann damit nicht festgestellt werden.

bb. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass § 7 II MitbestG nicht gegen die Koalitionsfreiheit der Gesellschaft als Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverbände verstößt.

2. Negative Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer

In der verfassungsrechtlichen Diskussion wurde die Frage wenig beachtet, ob das Vorschlagsmonopol der Gewerkschaften eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer darstellt.²³⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich zu der Frage nicht

232 So im Ergebnis auch der Beschluss des LG Frankfurt vom 11.05.2005, Az. 2-06 O 369/04.

233 Vgl. Martens, S. 197.

234 BVerfGE 50, S. 290ff., 377 = NJW 1979, S. 699ff., 711.

235 Ausführlicher wohl nur Höpp, DB 1978, S. 2318f.; Kühling, S. 36f.; Buchner, ZfA 2006, S. 597ff., 628f.

geäußert, da nur Grundrechte der Gesellschaften und der Arbeitgeberverbände Beschwerdegegenstand waren. Neben der positiven Koalitionsfreiheit gewährleistet Art. 9 III GG auch das Recht, einer Koalition fernzubleiben.²³⁶ Nichtorganisierte Arbeitnehmer werden durch Art. 9 III GG vor einem unmittelbaren oder mittelbaren Koalitionszwang geschützt.²³⁷ Verfassungsrechtliche Bedenken wurden von Höpp geäußert.²³⁸ Es sei mit der negativen Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer nicht zu vereinbaren, dass diese sich von 2 oder 3 Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat repräsentieren lassen müssten.²³⁹ Geht man davon aus, dass die Gewerkschaften in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder vertreten,²⁴⁰ so könnten sich in der Tat Bedenken ergeben. Die nichtorganisierten Arbeitnehmer wären einerseits gezwungen – wollten sie sich nicht ihrer Stimme enthalten – Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat zu wählen, die dort im Konfliktfall die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder vertreten. Andererseits sollen die Gewerkschaften nach der Konzeption des Gesetzgebers auch übergreifende Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen. Davon wären dann auch die Interessen der nichtorganisierten Arbeitnehmer umfasst. Nach diesem Ansatz würde in der Regel Interessenidentität zwischen den organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern bestehen.²⁴¹ Auch wenn man sich, wie im Rahmen dieser Arbeit vertreten, kritisch zur Einbringung von allgemeinen Arbeitnehmerinteressen in die Aufsichtsratsarbeit stellt, bleibt doch Folgendes zu berücksichtigen: Der Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer ist dadurch Genüge getan, dass der überwiegende Teil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht von den Gewerkschaften vorgeschlagen wird. Die nichtorganisierten Arbeitnehmer haben im Rahmen der Aufsichtsratswahl die Möglichkeit, Wahlvorschläge einzureichen und durch die Wahl des Kennwortes für die Liste zu verdeutlichen, dass auf dieser Liste nur nichtorganisierte Arbeitnehmer kandidieren. Aufgrund des geringen gewerkschaftlichen Organisationsgrades ist es nicht unwahrscheinlich, dass solche Listen auch Erfolg haben werden. Im Ergebnis werden damit die nichtorganisierten Arbeitnehmer weder gezwungen einer Gewerkschaft beizutreten, noch können sich die Interessen der organisierten Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aufgrund der Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im Konfliktfall durchsetzen.

236 Vgl. Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 Rn. 169 und 226ff.

237 Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 Rn. 227; vgl. auch Säcker, ArbR der Gegenwart 1974, S. 17ff., 29.

238 Höpp, DB 1978, S. 2318f.

239 Höpp, DB 1978, S. 2318f., 2318; dagegen Kühling, S. 36f.

240 Dies scheint auch Kühling so zu sehen, S. 36.

241 So Kühling, wenn er von konvergierenden Interessen der Belegschaft spricht, S. 36.

III. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Neben Art. 9 II und III GG wird teilweise Art. 3 I GG gegen das Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für zwei oder drei Aufsichtsratsmitglieder angeführt. Diese Regelung verstoße gegen die Wahlrechtsgleichheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer.²⁴² Ein solcher Verstoß könnte aber nur dann vorliegen, wenn die beiden Gruppen – organisierte und nichtorganisierte Arbeitnehmer – bei der Wahl zum Aufsichtsrat ungleich behandelt würden.²⁴³ Dies wäre etwa der Fall, wenn die organisierten Arbeitnehmer eine bestimmte Anzahl von Aufsichtsratsitzen für sich beanspruchen könnten.

Die Regelung des § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG führt dagegen nicht zu einer solchen Ungleichbehandlung. Jeder Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob er organisiert ist oder nicht, hat den gleichen Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats. Insbesondere haben auch die nichtorganisierten Arbeitnehmer durch ihre Stimme den gleichen Einfluss auf die Wahl der Gewerkschaftsvertreter wie ihre organisierten Kollegen. Die Bedenken, dass auch die nichtorganisierten Arbeitnehmer sich im Aufsichtsrat von Gewerkschaftsvertretern repräsentieren lassen müssen, gehören wie oben bereits erörtert in den Bereich der negativen Koalitionsfreiheit. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt damit nicht vor.

IV. Reformbestrebungen

An der Reformbedürftigkeit der Unternehmensmitbestimmung bestehen keine Zweifel. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass unser Mitbestimmungsmodell unter sozialen Gesichtspunkten einen großen Gewinn darstellt. Deshalb darf eine Rechtsordnung, die die Würde des Menschen in den Mittelpunkt stellt, nicht mehr an einer Berechtigung der Mitbestimmung zweifeln.²⁴⁴ Die geäußerten Befürchtungen, die Mitbestimmung werde Investoren abschrecken und führe zu unangemessenen wirtschaftlichen Belastungen, lassen sich weder statistisch noch faktisch belegen.²⁴⁵ Die Grundlagen der Unternehmensmitbestimmung sollten deshalb nicht angetastet werden. Vielmehr sorgt die Unternehmensmitbestimmung in vielen Fällen für sozialen Frieden im Unternehmen, indem sie den Arbeitnehmern Einsicht in die Politik des Unternehmens verschafft und durch die gemeinsame Entscheidung im Aufsichtsrat nicht zu-

242 So die Antragsgegner im Verfahren LG Frankfurt, Beschluss vom 05.11.2005, Az. 2-06 O 369/04.

243 LG Frankfurt, Beschluss vom 05.11.2005, Az. 2-06 O 369/04.

244 Loritz, ZfA 1991, S. 1ff., 7.

245 Vgl. Hans-Böckler-Stiftung/Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 11 und Henssler in: Baums/Ulmer, S. 133ff., 147, der die verschiedenen Studien zusammengestellt hat.

letzt dazu führt, dass die Arbeitnehmerseite wichtige Entscheidungen mitträgt. Ob man auch in Deutschland eine Verhandlungslösung nach europäischem Vorbild einführen sollte, sei dahingestellt. Nimmt man aber den Mitbestimmungszweck, für eine demokratische Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen zu sorgen, ernst, so wäre es in Bezug auf die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat wünschenswert und verfassungsrechtlich notwendig den Arbeitnehmern eine tatsächliche Wahlmöglichkeit bezüglich ihrer Repräsentanten zu gewähren.²⁴⁶ Eine gesetzliche Zwangsrepräsentation der Gewerkschaften widerspricht, gerade in Zeiten des gesunkenen gewerkschaftlichen Organisationsgrades, jeglichen demokratischen Anspruchs und ist, wie oben dargelegt verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Oft wird am Mitbestimmungsrecht kritisiert, dass es zu Interessenskonflikten führe, wie sie am „Fall Bsirske“ sichtbar geworden seien.²⁴⁷ Es ist nicht zu bestreiten, dass das Mitbestimmungsgesetz solche Konflikte zumindest in Kauf nimmt, wenn nicht sogar provoziert.²⁴⁸ Ob man deswegen den Gesetzgeber bemühen sollte, ist zumindest fraglich, wenn sich auch anhand des geltenden Rechts interessengerechte Lösungen finden lassen. Dass sich solche Lösungen in manchen Einzelfällen entwickeln lassen, wird die vorliegende Abhandlung zeigen.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Teil C

Bei der Untersuchung der Vereinbarkeit von § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG mit dem Grundgesetz hat sich ergeben, dass die Vorschrift gegen die Vereinigungsfreiheit der vom Gesetz umfassten Gesellschaften verstößt. Ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände, der Gesellschaften selbst oder auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer liegt dagegen genauso wenig vor wie ein Verstoß gegen die Wahlrechtgleichheit aus Art. 3 I GG.

²⁴⁶ Dagegen möchte die Kommission Mitbestimmung der Bundesregierung an der zwingenden Repräsentation der Gewerkschaften festhalten, vgl. Bericht der Kommission Mitbestimmung 2006, S. 23ff.

²⁴⁷ Adams, ZIP 2006, S. 1561ff., 1566; Franz, ZAF 2005, S. 268ff., 269.

²⁴⁸ Häuser, S. 76.

D. Die Stellung der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat und im Unternehmen

Um eine angemessene Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Gewerkschaftsarbeit, Aufsichtsratsmandat und Unternehmensinteresse zu finden, soll zunächst untersucht werden, inwieweit sich mögliche Interessenkonflikte eines Aufsichtsratsmitgliedes aus Gewerkschaftskreisen überhaupt, im Unternehmen bemerkbar machen und auswirken können. Dazu gehört die Darstellung der Rechts- und Pflichtenstellung und darüber hinaus eine Erörterung der Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsratsmitgliedes auf die Unternehmensleitung. Um den Umfang der Abhandlung in Grenzen zu halten, beziehen sich die folgenden Ausführungen nur auf die nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 mitbestimmte Aktiengesellschaft und GmbH. Die Montanmitbestimmung und das Drittelbeteiligungsgesetz werden, genauso wie die übrigen mitbestimmungsrelevanten Kapitalgesellschaften, außer Acht gelassen.²⁴⁹

I. Die Stellung des Aufsichtsrats in der Verfassung der Aktiengesellschaft

Um ein möglichst genaues Bild der Einflussmöglichkeiten eines Aufsichtsratsmitgliedes zeichnen zu können, soll an dieser Stelle zunächst einer kurzer Überblick über die Kompetenzen des Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungs-, Aktien- und GmbH-Recht gegeben werden.²⁵⁰

1. Bestellung und Abberufung der Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans

Zu den wohl wesentlichsten Kompetenzen des Aufsichtsrats gehört die alleinige Zuständigkeit für die Bestellung der Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans gem. § 31 MitbestG. Durch sie bezweckt der Gesetzgeber, die Unternehmensleitung durch die Arbeitnehmer- und Anteilseigenerseite gleichermaßen zu legitimieren. Welch hohe Bedeutung der Gesetzgeber dieser Kompetenz des Aufsichtsrats zuerkannt hat, zeigt sich bereits anhand der Tatsache, dass durch das Mitbestimmungsgesetz für die Wahl der Mitglieder des Vertretungsorgans ein detailliert ausgeformtes Verfahren geschaffen worden ist, welches den Einfluss der Arbeitnehmervertreter auf die Wahl sicher stellen soll (vgl. § 31

²⁴⁹ Verwiesen sei etwa auf die Abhandlung von Kleine, Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten von Genossenschaften, Münster 1993.

²⁵⁰ Vgl. zu diesem Zusammenhang, Gerum/Steinmann/Fees, S. 63ff., S. 121ff.; vgl. zu den Kompetenzen die Zusammenfassung von Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 281 Rn. 1ff.

MitbestG).²⁵¹ Der Aufsichtsrat hat damit alleinigen Einfluss auf die Besetzung des Vorstands der mitbestimmten Aktiengesellschaft sowie die Bestellung der Geschäftsführer in der mitbestimmten GmbH. Die Bestellung des gesetzlichen Vertretungsorgans richtet sich nach § 31 II-IV MitbestG. Das gleiche Verfahren gilt für die Abberufung eines Mitglieds des Vertretungsorgans. Auch dafür ist der Aufsichtsrat allein zuständig. Zusätzlich kann der Aufsichtsrat in der mitbestimmten Aktiengesellschaft eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen, § 77 II AktG. Damit ist es ihm unter anderem möglich, die Ressortverteilung zwischen den Vorstandsmitgliedern zu regeln.²⁵²

2. Weitere Kompetenzen

Während bei der Aktiengesellschaft der Vorstand das Unternehmen in eigener Verantwortung leitet (§ 76 AktG), hat der Aufsichtsrat die Funktion eines Überwachungsorgans (§ 111 I AktG). Er kann damit grundsätzlich nicht selbst Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen (§ 111 IV 1 AktG). Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats umfasst alle Leitungsmaßnahmen, mit anderen Worten die Kontrolle der Tätigkeit des Vorstands.²⁵³ Die Kompetenz des Aufsichtsrats ist allerdings nicht auf eine repressive Überprüfung von Geschäftsführungsmaßnahmen, zum Beispiel durch Überprüfung des Abschlussberichts, des Lageberichts und des Vorschlags zur Verwendung des Bilanzgewinns (§ 171 I 1 AktG), beschränkt. Insbesondere durch die Begründung von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 IV 2 AktG²⁵⁴ wird dem Aufsichtsrat eine Art „Veto-Recht“ vor der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt.²⁵⁵ Der Vorstand darf eine geplante Geschäftsführungsmaßnahme bei Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat nur dann durchführen, wenn die Hauptversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung der GmbH mit Dreiviertelmehrheit der Maßnahme zugestimmt hat (§ 111 IV 3 AktG). Folglich hat der Aufsichtsrat durch die Verweigerung der Zustimmung zu einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen die Möglichkeit, seiner Ansicht nach fehlerhafte Entscheidungen des Vorstands bzw. der Geschäftsführer bereits im Vorfeld zumindest einer erneuten Entscheidung zuzuführen oder diese ganz zu verhindern. Bei der Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu

251 Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 254.

252 Vgl. Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 251.

253 Lutter/Krieger, Rn. 63.

254 Umfassend zu den Zustimmungsvorbehalten vgl. Fonk, ZGR 2006, S. 841ff.

255 Zu den empirischen Daten bezüglich der Abhängigkeit des Einflusses des Aufsichtsrats von der Anzahl der Zustimmungsvorbehalte und der Entscheidungsprozesse vgl. Gerum/Steinmann/Fees, S. 121ff.

unternehmerischen Maßnahmen verfügt der Aufsichtsrat über einen Ermessensspielraum.²⁵⁶

Ein Zustimmungsvorbehalt kann nicht nur durch die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats statuiert werden, sondern auch durch einen sog. „ad hoc“-Beschluss des Aufsichtsrats, den dieser nach pflichtgemäßem Ermessen treffen kann.²⁵⁷ Daneben hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, Geschäftsführungsmaßnahmen von grundlegender Bedeutung in der Hauptversammlung diskutieren zu lassen.²⁵⁸ Ihm steht das Recht und die Pflicht zu, jederzeit eine Hauptversammlung einzuberufen, sofern das Wohl der Gesellschaft dies erfordert (§ 111 III AktG).

3. Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat

Um den Vorstand effektiv überwachen zu können, bedürfen die Aufsichtsratsmitglieder umfassender Berichte des Vorstands über die Geschäftsabläufe. Deshalb muss der Aufsichtsrat als Gremium, aber auch das einzelne Aufsichtsratsmitglied in der Lage sein, sich diejenigen Informationen zu beschaffen, die für eine Beurteilung der im Aufsichtsrat zu erörternden Themen benötigt werden. § 90 I 1 AktG verpflichtet den Vorstand aus diesem Grund zur Berichterstattung über die dort genannten Gegenstände wie Rentabilität, Umsatz, Geschäftspolitik, Liquidität, Investitions- und Personalplanung.²⁵⁹ Daneben existiert eine Art Generalklausel in § 90 I 3 AktG, wonach der Vorstand dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats aus „sonstigen wichtigen Anlässen“ zu berichten hat. Hierunter fallen auch die Berichte über etwaige Arbeitskämpfe.²⁶⁰

Mit der Berichtspflicht des Vorstands korrespondiert das Recht des Aufsichtsrats jederzeit einen Bericht des Vorstands über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen (§ 90 III 1 AktG). Ein solches Berichtsverlangen kann auch von nur einem Aufsichtsratsmitglied durchgesetzt werden, aber lediglich in dem Sinne, dass an den Aufsichtsrat als Gremium zu berichten ist (§ 90 III 2 AktG). Neben der Berichtspflicht an den Gesamtaufsichtsrat steht jedem Aufsichtsratsmitglied das Recht zu, Kenntnis von den Berichten zu nehmen (vgl. § 90 V 1 AktG). Sofern die Berichte in Textform erfolgt sind, sind sie dem Aufsichtsratsmitglied auf sein Verlangen hin zu

256 BGHZ 135, S. 244ff., 254f.; Fonk, ZGR 2006, S. 841ff., 866; Dürr, S. 53; Schaefer/Missling, NZG 1998, S. 441ff., 446.

257 Fonk, ZGR 2006, S. 841ff., 851f.; Hüffer, § 111 Rn. 17; Mertens in: KK, § 111 Rn. 79; BGH NJW 1994, S. 520ff., 524.

258 Vgl. Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 251.

259 Siehe auch die Übersicht bei Köstler/Zachert/Müller, Rn. 457ff.

260 Riegger, S. 67; Hüffer, § 90 Rn. 8; Kort in: GroßkommAktG, § 90 Rn. 67; Lutter, Information, S. 23.

übermitteln (vgl. § 90 V 2 AktG). Es ist davon auszugehen, dass die Berichte in einem angemessenen zeitlichen Abstand vor der Aufsichtsratsitzung, deren Gegenstand sie sein sollen, übermittelt werden müssen.²⁶¹ Jedes Aufsichtsratsmitglied bekommt somit die Berichte vor der jeweiligen Sitzung in Textform zugesendet. Nur so hat es die Möglichkeit, sich sachgerecht zu informieren und eventuell vor der Aufsichtsratsitzung noch ergänzende Berichte zu verlangen.

Verweigert der Vorstand unberechtigt einen Bericht an den Aufsichtsrat, so kann der Informationsanspruch etwa im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden. Der Vorstand ist unter Androhung von Zwangsgeld zur Berichterstattung anzuhalten, vgl. § 407 I AktG.

Es lässt sich festhalten, dass die umfassenden Berichtspflichten unmittelbar zu einer Verbesserung der Information der Aufsichtsratsmitglieder und mittelbar zu einer enormen Datensammlung der Gewerkschaften führen können; zumindest bezüglich solcher Informationen, die nicht oder nicht mehr unter die Verschwiegenheitspflicht fallen. Von Gewerkschaftsseite wurde immer wieder die Notwendigkeit einer solchen Datensammlung betont.²⁶²

An dieser Stelle sei abschließend noch auf einen Unterschied zwischen Aktien- und GmbH-Recht hingewiesen. Da weder § 52 GmbH noch § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG einen Verweis auf § 90 I AktG enthalten, besteht in der GmbH keine laufende Berichtspflicht der GmbH-Geschäftsführer gegenüber dem Aufsichtsrat.²⁶³ Im GmbH-Recht wird ausgedessen davon ausgegangen, dass der Aufsichtsrat dazu verpflichtet ist, regelmäßig Berichte von den Geschäftsführern zu verlangen.²⁶⁴

4. Unternehmensplanung und Beratung des Vorstands

Schon im Mitbestimmungsbericht zur Montanmitbestimmung klang noch eine weitere an Bedeutung gewinnende, Aufgabe des Aufsichtsrats an.²⁶⁵ Immer häufiger nimmt der Aufsichtsrat nicht nur Überwachungs-, sondern auch Beratungsaufgaben wahr. Dadurch wird der Aufsichtsrat

261 Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 665; Lutter, Information, S. 96 geht von einem Zeitraum von 3 - 5 Tagen vor der Aufsichtsratssitzung aus.

262 Fangmann, AuR 1980, S. 129ff.; auch Zachert, AuR 1979, S. 311ff., 312; kritisch Stege, DB Beilage Nr. 8 zu Heft 23 1977, S. 1ff., 1 und 7; Lutter, Information, S. 204.

263 Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 105; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 134;

264 Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 105; Lutter/Krieger, Rdn. 1123.

265 Vgl. BTDrucks. 6/334, S. 32.

verstärkt in die Unternehmensplanung mit eingebunden.²⁶⁶ Mit den Worten des BGH ausgedrückt, handelt es sich um eine „in die Zukunft gerichtete Kontrolle“.²⁶⁷ Das KonTraG hat 1998 erstmals eine gesetzliche Grundlage für die präventive Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats geschaffen, indem es den Vorstand verpflichtet, den Aufsichtsrat über „grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung“ (vgl. § 90 I 1 Nr. 1 AktG) zu unterrichten. Umgekehrt wird man aus dieser Regelung auch die Pflicht des Aufsichtsrats ableiten können, entsprechende Informationen zu verlangen.²⁶⁸ Der Aufsichtsrat muss sich folglich mit der Unternehmensplanung auseinandersetzen.²⁶⁹ Er muss zwar nicht jedes Detail der Planung einfordern, hat sich aber ein umfassendes Gesamtbild über die anstehenden Maßnahmen der Geschäftsführung zu machen.²⁷⁰ Vorstandsberichte über die Unternehmensplanung brauchen nicht jedes Detail der Planung wiederzugeben, sie müssen allerdings so ausgestaltet sein, dass der Aufsichtsrat die Planung rational nachvollziehen kann.²⁷¹

Neben der Diskussion und Beratung über die vorgelegte Unternehmensplanung kann der Aufsichtsrat grundsätzlich auch bestimmte Maßnahmen schon im Planungsstadium von seiner Zustimmung abhängig machen.²⁷² Eine Zustimmung zur Planung ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Zustimmung zu einer von der Planung umfassten Einzelmaßnahme. Sofern die Einzelmaßnahme zustimmungspflichtig ist, ist vor ihrer Durchführung die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen.²⁷³

Die Ausweitung der Berichtspflichten in den letzten zehn Jahren lässt das Bestreben des Gesetzgebers erkennen, die Arbeit des Aufsichtsrats effektiver auszugestalten. Eine sinnvolle Überwachungstätigkeit ist nur gewährleistet, wenn der Aufsichtsrat die Möglichkeit hat, sich die benötigten Informationen in einem weiten Umfang zu verschaffen.²⁷⁴ Die andere Seite dieser Entwicklung ist, dass die Aufsichtsratsmitglieder Ein-

266 Vgl. Lutter/Krieger, Rn. 94ff.

267 BGH NJW 1991, S. 1830.

268 Kropff, NZG 1998, S. 613ff., 613.

269 Altmeppen in: Altmeppen/Roth, § 52 Rn. 22; Lutter, AG 1991, S. 249ff., 251.

270 Kropff, NZG 1998, S. 613ff., 613.

271 Lutter, AG 1991, S. 249ff., 252.

272 Kropff, NZG 1998, S. 613ff., 615f.; Spindler in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 70; Gerum/Steinmann/Fees, S. 71ff.; 154ff; MüKoAktG/Habersack, § 111 Rn. 112; Lutter, AG 1991, S. 249ff., 254; einschränkend: Mertens in: KK, § 111 Rn. 68 der meint, es bedürfe in jedem Fall einer näheren Konkretisierung der in Rede stehenden Maßnahme und auf einen möglichen, zu weitgehenden Eingriff in die Geschäftsführungsautonomie des Vorstands hinweist; in diese Richtung auch Kallmayer ZGR 1993, S. 104ff., 109.

273 Kropff, NZG 1998, S. 613ff., 617.

274 Ruhwedel/Epstein, BB 2003, S. 161ff., 164.

blicke in unter Umständen höchst brisante Unternehmensinterna erhalten. Insbesondere haben sie genaue Kenntnis über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Dass diese Informationen gerade den Gewerkschaftsvertretern im Rahmen eines Tarifkonflikts bewusst eingesetzt werden können, ist offensichtlich. Andererseits wird immer wieder daraufhin gewiesen, dass die Kenntnisse aus der Aufsichtsratsarbeit zu einer Versachlichung der Tarifkonflikte geführt haben, weil die Forderungen an die wirtschaftliche Lage des Unternehmens angepasst würden.²⁷⁵ Die Realität wird wohl nicht unerheblich von den beteiligten Personen abhängen. Nicht leugnen lässt sich jedoch die Tatsache, dass die Arbeitskampfstrategie der Gewerkschaft wesentlich vom Durchhaltevermögen des bestreikten Unternehmens abhängt. Auf diese Zusammenhänge wird nachfolgend im Rahmen des Teilnahme- und Informationsrechtsausschlusses genauer eingegangen.²⁷⁶ Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass diese mitbestimmungsspezifische Problemstellung die begrüßenswerte Verbesserung der Kontrollinstrumente des Aufsichtsrats nicht infrage stellen kann. Insbesondere, weil im Gegenzug auch die Strafandrohung für einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht verschärft worden ist.

II. Die Rechts- und Pflichtenstellung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes

Die Rechts- und Pflichtenstellung der Aufsichtsratsmitglieder und auch der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat lässt sich nur aus dem Zusammenwirken von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht heraus vollständig erfassen. Deswegen soll zunächst das grundsätzliche Verhältnis von Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht erörtert werden, bevor dann die einzelnen Rechte und Pflichten, sowie die Einflussmöglichkeiten der Aufsichtsratsmitglieder dargestellt werden können.

1. Das Verhältnis von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht

Das Mitbestimmungsrecht steht im Spannungsverhältnis zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Einerseits dient es als Mittel zur Durchsetzung der Sozialbindung des Eigentums,²⁷⁷ andererseits werden seine Ziele durch gesetzliche Ausgestaltung der Organisation der betroffenen Gesellschaften unter weitgehender Beibehaltung des Gesellschaftsrechts verfolgt.²⁷⁸ Der Gesetzgeber bedient sich im MitbestG 1976 vordergründig

²⁷⁵ Vgl. Kühling, S. 43.

²⁷⁶ Unter Teil E III 3. und 4.

²⁷⁷ BVerfGE 50, 290ff., 343 = NJW 1979, S. 699ff., 703.

²⁷⁸ RegE zum MitbestG, BRDrucks. 200/74, S. 16.

einer recht eindeutigen Verweisungstechnik. Gem. § 25 I 1 MitbestG richten sich die Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, die innere Ordnung und die Beschlussfassung des Aufsichtsrats nach den §§ 27-29, 31 und 32 MitbestG. Daneben sollen, soweit die eben genannten Vorschriften dem nicht entgegenstehen, gem. § 25 I 1 Nr. 1 MitbestG für die mitbestimmte Aktiengesellschaft die Vorschriften des AktG Anwendung finden. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG verweist dann für die mitbestimmte GmbH auf einzelne Vorschriften des AktG. Dabei ist für die Rechts- und Pflichtenstellung der Aufsichtsratsmitglieder vor allem der Verweis auf §§ 107-116 AktG von Bedeutung. Auf die einzelnen Vorschriften wird später genauer einzugehen sein.

Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, dass die Regelungen sehr fragmentarisch geblieben sind.²⁷⁹ Daraus resultiert für die Praxis eine große Anzahl von Unsicherheiten. Von grundsätzlicher Bedeutung ist dabei die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die gesellschaftsrechtliche Regelung in Konflikt mit dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes gerät. Dieser Konflikt wird noch dadurch verschärft, dass das Mitbestimmungsgesetz offensichtlich vom Gesetzgeber aus Sicht der Aktiengesellschaft als dem Sinnbild des Großunternehmens konzipiert ist.²⁸⁰ Dabei wurden gerade die Auswirkungen der Erstreckung des Anwendungsbereichs auf die GmbH unter Verweis auf aktienrechtliche Regelungen wenig bedacht.²⁸¹ Dass diese Konzeption heute bedenklich erscheint, zeigt die Entwicklung der Anzahl der mitbestimmten Gesellschaften. Nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung fielen 1977 282 Aktiengesellschaften unter das Mitbestimmungsgesetz, dagegen nur 175 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Heute hat sich das Verhältnis gewendet: In den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes fielen 2006 319 Aktiengesellschaften und 352 Gesellschaften mit beschränkter Haftung.²⁸²

Das Verhältnis von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht ist auch deshalb von hoher praktischer Relevanz, da der Erlass des Mitbestimmungsgesetzes zu verschiedenen, an Kreativität kaum zu überbietenden

279 Kübler/Assmann, GesR, § 33 II; zu den Hintergründen Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 134f.

280 Wiedemann, BB 1978, S. 5ff., 6; ders. Gesellschaftsrecht I, S. 610; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 261ff., 268; Lieb, JA 1978, S. 261ff., 262; Martens, ZHR 1974, S. 179ff., 209; Kübler/Assmann, GesR, § 33 III 1; Hommelhoff, ZGR 1978, S. 119ff., 120.

281 Vgl. Vollmer, ZGR 1979, S. 135ff., 136; Lieb, JA 1978, S. 261ff., 262; Baumann, ZHR 142, S. 557ff., 558; insbesondere zur Auswirkung auf die Weisungsbefugnis der GmbH-Gesellschafter siehe unter G I.

282 Zahlen abzurufen unter: <http://www.boeckler-boxen.de/1909.htm>.

Strategien zur Vermeidung von Mitbestimmung geführt hat,²⁸³ sei es durch Umorganisation des Unternehmens, durch Verlagerung von Aufsichtsratsbeschlüssen in von Anteilseignerseite dominierte Aufsichtsratsausschüsse oder durch Ausnutzung des Weisungsrechts der GmbH-Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung. Die Zulässigkeit solcher Strategien erscheint vor dem rechtspolitischen Hintergrund des Mitbestimmungsgesetzes zumindest fragwürdig.²⁸⁴ An dieser Stelle soll kurz auf den Meinungsstand zu den Auslegungsgrundsätzen des Mitbestimmungsrechts eingegangen werden, da diese erhebliche Auswirkungen auf die Einflussmöglichkeiten der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, besonders in der mitbestimmten GmbH, haben können. Die einzelnen Strategien zur Abschwächung des Einflusses des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung werden in einem gesonderten Kapitel thematisiert.²⁸⁵

a. Meinungsstand

Die umfangreiche Diskussion über die Auslegungsgrundsätze im Mitbestimmungsrecht hat vereinzelt extreme Positionen hervorgebracht.²⁸⁶ Zum einen wird aus der Entstehungsgeschichte ein übergesetzlicher „Mitbestimmungstelos“ proklamiert, nach dem sich die Auslegung zu richten habe.²⁸⁷ Im diametralen Kontrast dazu wird aufgrund der Lückenhaftigkeit des MitbestG die Auffassung vertreten, dem Gesellschaftsrecht sei bei der Lückenfüllung der Vorrang einzuräumen.²⁸⁸ Von der überwiegenden Mehrheit wird heute dagegen eine mittlere Lösung angestrebt.²⁸⁹ Die Auslegung der betroffenen Vorschriften habe zu einer weitest möglichen Harmonisierung von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht zu führen.²⁹⁰ Mag man sich auch über einen vermittelnden Weg einig sein, so besteht doch in vielen Einzelfragen Uneinigkeit über das Auslegungsergebnis. Die im Rahmen dieser Arbeit wesentlichen

283 Vgl. die Zusammenstellung bei Naendrup, AuR 1977, S. 225ff., 225.

284 Sehr kritisch Naendrup, AuR 1977, S. 225ff., 268ff.

285 Unter Teil G.

286 Vgl. zu den verschiedenen Standpunkten auch Ensich, S. 92ff.

287 Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 13; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 261ff., 264 halten die „Politik des Gesetzes“ für ausschlaggebend.

288 Martens, AG 1976, S. 115ff.

289 Vgl. die Zusammenstellungen von Ulmer/Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 6.

290 ErfK/Oetker, § 25 MitbestG, Rn. 5; Ulmer/Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 6; Raiser/Veil, § 25 Rn. 9ff.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 8; Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG Rn. 7.

Fragestellungen sollen zu einem späteren Zeitpunkt noch näher diskutiert werden.²⁹¹

b. Stellungnahme

Bei der Auslegung des Mitbestimmungsgesetzes ist wie bei jeder anderen Auslegung zunächst vom Wortlaut auszugehen. Wichtige Hinweise liefert hier § 25 I MitbestG. Danach richten sich die innere Ordnung, die Beschlussfassung sowie die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach den §§ 27-29 bzw. 31 und 32 MitbestG und – soweit diese Vorschriften dem nicht entgegenstehen – nach den in den folgenden Nummern genannten rechtsformspezifischen Vorschriften. Dieser Wortlaut scheint vordergründig einen Vorrang des Mitbestimmungsrechts vor dem Gesellschaftsrecht zu statuieren.

§ 25 I MitbestG schließt aber die rechtsformspezifischen Vorschriften nur insofern aus, als die genannten Normen dem entgegenstehen und eben nicht ein dem Gesetz zu Grunde liegender „Mitbestimmungstelos“. Die genannten mitbestimmungsrechtlichen Normen regeln nur einen speziellen Teilaspekt der inneren Ordnung des Aufsichtsrats. Daraus ergibt sich lediglich, dass die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zurückstehen müssen, soweit sie von den §§ 27-29, 31, 32 MitbestG abweichen.²⁹² Aus diesem Befund ergeben sich noch keine Anhaltspunkte für die Auswirkungen auf andere Regelungen. Auch die Gesetzgebungsmaterialien sind in dieser Hinsicht unergiebig.²⁹³ Betonen sie doch einerseits, dass das Mitbestimmungsgesetz die gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme der Arbeitnehmer an der Unternehmensleitung ermöglichen soll, andererseits soll das geltende Gesellschaftsrecht weitgehend beibehalten werden.²⁹⁴ Auch wurde mit dem Erlass des Mitbestimmungsgesetzes gerade nicht beabsichtigt, ein neues Unternehmensrecht zu schaffen.²⁹⁵ Ausschlaggebend für die Auslegung wird damit im Ergebnis neben dem Wortlaut der einzelnen Normen²⁹⁶ der Sinn und Zweck der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen in ihrer Gesamtheit sein und damit die gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme der Arbeitnehmer an der Unternehmensleitung.²⁹⁷ Wobei man den Aspekt der gleichgewichtigen Teilnahme insofern etwas relativieren sollte, als auch das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil betont hat, dass das MitbestG letztendlich nicht zur absoluten Parität im Aufsichtsrat führt, sondern der

291 Unter Teil F.

292 Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 74.

293 Vgl. Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 74.

294 BTDrucks 7/2172, S. 17.

295 Vgl. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 6.

296 Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 74.

297 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 7.

Einfluss der Arbeitnehmer durch das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden immer noch leicht unterparitätisch ist.²⁹⁸ Außerdem kann der Mitbestimmungsgedanke nur insoweit Berücksichtigung finden, als sich für ihn zumindest in Ansätzen ein normativer Ausgangspunkt finden lässt.²⁹⁹ Ein übergeordnetes, vom Gesetz losgelöstes „Mitbestimmungstelos“ als vorrangige Auslegungsmaxime ist damit abzulehnen.³⁰⁰ Anzuerkennen ist allerdings die vom Gesetzgeber gewollte partielle Verdrängung des Gesellschaftsrechts zugunsten der Mitbestimmung.³⁰¹

Geht man also vom Zweck des Gesetzes aus, so werden die gesellschaftsrechtlichen Regelungen trotzdem weiterhin grundsätzlich anzuwenden sein. Geraten sie allerdings in einen Konflikt mit dem Zweck des Mitbestimmungsrechts, werden sie zum Beispiel gezielt dazu eingesetzt, um den Einfluss der Arbeitnehmervertreter zu schwächen oder ganz auszuschließen, so ist der Intention des Gesetzgebers in der Regel der Vorrang einzuräumen. Eine Auflösung des Konflikts im Einzelfall hat sich an dem im Mitbestimmungsgesetz niedergelegten Kompromiss zu orientieren und diesen zu interpretieren.³⁰² Die Lückenfüllung darf jedoch nicht so weit gehen, die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane oder die Organisation der Gesellschaft wesentlich zu verändern.³⁰³ Anzustreben ist eine Harmonisierung beider Rechtsbereiche.³⁰⁴

2. Einzelne Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Alle Aufsichtsratsmitglieder haben nach dem Aktiengesetz die gleichen Rechte und Pflichten.³⁰⁵ Im Folgenden sollen einzelne Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder dargestellt werden, die für die Lösung von Interessenkonflikten von Bedeutung sind.

298 Vgl. dazu Raiser, NJW 1976, S. 1337ff., 1338ff.; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 261ff., 262; Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 136f.; ähnlich Canaris, DB Beilage Nr. 14 zu Heft 26 1981, S. 1ff., 3.

299 Vollmer, ZGR 1979, S. 135ff., 136f.; vgl. auch BGHZ 83, S. 144ff., 148f.

300 Vollmer, ZGR 1979, S. 135ff., 137; Zöllner, AG 1981, S. 13ff., 15; Martens, ZHR 1984, S. 183ff., 184 und 187; Klein, AG 1982, S. 7ff., 10; Lieb/Jacobs, Rn. 951; vgl. auch die ausführliche methodische Kritik von Canaris, DB Beilage Nr. 14 zu Heft 26 1981, S. 1ff., 2f.; zweifelnd auch Koch, S. 123. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 7.

301 Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG Rn. 6.

302 Raiser/Veil, § 25 Rn. 12; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 6; vgl. ausführlich Mertens, AG 1981, S. 113ff., 128.

303 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 11.

304 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 8; Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG Rn. 7ff.

305 Dreher, JZ 1990, S. 896ff., 896; HWK/Seibt, § 25 Rn. 15.

a. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Jedes Organmitglied unterliegt der, in ihrer Organstellung begründeten, gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.³⁰⁶ Durch die Annahme des Aufsichtsratsmandates gelangt das Aufsichtsratsmitglied in ein besonderes Näheverhältnis zum Vermögen der Gesellschaft.³⁰⁷ Die Treuepflicht verlangt bei Interessenkollisionen von dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied zunächst, die kollidierenden Interessen zu erkennen und sich seiner Pflichtenbindung entsprechend zu verhalten.³⁰⁸ Der Deutsche Corporate Governance Codex sieht in Ziff. 5.5.2. vor, dass das Aufsichtsratsmitglied den Interessenkonflikt offenlegt. Von gewerkschaftlicher Seite wird davor gewarnt, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht überzubewerten.³⁰⁹ Sie entstamme dem feudalen Gemeinschaftsverhältnis und sei heute durch die Regelungen der §§ 93, 116 AktG in der Regel überflüssig geworden.³¹⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schon deshalb nicht überflüssig geworden ist, weil die §§ 93, 116 AktG alleine nur die Sorgfaltspflicht bei Ausübung des Amtes regeln.³¹¹ Außerhalb dieses Amtes sind Modifizierungen nötig, bei denen dann – wie noch zu zeigen sein wird – wieder auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zurückgegriffen wird. Richtig an den Ausführungen von Köstler/Zachert/Müller ist jedoch, dass die Treuepflicht des Aufsichtsratsmitgliedes schon aufgrund des Nebenamtscharakters der Aufsichtsrats-tätigkeit nicht unbegrenzt gelten kann. Auch darauf wird zurückzukommen sein.³¹²

aa. Das Unternehmensinteresse

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bindet jedes Aufsichtsratsmitglied an das Unternehmensinteresse.³¹³ Der Begriff des Unternehmensinteresses

306 Krieger in: Krieger/Uwe H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 3 Rz. 23; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 8; Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 55; Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1615; Häuser, S. 23.

307 Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1615.

308 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 66; vgl. auch Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 923.

309 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 682; für überflüssig hält sie Unterhinninghofen in: PraxiskommMitbestG, § 25 Rn. 97.

310 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 682.

311 Vgl. ausführlich Knapp, S. 192ff.

312 Unter D II 2 a bb.

313 Vgl. MüKoAktG/Habersack § 116 Rn. 44 und 46; Koch, S. 128; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 923; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 93; Hoffmann/Preu, Rn. 108f.; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil 4 B Rn. 111; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 5; Fleck, FS Heinsius, S. 89ff., 90; Häuser,

mutet insofern etwas merkwürdig an, als das Unternehmen selbst kein Interessenträger sein kann.³¹⁴ Das Unternehmen hat keine Rechtspersönlichkeit, sondern ist vielmehr ein geistiges Konstrukt.³¹⁵ Jedes Unternehmen wird von zahlreichen Einzelinteressen geprägt. Anteilseigner, Arbeitnehmer, Lieferanten, Kunden und Gläubiger wollen berücksichtigt werden. Diese verschiedenen Interessengruppen verfolgen nicht selten höchst unterschiedliche Ziele.³¹⁶ Der Aufsichtsrat sollte gerade dazu dienen, die verschiedenen Interessen zu einem Ausgleich zu bringen.³¹⁷ Am Ende dieses Vorgangs soll eine aus den Unternehmenszielen entwickelte und auf diese ausgerichtete Entscheidung stehen.³¹⁸ Dabei muss auch der, in aller Regel auf Gewinnerzielung gerichtete Zweck, einer Aktiengesellschaft oder GmbH berücksichtigt werden.³¹⁹

Eine gesetzliche Ausprägung des Unternehmensinteresses gibt es heute, anders als noch im Aktiengesetz 1937, nicht mehr.³²⁰ Der Referentenentwurf zur Neufassung des Aktiengesetzes Ende der 50er Jahre sah zwar zunächst eine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse vor, diese wurde dann aber gestrichen. Dem Gesetzgeber erschien eine solche Verpflichtung offen-

S. 23; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 42; Wilhelm, Rn. 1145; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 15; Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 294; Schwalbach, AG 2004, S. 186ff., 189; kritisch zum Unternehmensinteresse als Pflichtenmaßstab: Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 626ff., der im bei der Abwägung zwischen Anteilseigner und Arbeitnehmerinteressen den Anteilseignerinteressen im Zweifel den Vorrang einräumen will; Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 99 auf Grund der Beliebigkeit der Interpretation des Begriffs; außerdem ablehnend die sog. Shareholder-Value-Konzeptionen, die die Gewinnmaximierung zur Leitmaxime erheben, in diesem Sinne Mülbart ZGR 1997, S. 129ff., 147ff.; für Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 286.; so auch Wessing/Hölter, DB 1976, S. 1671ff., 1671, die dabei jedoch auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt wissen wollen, S. 1672.

314 Hüffer, § 76 Rn. 15; Zöllner, S. 72; so wohl auch Koch, S. 52, der zwar feststellt, dass das Unternehmen Träger von Interessen sein könne, jedoch nur im übertragenen Sinne.

315 Vgl. Zöllner, S. 72; Brinkmann, S. 18; Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 115.

316 Vgl. Kreutz, NZA 2001, S. 472ff., 475.

317 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 36.

318 Vgl. Koch, S. 71f.; Zöllner, S. 73.

319 Vgl. zum Gewinnerzielungszweck der AG Koch, S. 86ff, insbesondere S. 92f.

320 § 70 AktG 1937 lautete: „Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“

sichtlich und folglich eine gesetzliche Regelung überflüssig.³²¹ Selbstredend ist vor einer inhaltsgleichen Übertragung der nationalsozialistisch gefärbten Vorschrift auf das heutige Recht zu warnen.³²² Richtig ist dagegen, dass der Gedanke, die Interessen der am Unternehmen Beteiligten bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, in der Tat als anerkannter Grundsatz gelten kann. Auch unter der Geltung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 hat sich daran nichts geändert.³²³ Es gibt keinen spezifisch mitbestimmungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab, so dass weiterhin der aktienrechtliche Sorgfaltsmaßstab gilt, wie er bereits vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes galt.³²⁴

(1.) Das Unternehmensinteresse als Pflichtenmaßstab

Aus dieser Gesetzeshistorie ergibt sich zunächst, dass die Arbeitnehmervertreter, entgegen teilweise vertretenen Ansicht,³²⁵ nicht ausschließlich an die Interessen der Belegschaft gebunden sind.³²⁶ Auch wenn diese von der Belegschaft gewählt werden müssen, ändert dies auch nach Erlass des Mitbestimmungsgesetzes nichts am Fortbestand der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse. Bei seiner Organtätigkeit hat jedes Aufsichtsratsmitglied damit seine eigenen Interessen und die der von ihm repräsentierten Gruppen letztlich hinter das Interesse des Unternehmens zurückzustellen.³²⁷ Es geht in diesem Zusammenhang also nicht um die Entscheidung, welchem im Unternehmen vertretenen Interesse der Vor-

321 Vgl. Hoffmann, ArbR der Gegenwart 1977, S. 37ff., 38; so auch zur Debatte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum MitbestG Müller, DB 1975, S. 205ff., 209.

322 Vgl. auch Salm, S. 29; Krämer, S. 55.

323 Vgl. Ulmer, Einfluss, S. 36.

324 Hoffmann, ArbR der Gegenwart 1977, S. 37ff., 39; Ulmer, Einfluss, S. 33ff.; zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt man, wenn man mit Krämer das Unternehmensinteresse aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums herleitet, S. 65ff.

325 So für die Beurteilung hinsichtlich der Geheimhaltungsbedürftigkeit einer Information Mayer, Mitbestimmungsgesetz: Textausgabe mit 11 einführenden Aufsätzen, S. 153ff., 159.

326 Insofern übt Henssler in: Baums/Ulmer, S. 133ff., 152, berechnete Kritik daran, dass sich im Fall der Fusion von Vodafone und Mannesmann die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat bei der Beschlussfassung über utopische Vorstandsabfindungen der Stimme enthalten haben, weil Arbeitnehmerinteressen nicht berührt gewesen seien.

327 Raiser/Veil, § 25 Rn. 118; dies., KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 122; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 96; Junge, FS v.Cämmerer, S. 547ff., 556; Hengeler, FS Schilling, S. 175ff., 190; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 42; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 15; Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1615f., der aber nicht eindeutig zwischen Unternehmen und Gesellschaft differenziert.

rang im konkreten Fall gebührt, sondern alle Einzelinteressen sind am Unternehmensinteresse zu messen. Das Unternehmensinteresse begrenzt die egoistische Durchsetzung von Partikularinteressen.³²⁸ Eine Bindung aller Aufsichtsratsmitglieder an das Unternehmensinteresse besteht gerade auch in den Fällen von Interessenkollisionen.³²⁹ Die schutzwürdigen Partikularinteressen sind jedoch bei der Bildung des Unternehmensinteresses zu berücksichtigen.³³⁰ Die Arbeitnehmerinteressen werden somit als Teil des Unternehmensinteresses institutionalisiert.³³¹ Eine Verpflichtung auch der Arbeitnehmervertreter auf das Unternehmens-, und nicht das reine Gesellschaftsinteresse trägt dem Problem Rechnung, dass die Arbeitnehmervertreter sich kaum auf das reine Anteilseignerinteresse verpflichten lassen werden.³³²

(2.) Inhaltliche Konkretisierung des Unternehmensinteresses

Das Unternehmensinteresse lässt sich freilich nur schwer inhaltlich definieren und auf eine prägnante Formel bringen. Paefgen stellte schon 1982 treffend fest, dass über die Bedeutung des Unternehmensinteresses eine „schillernde Palette von Meinungen, inhaltlichen und terminologischen Differenzierungen“ besteht und folgert daraus „erhebliche Schwierigkeiten“ bei der Inhaltsbestimmung.³³³ Bei dieser Feststellung darf in der wissenschaftlichen Diskussion nicht stehengeblieben werden. Aufgrund der weitreichenden Bedeutung des Unternehmensinteresses für die Haftung und insbesondere die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder bedarf es dringend einer inhaltlichen Konkretisierung. Ob die einzelnen vertretenen Ansichten in der Praxis überhaupt zu verschiedenen Ergebnissen führen, darf mit Recht bezweifelt werden, handelt es sich doch in aller Regel um Ausführungen, die sich auf theoretischer und grundsätzlicher Ebene mit dem Unternehmensverfassungsrecht beschäftigen.³³⁴ Im Rahmen dieser Untersuchung kann nicht auf alle Einzelheiten der umfangreichen Diskussion eingegangen werden. Eine solche Auseinandersetzung bedürfte einer eigenen Abhandlung.³³⁵ Es soll vielmehr versucht werden, die groben Ansätze zur Bestimmung des Unter-

-
- 328 Koch, S. 64; Hoffmann/Preu, Rn. 108.1.; ähnlich auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 95; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 15.
 - 329 Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 63; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 93a.
 - 330 Koch, S. 64; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 94.
 - 331 R.Schmidt, Der Staat 1980, S. 235ff., 258.
 - 332 Vgl. auch Raiser, FS R.Schmidt, S. 101ff., 114; ablehnend Koch, S. 62.
 - 333 Paefgen, S. 76; so auch Koch, S. 59; Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 36.
 - 334 Stellvertretend Kunze, ZHR 144, S. 100ff.
 - 335 Vgl. die umfangreichen Auseinandersetzungen von Koch, Brinkmann, Jürgenmeyer und Salm.

nehmensinteresses sowie zur Konkretisierung des Entscheidungsmaßstabes für Aufsichtsratsmitglieder darzustellen und zu einer alltags-tauglichen Lösung zu kommen. Versucht man den Nebel des theoretischen Gefechts um die Unternehmensverfassung an sich etwas zu lichten, so lassen sich für die Praxis folgende relevante Anhaltspunkte festhalten:

(a.) Das Unternehmensinteresse als Abwägungsvorgang

Über die Frage, wie im Einzelfall das Unternehmensinteresse zu ermitteln ist, existieren im Wesentlichen zwei Grundpositionen. Es wäre denkbar das Unternehmensinteresse als Resultat einer umfassenden Interessenanalyse durch jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied und einer sich daran anschließenden Interessenabwägung zu verstehen.³³⁶ Das Unternehmensinteresse bildet von diesem Ansatzpunkt her eine Leitmaxime für die Mandatsträger mit materiellem Gehalt.³³⁷ Das Unternehmensinteresse ist nicht mit den Interessen einer der mit dem Unternehmen verknüpften Gruppen identisch, insbesondere nicht mit dem Gesellschaftsinteresse.³³⁸ Es stellt sich vielmehr als Ergebnis der Interessenvergemeinschaftung durch die Unternehmensorgane dar. Wiedemann spricht sehr treffend vom Unternehmensinteresse als einem „normativen Schmelztiegel“³³⁹ der verschiedenen, das Unternehmen prägenden Interessen. In der Literatur wird teilweise nicht konsequent genug zwischen dem Unternehmens- und dem Gesellschaftsinteresse unterschieden.³⁴⁰

Diese Zielvorstellung des Unternehmensinteresses als Abwägungsergebnis ermöglicht es den Arbeitnehmervertretern, auch die spezifischen Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten, solange das Unternehmensinteresse nicht außer Acht gelassen wird.³⁴¹ Sie sollen schließlich die Be-

336 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 94; Marsch-Barner/Schäfer, § 29 Rn. 7; Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 117.

337 Für materiell rechtliche Ausprägung Koch, S. 63; Hüffer, § 76 Rn. 13; Kroneberg, S. 68ff.; Mertens, AG 1977, S. 306ff., 308; a.A. Kübler/Assmann, GesR, § 14 III 2a.

338 Laske, ZGR 1979, S. 173ff., 182; Schuelper, S. 33f.; Jürgenmeyer, S. 201; vgl. auch Teubner, ZHR 149, S. 470ff., 474f.; a.A. Paefgen, S. 13.

339 GesR I, S. 626.

340 Zum Beispiel Krieger in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 23, der eine Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse annimmt (Rn. 23) und dann bei der Erörterung des Pflichtenmaßstabs bei Interessenkollisionen eine Verpflichtung auf die Interessen der Gesellschaft befürwortet.

341 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 36; Jacklofsky, S. 156; Hoffmann, ArbR der Gegenwart 1977, S. 37ff., 38f.; Koch, S. 136f.; Wlotzke/Wißmann, DB 1978, S. 959ff., 965; Valentin, S. 134; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 93a; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil 4 B Rn. 112; ähnlich MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 46 und

lange der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zur Sprache bringen. Gerade dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung.³⁴² In der Praxis bedeutet dies, dass die Arbeitnehmervertreter in der Diskussion über einen Beschlusspunkt die Belange der Arbeitnehmer ausführen und betonen dürfen, im Rahmen der endgültigen Beschlussfassung ihre Stimme jedoch im Sinne des Unternehmensinteresses abzugeben haben.

Als Grundkonsens über das Ergebnis der Abwägung lässt sich festhalten, dass sowohl der Bestand des Unternehmens, als auch dessen Rentabilität und Erfolg am Markt vom gemeinsamen Interesse der verschiedenen Gruppen umfasst ist.³⁴³ Das Problem besteht nun mehr darin, dass auch diese Begriffe an sich wiederum sehr vage und in vielfältiger Hinsicht interpretierbar sind.³⁴⁴ Deswegen dürfen sie nicht als absolute Werte verstanden werden, sondern nur als Richtlinien, die nicht kritiklos angewandt werden dürfen, sondern einer Nachprüfung im Einzelfall unterzogen werden müssen.³⁴⁵ So sind etwa Einschränkungen hinsichtlich des Bestandes des Unternehmens zu machen. Unter Umständen kann zum Beispiel der Verlust der rechtlichen Selbstständigkeit des Unternehmens durchaus im Unternehmensinteresse liegen, wenn dadurch Arbeitsplätze und die finanziellen Interessen der Anleger besser gesichert werden können, als in einem auf Dauer unrentablen Unternehmen.³⁴⁶ Auch die Rentabilität einer Maßnahme kann nicht nur durch die Aufstellung einer reinen Vorher-Nachher-Kalkulation bestimmt werden, sondern es müssen hierbei ebenso die Auswirkungen der Entscheidung auf die Reputation des Unternehmens, den Betriebsfrieden etc. bedacht werden, die sich schwerlich in Zahlen ausdrücken lassen. Wesentliche Bedeutung erlangt bei der Abwägung durch das einzelne Aufsichtsratsmitglied auch die Berücksichtigung der Unternehmensziele, wie sie die Satzung festschreiben

vor § 95 Rn. 13. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 95; ähnlich auch Kroneberg, S. 75; Jürgenmeyer, S. 201; Raiser, ZGR 1978, S. 391ff., 396; insofern weitergehend: Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 357: Grenze der Interessenvertretung erst bei Willkür.

342 Vgl. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 95; MüKoAktG/Habersack, vor § 95 Rn. 13.

343 Laske, ZGR 1979, S. 173ff., 183; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 264; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 15; Junge, FS v.Cämmerer, S. 547ff., 556; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 94; Dreher, JZ 1990, S. 896ff., 897; Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 123; vgl. auch Eisenhardt, Jura 1982, S. 298ff., 294; Knapp, S. 213; ähnlich Mertens, AG 1977, S. 306ff., 308; unter starker Betonung des Gewinnziels Kroneberg, S. 75.

344 Kritisch auch Jürgenmeyer, S. 100ff.; Krämer, S. 99ff.; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 264.

345 So wohl auch Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 294.

346 Schuelper, S. 39; vgl. auch Koch, S. 149; ähnlich Jürgenmeyer, S. 108.

kann.³⁴⁷ Insbesondere auch in der mitbestimmten GmbH bleiben die Gesellschafter verantwortlich für die Ausrichtung des Unternehmens.³⁴⁸ Ein Stimmverhalten im Aufsichtsrat, welches die vorgegebenen Unternehmensziele missachtet, ist nicht von vorneherein pflichtwidrig, unterliegt jedoch einem erheblichen Rechtfertigungszwang.

(b.) Das Unternehmensinteresse als prozessuale Kategorie

Von einem anderen Ansatzpunkt her ließe sich das Unternehmensinteresse als prozessuale Kategorie verstehen, die Verhaltensregeln für die Aufsichtsratsmitglieder begründet auf deren Grundlage die Entscheidung im Aufsichtsrat zustande kommen soll.³⁴⁹ Damit würde es sich beim Unternehmensinteresse nicht um eine normative Größe handeln, sondern lediglich um eine Verfahrens- und Verhaltensregelung, auf deren Grundlage die Entscheidung des Aufsichtsrats zustande kommen muss.³⁵⁰ Die Aufsichtsratsmitglieder seien danach in erster Linie zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit und Kooperation verpflichtet.³⁵¹ Ziel müsse es sein, einen diskursiven Einigungsprozess zu schaffen, durch den die verschiedenen Teilinteressen optimal abgestimmt würden.³⁵²

(c.) Stellungnahme

Die letztgenannte Lösung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Ein kooperativer Prozess der Interessenvergemeinschaftung ist sicherlich

347 So wohl auch Naendrup, AuR 1977, S. 268ff., 271.

348 Scholz/Uwe H.Schneider, § 43 Rn. 68; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 286.

349 Zöllner, S. 73; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 356; Köstler/Zachert/Müller, Rn. 589; Laske, ZGR 1979, S. 173ff., 196ff.; Teubner, ZHR 149, S. 470ff., 479; wohl auch Nagel, DB 1982, S. 2677ff., 2679; Brinkmann, S. 227, der aber im Ergebnis doch eine Interessenabwägung vom einzelnen Aufsichtsratsmitglied verlangt, wobei dieses aber nicht auf die Wahrnehmung des Gesamtinteresses auszurichten sei, S.271f. Die Gewerkschaftsvertreter hätten sich um eine „wechselseitige, interessenverträgliche und an den Folgen für die Gesamtorganisation orientierte Unternehmenspolitik zu bemühen“, S. 273. Damit führt sein Ansatz wohl in der Regel zum gleichen Ergebnis wie die Gegenansichten. Einen ähnlichen Mittelweg vertritt auch Krämer, S.198ff., der zwar einen materiell rechtlichen Gehalt des Unternehmensinteresses im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht befürwortet, diesen aber im Wesentlichen auf Rentabilitätsaspekte beschränkt und daneben prozessuale Kriterien berücksichtigt wissen will.

350 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 589; Reuter AcP 179, S. 508ff., 518; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 264f.; Laske, ZGR 1979, S. 173ff., 196ff.; wohl auch Nagel, DB 1982, S. 2677ff., 2679

351 Vgl. Brinkmann, S. 271.

352 Teubner ZHR 149, S. 470ff., 484.

wünschenswert und scheint – wie das regelmäßige Fehlen von Kampf-abstimmungen zeigt – auch in vielen Fällen erfolgreich praktiziert zu werden. Dass die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet sind kooperativ mit ihren Kollegen zusammenzuarbeiten und eine sachliche Diskussion zu führen, ist unbestritten. Ein prozessualer Ansatz alleine liefert aber keinen praktikablen Maßstab für die Fälle, in denen eine Einigung nicht erzielt werden kann. Der prozessuale Ansatz bleibt bei der Formulierung der Maßstäbe viel zu vage.³⁵³ Er würde im Ergebnis dazu führen, dass ein Aufsichtsratsmitglied bei seiner endgültigen Entscheidungsfindung seine eigenen Interessen zulasten des Unternehmens vertreten dürfte, solange es sich nur an einer Diskussion kooperativ beteiligt. Warum dann § 116 AktG noch auf § 93 AktG verweist, bleibt schleierhaft. Außerdem liefert dieser Ansatz gerade für den, im Rahmen der vorliegenden Arbeit besonders interessierenden Fall der Interessenkonflikte außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit, etwa in Tarifkonflikten, keinen geeigneten Ansatzpunkt.

An dieser Stelle seien noch gesondert die nach der Konzeption des BVerfG von den Gewerkschaftsvertretern in die Aufsichtsratsarbeit einzubringenden, allgemeinen Arbeitnehmerinteressen bzw. öffentlichen Interessen erwähnt. Soweit sie über das Unternehmen hinausgehende Interessen darstellen, erscheint es höchst fraglich, ob diese in das Unternehmensinteresse zu integrieren sind.³⁵⁴ Eine gesetzliche Stütze für eine Pflicht zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen oder allgemeiner Arbeitnehmerinteressen bei Entscheidungen im Aufsichtsrat gibt es nicht.³⁵⁵ Eine solche Verpflichtung kann nicht aus der Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten gefolgert werden. Mag man auch deren Aufgabe in einer Einbringung von übergeordneten Arbeitnehmerinteressen sehen, so kann daraus noch keine Pflicht aller Aufsichtsratsmitglieder abgeleitet werden. Allerhöchstens könnte man daraus eine entsprechende Verpflichtung der Gewerkschaftsvertreter folgern. Dies würde aber dem Grundsatz der Pflichtengleichheit unter den Aufsichtsratsmitgliedern widersprechen. Öffentlichen

353 So auch Teubner, ZHR 149, S. 470ff., 480f., zu den Ansätzen von Brinkmann und Laske, jeweils a.a.O., sein eigener prozessualer Ansatz, bleibt jedoch ebenso unbestimmt im Hinblick auf den Verhaltensmaßstab des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes.

354 Gegen Einbeziehung in das Unternehmensinteresse Koch, S. 178f.; Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 53f.; Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 121f.; Wiedemann, ZGR 1980, S. 147ff., 163; Junge, FS v. Cämmerer, S. 547ff., 550; Jürgenmeyer, S. 105 und 196ff.; Salm, S. 29; dafür Raisch, FS Hefermehl, S. 347ff., 352f.; Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1617; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil 4 B Rn. 111; Naendrup, AuR 1977, S. 268ff., 271.

355 Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 298.

Interessen kann der Gesetzgeber durch Rechtsnormen Geltung verschaffen, was er bereits in einem nicht unerheblichen Maße getan hat (vgl. GWB, Umweltrecht etc.).³⁵⁶ Jedenfalls müssen sie im Zweifel bei einem Konflikt mit den Interessen der direkt am Unternehmen Beteiligten zurückstehen. Schließlich tragen die unternehmensangehörigen Arbeitnehmer und die Anteilseigner das unmittelbare Risiko einer negativen Entwicklung des Unternehmens. Daneben weist Junge zu Recht darauf hin, dass es dem Unternehmen nicht möglich ist, die öffentlichen Interessen zu beurteilen.³⁵⁷ Auch erscheint es fraglich, wer Träger der öffentlichen Interessen ist und diese definiert.³⁵⁸ Nichtsdestotrotz ist es der Unternehmensleitung erlaubt, gesamtgesellschaftliche Interessen in ihre Überlegungen miteinzubeziehen, solange die endgültige Entscheidung dem Unternehmensinteresse entspricht.³⁵⁹

(3.) Ergebnis

Welche Folgerungen ergeben sich nun für das Aufsichtsratsmitglied, welches an einer möglicherweise kontrovers diskutierten Entscheidung im Aufsichtsrat mitwirkt? Das Aufsichtsratsmitglied hat im Einzelfall die verschiedenen Handlungsalternativen und ihre Auswirkungen auf das Unternehmen soweit es ihm möglich ist, zu prüfen und die tangierten Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei seiner Entscheidung steht ihm grundsätzlich ein gewisser Ermessensspielraum zu.³⁶⁰ Dieser Entscheidungsspielraum resultiert aus der Tatsache, dass unternehmerische Entscheidungen mit einer gewissen Unsicherheit verbunden sind. Man wird sich in der Regel trefflich darüber streiten können, welche Maßnahme dem Unternehmensinteresse besser entspricht. Jedenfalls sind im Rahmen der Abwägung die Unternehmensziele zu berücksichtigen, wie sie sich etwa aus der Satzung oder Äußerungen des Vorstands ergeben. Der eingeräumte Ermessensspielraum ist allerdings gerichtlich überprüfbar.³⁶¹ Dies ist schon aufgrund der möglichen Schadensersatzpflicht oder auch der Abberufung des Aufsichtsratsmitgliedes notwendig.

Als allgemeine Erläuterungen zum Unternehmensinteresse sollen diese Ausführungen genügen. Weitergehende Erläuterungen, die im Rahmen

356 Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 122; vgl. auch Jürgenmeyer, S. 105.

357 Junge, FS v. Cämmerer, S. 547ff., 556; ähnlich Nagel, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 267, der zu Recht auf die Schwierigkeit einer begrifflichen Fixierung der öffentlichen Interessen hinweist.

358 Vgl. Nagel, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 267.

359 MüKoAktG/Spindler, § 76 Rn. 82; Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 122.

360 Koch, S. 138; Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 39; Brinkmann, S. 272.

361 Kunze, ZHR 144, S. 100ff., 124.

dieser Arbeit von Bedeutung sind, erfolgen an den jeweils relevanten Stellen.³⁶²

bb. Konkretisierung der Treuebindung

Bei der Frage, wie stark die Pflichtenbindung des Aufsichtsratsmitgliedes im Einzelfall ist, ist auch der Nebenamtscharakter des Aufsichtsratsmandats zu berücksichtigen.³⁶³ Es bietet sich damit insbesondere an, nach dem Tätigkeitsbereich des Aufsichtsratsmitgliedes zu unterscheiden.³⁶⁴ Handelt das Aufsichtsratsmitglied als Gesellschaftsorgan, so hat das Unternehmensinteresse unbedingten Vorrang gegenüber den persönlichen Interessen.³⁶⁵ Davon zu unterscheiden sind diejenigen Fälle, in denen das Aufsichtsratsmitglied nicht als Organ tätig wird, sondern zum Beispiel in Ausübung seines Hauptberufs. Teilweise wird in solchen Fällen die Auffassung vertreten, auch hier habe das Aufsichtsratsmitglied zu versuchen, die Interessen des Unternehmens mit den Privatinteressen zu vereinbaren und ansonsten den Konflikt auf andere Weise zu bereinigen.³⁶⁶ Dagegen spricht bereits der Nebenamtscharakter des Aufsichtsratsamtes.³⁶⁷ Das Aufsichtsratsmitglied hat in aller Regel gar nicht die Möglichkeit, seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat ebenso viel Zeit und Engagement zu widmen wie seinem Hauptberuf.³⁶⁸ Gesetzlich vorgeschrieben ist eine Mindestanzahl von vier Aufsichtsratssitzungen pro Jahr, sofern es sich um eine börsennotierte Gesellschaft handelt (vgl. § 110 III 1 AktG).³⁶⁹ Die daraus folgende

362 Unter E I zur Begrenzung des Streikrechts durch die Treuepflicht.

363 Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 115; vgl. auch Kübler/Assmann, GesR, § 15 IV 3b; Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 992.

364 Ulmer, NJW 1980, S. 1603ff., 1604ff.; Dürr, S. 140; Fischer, In Memoriam Konrad Duden, S. 55ff., 63ff.; Hopt/Roth in: GroßkommentarAktG, § 116 Rn. 173ff; Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 56; Riegger, S. 80ff.; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 44ff.; Oulds, S. 32f.; Kübler/Assmann, GesR, § 15 IV 3b; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 42; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 26; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 8; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 936ff.; so auch schon Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 134; gegen eine solche Unterscheidung ausdrücklich Westerbarkey, S. 104f.

365 Fischer, In Memoriam Konrad Duden, S. 55ff., 63; Dürr, S. 140; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 936; Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 174; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 46; Oulds, S. 34; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 27; Knapp, S. 199; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 8.

366 Heuking/Jasper, DStR 1992, S.1438ff., 1441.

367 Möllers in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, S. 405ff., 421; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 26.

368 Vgl. auch: Fischer, In Memoriam Konrad Duden, S. 55ff., 60.

369 Statistisch gesehen scheinen viele Aktiengesellschaften auch nicht mehr Sitzungen abzuhalten: nach Ruhwedel/Epstein, BB 2003, S. 161ff., 163 kamen

Pflichtenbindung darf deshalb nicht überspannt werden.³⁷⁰ Das Nebenamt kann grundsätzlich nicht den Pflichtenmaßstab im Hauptamt bestimmen. Die Treuepflicht des Aufsichtsratsmitgliedes gilt folglich außerhalb der Organtätigkeit nur in abgeschwächtem Maße.³⁷¹ Das Aufsichtsratsmitglied ist außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, seine Privatinteressen oder die Interessen der von ihm vertretenen Arbeitnehmerschaft den Interessen des Unternehmens nachzuordnen.³⁷² Ihre Grenze findet die Vertretung privater Interessen durch ein Aufsichtsratsmitglied jedoch spätestens dann, wenn es sich im privaten Bereich Kenntnisse aus der Aufsichtsrats Tätigkeit zulasten des Unternehmens zunutze macht.³⁷³ Auch der BGH hat es abgelehnt, den Aufsichtsratsmitgliedern bei ihrer hauptberuflichen Tätigkeit völlig freie Hand zu lassen.³⁷⁴ Ein Mindestmaß an Rücksichtnahme auf die mitbestimmte Gesellschaft kann auch beim Handeln außerhalb der Organtätigkeit verlangt werden.³⁷⁵ Das Aufsichtsratsmitglied darf nicht aktiv und willkürlich den Interessen der Gesellschaft zuwiderhandeln,³⁷⁶ da es der mitbestimmten Gesellschaft nicht wie ein beliebiger Dritter gegenübersteht.³⁷⁷ Insofern besteht eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht des

2002 35% der von ihnen befragten Aufsichtsräte mit vier Sitzungen im Jahr aus.

370 Ulmer, NJW 1980, S. 1603ff, 1607; Riegger, S. 82.

371 Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 47; vgl. auch Fleck, FS Heinsius, S. 89ff., 91; Jacklofsky, S. 183.

372 Mertens in: KK, § 116 Rn. 29.

373 Heuking/Jasper, DStR 1992, S. 1438ff., 1442; Hüffer, § 116 Rn. 4; Riegger, S. 83; Dürr, S. 140. Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 938; gegen jegliche Pflichtenbindung im außerorganschaftlichen Bereich Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 134.

374 BGH NJW 1980, S. 1629f., der allerdings eine Differenzierung zwischen Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des Aufsichtsrats für den Fall, dass tatsächlich beide Pflichtenkreise betroffen sind, als unmöglich erachtet; a.A. noch Radke, NJW 1956, S. 1581ff., 1583.

375 Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456; ähnlich Kübler/Assmann, GesR, § 15 IV 3b; Dürr, S. 140; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 938.

376 Ulmer, NJW 1980, S. 1603ff., 1606; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 47; vgl. auch Riegger, S. 83; ähnlich Schuelper, S. 32, der eine unangemessene und unverhältnismäßige Schädigung des Unternehmens für unzulässig hält; nach Dürr, S. 140 muss das Aufsichtsratsmitglied seine Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit vertretbar gestalten; nach Jacklofsky, S. 183, darf das Aufsichtsratsmitglied die Interessen der Gesellschaft nur insoweit beeinträchtigen, als es für die Wahrnehmung berechtigter Interessen unvermeidlich ist.

377 MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 47; für Pflicht zur Interessenabwägung des Aufsichtsratsmitgliedes Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 8.

Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber dem mitbestimmten Unternehmen, welche aus dessen Organstellung resultiert.

b. Benachteiligungsverbot

Gem. § 26 S. 2 MitbestG dürfen die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer wegen ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens, dessen Arbeitnehmer sie sind oder als dessen Arbeitnehmer sie nach §§ 4 oder 5 MitbestG gelten, nicht benachteiligt werden. Es besteht folglich ein Diskriminierungsverbot mit Geltung gegenüber Jedermann.³⁷⁸ Anteilseigner und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben außerdem die gleichen Rechte und Pflichten.³⁷⁹ Sachlich begründete Differenzierungsmöglichkeiten bleiben jedoch bestehen.³⁸⁰

c. Weisungsfreiheit

Auch wenn das Mitbestimmungsgesetz im Gegensatz zum Montanmitbestimmungsgesetz (§ 4 III MontanMitbestG) keine normative Grundlage bezüglich der Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder enthält, so besteht heute doch Einigkeit darüber, dass auch in einem nach dem MitbestG 1976 gebildeten Aufsichtsrat alle Mitglieder weisungsunabhängig sind.³⁸¹ Der Gesetzgeber konnte auf eine entsprechende Regelung im Mitbestimmungsgesetz verzichten, da die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bereits als aktienrechtlicher Grundsatz anerkannt war.³⁸² Zwischen dem Wahlorgan und den Mandatsträgern besteht auch kein Rechtsverhältnis, welches zu einer einseitigen Interessenvertretung verpflichtet.³⁸³ Damit ist es unter anderem auch den Gewerkschaften verwehrt, Einfluss auf die von ihnen vorgeschlagenen Aufsichts-

378 Raiser/Veil, § 26 Rn. 11.

379 Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1514; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 14; Mertens, AG 1977, S. 306ff., 308; MüKoAktG/Habersack, vor § 95 Rn. 14; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter § 29 Rn. 3; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 793; Mertens, AG 1981, S. 113ff., 130; so schon Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 132; Boesebeck, AG 1961, S. 117ff., 117.

380 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 42; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 26 Rn. 11.

381 Schuelper, S. 7ff., 12f; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 8; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 813; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 174; Koch, S. 132; Valentin, S. 132; Säcker, Informationsrechte, S. 51ff.; Köstler/Zachert/Müller, Rn. 718; Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 134; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 14; MüKoAktG/Habersack, vor § 95 Rn. 14; Säcker, FS Rob. Fischer, S. 635ff., 649.

382 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 77; vor Erlass des MitbestG bereits Boesebeck, AG 1961, S. 117ff., 117.

383 Koch, S.133; Säcker, Informationsrechte, S. 57.

ratsmitglieder auszuüben. Sowohl die Gewerkschaft als auch die Belegschaft können und sollten ihre Wünsche und Anregungen an die von ihnen vorgeschlagenen bzw. gewählten Aufsichtsratsmitglieder herantragen.³⁸⁴ Allerdings besteht in keinem Fall eine Verpflichtung, diesen Vorschlägen nachzukommen.³⁸⁵

d. Verschwiegenheitspflicht

Gerade die Berichte über die Unternehmensplanung können Informationen enthalten, die von großem Interesse für Wettbewerber oder die Belegschaft sind. Man denke etwa an eine Umstellung der Produktpalette, neue Patente oder die Planung von betrieblichen Umstrukturierungsmaßnahmen. Auch die regelmäßigen Berichte enthalten zahlreiche Informationen, wie zum Beispiel Angaben über die finanzielle Situation des Unternehmens, die in aller Regel nicht an die Öffentlichkeit gelangen sollen. Aus den Ausführungen zu den Berichtspflichten des Vorstands ergibt sich, dass es daran anschließend von erheblicher praktischer Bedeutung ist, inwieweit ein Aufsichtsratsmitglied die erhaltenen Informationen verwerten und weitergeben darf.

aa. Grundlagen

Alle Aufsichtsratsmitglieder unterliegen gem. §§ 116, 93 I 2 AktG einer umfassenden Verschwiegenheitspflicht. Für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite ergibt sich dies aus dem Verweis von § 25 I 1 Nr. 1 MitbestG auf die §§ 116, 93 I 2 AktG. Sie sind verpflichtet, über die ihnen im Rahmen ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit zur Kenntnis gelangten vertraulichen Angaben und Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren. Die Verschwiegenheitspflicht ist ein Unterfall der Treuepflicht³⁸⁶ und stellt das notwendige Gegenstück zur umfangreichen Auskunftspflicht des Vorstands dar.³⁸⁷ Riegger bezeichnet die Verschwiegenheitspflicht treffend als „maßgebliche Voraussetzung für die Bereitschaft des Vorstands zu umfassender Information“ des Aufsichtsrates.³⁸⁸

384 Vgl. etwa Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 145.

385 Koch, S. 133; Kroneberg, S. 91; vgl. auch: Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 14; Raiser, ZGR 1978, S. 390ff., 400.

386 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 38; Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 803; Zieglmeier, ZGR 2007, S. 144ff., 158; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 12; Flore, BB 1993, S. 113f., 113; vgl. auch Lutter, Information, S. 146; Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 37; Linker/Zinger, NZG 2002, S. 497ff., 502.

387 Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 97; vgl. auch Ensich, S. 183; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 13; Bruder, S. 11; Lutter, Information, S. 146; Zieglmeier, ZGR 2007, S. 144ff., 158.

388 Riegger, S. 83; ähnlich auch Hengeler, FS Schilling, S. 175ff., 187; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 895; kritisch insbesondere zur Begründung für die

Der Begriff des Geheimnisses umfasst alle Informationen, welche von vornherein nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind.³⁸⁹ Die Information muss im Zusammenhang mit dem Aufbau oder der Betätigung des Unternehmens stehen.³⁹⁰ Es ist nach objektiver Beurteilung zu befürchten, dass die Weitergabe der Information dem Interesse des Unternehmens widerspricht, ihm zum Beispiel einen nicht belanglosen Schaden zufügt.³⁹¹ Auf der subjektiven Ebene setzt der Geheimnisbegriff voraus, dass die Geheimhaltung auch dem objektiven oder mutmaßlichen Willen der Gesellschaft entspricht.³⁹² Der BGH misst in seiner Leitscheidung dem objektiven Merkmal der Geheimhaltungsbedürftigkeit die größere Bedeutung bei.³⁹³ Damit ist das Merkmal des Geheimhaltungswillens dahingehend zu interpretieren, dass ein Geheimnis dann nicht vorliegt, wenn die Gesellschaft von vornherein auf die Geheimhaltung der Information verzichtet hat. Der Geheimhaltungswille alleine kann hingegen keine Geheimhaltungspflicht begründen.³⁹⁴

Eine vertrauliche Angabe ist jede Information, die das Aufsichtsratsmitglied in dieser Eigenschaft erhalten und an deren Nichterörterung in

-
- Klarstellung in § 116 S. 2 AktG durch das TransPuG Köstler/Zachert/Müller, Rn. 531.
- 389 Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Teil 4 B Rn. 113; Gaul, *GmbHR* 1986, S. 296ff., 297; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 900; Flore, *BB* 1993, S. 133f., 134; Lutter, *Information*, S. 156f.; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 18.
- 390 Raiser/Veil, § 25 Rn. 126.
- 391 BGHZ 64, S. 325ff., 329; Flore, *BB* 1993, S. 113f., 113; Zachert, *Mitbestimmungsgespräch* 1976, S. 225ff., 226; Köstler/Zachert/Müller, Rn. 532; Raiser, § 25 Rn. 128; Hueck, *RdA* 1975, S. 35ff., 38; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 126; Säcker, *FS Rob. Fischer*, S. 635ff., 639; Wessing/Hölter, *DB* 1976, S. 1671ff., 1674; Häuser, S. 33ff.; auf das Interesse der Gesellschaft abstellend: Ulmer/Habersack in: *Ulmer/Henssler/Habersack*, § 25 Rn. 103; Linker/Zinger, *NZG* 2002, S. 497ff., 499; Riegger, S. 84; Claussen, *AG* 1981, S. 57ff., 58; vgl. auch *OLG Stuttgart*, *AG* 2007, S. 218f.; a.A. Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 266f., der eine Beeinträchtigung der Wettbewerbslage des Unternehmens verlangt; ähnlich Brinkmann, S. 279ff., der aber im Ergebnis auch eine umfassende Abwägung der ökonomischen und sozialen Relevanz der Information durchführen will.
- 392 Raiser/Veil, § 25 Rn. 126; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Teil 4 B Rn. 113.
- 393 BGHZ 64, S. 325ff., 328; Besprechungen des Urteils etwa von Rittner, *FS Hefermehl*, S. 365ff., Stege, *DB Beilage Nr.8 zu Heft 23* 1977, S. 1ff., 7 und Pfarr, *Mitbestimmungsgespräch* 1976, S. 51ff.
- 394 Vgl. auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 103; Gaul, *GmbHR* 1986, S. 296ff., 298; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 36.

der Öffentlichkeit das Unternehmen ein Interesse hat.³⁹⁵ Auch dieses Interesse des Unternehmens ist primär objektiv zu bestimmen.³⁹⁶ Es ist jedoch wie beim Geheimnis ebenso erforderlich, dass ein subjektives Element hinzukommt. Die Vertraulichkeit der Angabe muss dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen desjenigen entsprechen, der die Angabe gemacht hat.³⁹⁷ Auch hier kann dies nur in dem Sinne Bedeutung erlangen, dass Vertraulichkeit dann nicht mehr besteht, wenn der Betroffene ausdrücklich oder mutmaßlich kein Interesse an der Vertraulichkeit hat. Im konkreten Fall bestehen damit inhaltlich zwischen diesen Begriffen kaum Unterschiede. Zu beachten ist lediglich, dass das Merkmal der vertraulichen Angabe nicht voraussetzt, dass die Information nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist. Unter die vertraulichen Angaben fallen damit auch Informationen, die zwar der Belegschaft bereits bekannt sind, aber noch nicht nach außen gedrungen sind, an deren Nichtweitergabe aber trotzdem ein objektives Interesse des Unternehmens besteht. Freilich dürften diese Fälle eher theoretischer als praktischer Natur sein.

Nach einer neueren Entscheidung des OLG Stuttgart verbietet die Verschwiegenheitspflicht nicht nur die ausdrückliche Weitergabe des Geheimnisses oder der vertraulichen Angabe, sondern auch solche Andeutungen, die Rückschlüsse auf den Inhalt der vertraulichen Information zulassen.³⁹⁸ In seiner Leitentscheidung hat der BGH festgestellt, dass in der Regel auch das Abstimmungsverhalten von Aufsichtsratsmitgliedern, also auch deren Äußerungen im Aufsichtsrat, unter die Verschwiegenheitspflicht fallen. Ausnahmen davon wird man nur in seltenen Fällen zulassen können.³⁹⁹

Ob die Voraussetzungen für die Verschwiegenheitspflicht vorliegen, hat jedes Aufsichtsratsmitglied in eigener Verantwortung zu prüfen.⁴⁰⁰ Weder der Vorstand noch die Satzung können eine Information für vertraulich

395 Riegger, S. 85; Gaul, GmbHR 1986, S. 296ff., 298; Lutter/Krieger, Rn. 264; Hüffer, § 93 Rn. 7.

396 Hüffer, § 93 Rn. 6; Köstler/Zachert/Müller, Rn. 534; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 18; Klinkhammer/Rancke, S. 33; a.A. wohl Stege, DB Beilage Nr. 8 zu Heft 23 1977, S. 1ff., 7.

397 Raiser/Veil, § 25 Rn. 130.

398 OLG Stuttgart, AG 2007, S. 218f., 219.

399 BGHZ 64, S. 325ff., S. 332; etwas weitergehend wohl Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 105; a.A. Köstler/Zachert/Müller, Rn. 563; Zachert, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 225ff., 227; ähnlich Pfarr, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 51ff., 53.

400 Volhard, GRUR 1980, S. 496ff., 498; Nagel, BB 1979, S. 1799ff., 1803; Säcker, Informationsrechte, S. 64; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 103.

erklären.⁴⁰¹ Es können jedoch in der Satzung Leitlinien aufgestellt werden, an denen sich die Aufsichtsratsmitglieder bei der Prüfung orientieren sollen.⁴⁰² Bestehen solche Richtlinien, so darf das Aufsichtsratsmitglied sie bei seiner Prüfung nicht ignorieren. Eine Abweichung von ihnen bedarf einer äußerst sorgfältigen Prüfung.⁴⁰³

Die Preisgabe eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses ist gem. § 404 AktG strafbewährt. Nicht unter den Straftatbestand fällt allerdings die Weitergabe einer vertraulichen Angabe. Alleine dieser Tatbestand zeigt, dass die Entscheidung des Aufsichtsratsmitgliedes für oder wider die Vertraulichkeit gerichtlich nachprüfbar sein muss.⁴⁰⁴ Ein Ermessensspielraum ist ihm nicht zuzugestehen.⁴⁰⁵ Allerdings kommt in den Fällen, in denen die Entscheidung des Aufsichtsratsmitgliedes zwar objektiv gegen die Verschwiegenheitspflicht verstößt, die Entscheidung im Einzelnen aber mit guter Begründung durchaus vertretbar war, in Betracht, das Verschulden des Aufsichtsratsmitgliedes entfallen zu lassen.⁴⁰⁶

Wie genau es die Aufsichtsratsmitglieder tatsächlich mit der Verschwiegenheitspflicht nehmen, ist schwer zu beurteilen. Es ergeben sich sowohl auf Anteilseigner- als auch auf Arbeitnehmerseite gewisse Anhaltspunkte, dass man es mit der Verschwiegenheit nicht allzu genau nimmt.⁴⁰⁷ An dieser Stelle sollen einige Anmerkungen zur Position der Gewerkschaftsvertreter folgen.

401 BGHZ 64, S. 325ff., 326f.; Mayer in: MitbestG, Textausgabe mit 11 ein-
führenden Aufsätzen, S. 153ff., 159; Lux, S. 178.; Nagel, BB 1979, S. 1799ff.,
1803; vgl. auch Säcker, Informationsrechte, S. 64.

402 BGHZ 64, S. 325ff., 328; Riegger, S. 86; von Hoyningen-Huene, DB 1979,
S. 2422ff., 2423; Werner, ZGR 1977, S. 236ff., 238f.; Breuer/Fraune in: Heidel,
§ 116 AktG Rn. 8.

403 Riegger, S. 86.

404 Vgl. auch Volhard, GRUR 1980, S. 496ff., 498; Bellavite-Hövermann/
Lindner/Lüthje, S. 36.

405 Claussen, AG 1981, S. 57ff., 59; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/
Habersack, § 25 Rn. 104; Hüffer, § 116 Rn. 6; Breuer/Fraune in: Heidel, § 116
AktG, Rn. 9; Rittner, FS Hefermehl, S. 365ff., 369; Gaul, GmbHR 1986,
S. 296ff., 299; Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 41; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter,
§ 29 Rn. 17; Häuser, S. 33; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 902; a.A.
Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 360; Wlotzke/Wißmann/Koberski/
Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 104; Pfarr, Mitbestimmungsgespräch 1976,
S. 51ff., 53; Mertens in: KK, § 116 Rn. 46.

406 Breuer/Fraune in: Heidel, § 116 AktG, Rn. 9; Riegger, S. 87; abweichend:
Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 104 („... wenn es
aus „unternehmerischer Verantwortung“ handelt“); so auch Mertens in: KK,
§ 116 Rn. 46.

407 Vgl. Sina, NJW 1990, S. 1016ff., 1016.

bb. Verschwiegenheitspflicht gegenüber Belegschaft, Betriebsrat und Gewerkschaft

Schon vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes 1976 wurde darüber diskutiert, inwiefern die Arbeitnehmervertreter der Belegschaft, dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft Informationen zukommen lassen dürfen. Insbesondere das gewerkschaftliche Schrifttum vertrat die Auffassung, solche Informationen seien notwendig, da die Arbeitnehmervertreter unter Legitimationsdruck gegenüber den Arbeitnehmern stünden.⁴⁰⁸ Teilweise wird darauf verwiesen, dass auch die Betriebsratsmitglieder gem. § 79 BetrVG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.⁴⁰⁹ Man mag durchaus Verständnis für das Anliegen der Arbeitnehmervertreter aufbringen, sich umfassend gegenüber ihrem Wahlorgan bzw. gegenüber der vorschlagenden Gewerkschaft zu rechtfertigen. Es lässt sich nicht leugnen, dass die Unternehmensmitbestimmung auch zu einer Verbesserung der Information der Arbeitnehmerseite führen sollte. Außerdem ist auch die faktische Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter von der vorschlagenden Gewerkschaft und der Belegschaft nicht zu übersehen. Ebenso wie bei einer politischen Wahl haben Aufsichtsratsmitglieder nur eine realistische Hoffnung wiedergewählt bzw. erneut vorgeschlagen zu werden, wenn sie die Interessen der Arbeitnehmer oder der Gewerkschaft wahrnehmen.⁴¹⁰ Die Belegschaften und die Gewerkschaften müssen in der Tat in der Lage sein, die Arbeit des Aufsichtsratsmitgliedes zu bewerten, welches von ihnen gewählt bzw. vorgeschlagen wurde. So nachvollziehbar diese Argumentation gerade auf interessierter Seite zu sein scheint, so klar widerspricht sie doch der Konzeption des Aufsichtsratsamtes, der gesetzlichen Ausgestaltung der Verschwiegenheitspflicht und den aktienrecht-

408 Kittner, ZHR 136, S. 208ff.; 218f; Nagel, BB 1979, S. 1799, 1803f; in diese Richtung auch Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 194f.; Pfarr, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 51ff., 53; Mayer in: MitbestG, Textausgabe mit 11 einführenden Aufsätzen, S. 153ff., 157ff.; Zachert, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 225ff., 226; Klinkhammer/Rancke, S. 46 halten eine Information des Betriebsrats immer dann für zulässig, wenn dieser ein Informationsrecht hat, dem der Vorstand nicht nachkommt und (S. 17) die Verschwiegenheitspflicht für die Ausnahme, eine Kommunikationspflicht für den Regelfall; wohl auch so Köstler/Schmidt, BB 1981, S. 88ff., 89; Zachert, AuR 1979, S. 311ff., 312; vgl. auch Schwegler, GMH 1977, S. 705ff., 708 der die Errichtung eines Kommunikationssystems zwischen Betriebsräten, Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsrat für wesentlich hält, um den Einfluss der Arbeitnehmerseite zu stärken; Unterhinninghofen in: PraxiskommMitbestG, § 25 Rn. 48; in diesem Sinne heute vor allem noch Köstler/Zachert/Müller, Rn. 554ff.; gegen eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Betriebsrat Däubler, Rn. 430.

409 Däubler, Rn. 430; so wohl auch Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 360.

410 Sina, NJW 1990, S. 1016ff., 1016.

lichen Organkompetenzen. Sie wird deshalb heute zu Recht allgemein abgelehnt.⁴¹¹ Dass die Verschwiegenheitspflicht für alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen gilt, steht für die Praxis seit der Bayer-Entscheidung des BGH fest.⁴¹² Jede andere Auslegung würde gegen den Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes verstoßen.⁴¹³ Mangels einer gesetzlichen Sonderregelung für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat lässt sich mit Volhard davon ausgehen, dass das Gesetz gewisse Legitimationsschwierigkeiten hin- nimmt.⁴¹⁴ Allerdings ist es einem Aufsichtsratsmitglied nach der Beschlussfassung auch nicht verwehrt, Auskunft über sein Abstimmungsverhalten zu geben.⁴¹⁵ Der BGH hat zwar in seiner oben genannten Grund- satzentscheidung auch „die Stimmabgabe und das Abstimmungsverhalten der anderen Aufsichtsratsmitglieder“ der Verschwiegenheitspflicht „im weitesten Umfang“ unterworfen.⁴¹⁶ Dem Wortlaut nach bleibt trotzdem unklar, ob er auch das eigene Stimmverhalten des Aufsichtsratsmitgliedes miteinbezieht. Dagegen spricht letztlich die vom BGH für die Schutz- bedürftigkeit des Stimmverhaltens gegebene Begründung, eine ver-

411 AG München, ZIP 1985, S. 1139ff., 1140; Dürr, S. 141f.; Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG, Rn. 24ff.; Riegger, S. 83.; Stege, DB Beilage Nr. 8 zu Heft 23 1977, S. 1ff., 7; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 100; Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 40ff.; Hoffmann/Preu, Rn. 269; Volhard, GRUR 1980, S. 496ff., 500; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 16; Kropff, NZG 1998, S. 613ff., 615 spricht von einer „unausrottbaren Fehlvorstellung“; Werner, ZGR 1977, S. 236ff., 237; von Hoyningen-Huene, DB 1979, S. 2422ff., 2423; MüKoAktG/Gach, § 25 MitbestG Rn. 23; Raiser, § 25 Rn. 124; Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 95; Hengeler, FS Schilling, S. 175ff., 194ff.; Säcker, Informationsrechte, S. 47ff.; Breuer/Fraune in: Heidel, § 116 AktG, Rn. 7; Lieb/Jacobs, Rn. 962; Häuser, S. 31 und 107ff.; Veith, NJW 1966, S. 526ff., 527; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 37; Lutter, Information, S. 201ff.; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 16; Reuter, RdA 1988, S. 280ff., 285; Langenbucher, § 5 Rn. 76; vgl. dazu auch den Diskussionsbericht vom Bad Homburger Mitbestimmungssymposium, ZGR 1977, S. 245ff., 246.

412 BGHZ 64, S. 325ff.

413 Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG, Rn. 24ff.; Veith, NJW 1966, S. 526ff., 527; von Hoyningen-Huene, DB 1979, S. 2422ff., 2423.

414 Volhard, GRUR 1980, S. 496ff., 500; Raiser/Veil, § 25 Rn. 124.

415 Hoffmann/Preu, Rn. 273; Köstler/Schmidt, BB 1981, S. 88ff., 90; Köstler/Zachert/Müller, Rn. 563; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 105; Säcker NJW 1986, S. 803ff., 808; a.A. Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 22, die die Offenbarung des eigenen Stimmverhaltens nur bei Vorliegen besonderer Gründe für zulässig erachten; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 106; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 24; wohl auch Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 912.

416 BGHZ 64, S. 325ff., 332.

trauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat sei nicht mehr möglich, wenn die Aufsichtsratsmitglieder befürchten müssten, ihre Stellungen und ihr Abstimmungsverhalten könnten nach außen getragen werden.⁴¹⁷ Betrachtet man beispielsweise den Fall einer Beschlussfassung im Aufsichtsrat über eine die Arbeitnehmerinteressen negativ tangierende Maßnahme, wie etwa eine Produktionsverlagerung, so kann ein Arbeitnehmervertreter nach Bekanntwerden der Maßnahme die Belegschaft darüber informieren, dass er der Maßnahme nicht zugestimmt hat, um gegenüber seinen Wählern sein Gesicht zu wahren.⁴¹⁸ Dies gilt so lange, wie von der Information durch das Aufsichtsratsmitglied nicht auf das Stimmverhalten der anderen Aufsichtsratsmitglieder geschlossen werden kann.⁴¹⁹ Aufgrund der unklaren Rechtslage ist jedoch vor einer allzu schnellen Preisgabe des eigenen Abstimmungsverhaltens zu warnen. Erst wenn dem Aufsichtsratsmitglied keine andere Möglichkeit bleibt, sein Gesicht zu wahren, sollte das eigene Stimmverhalten offenbart werden. Unzulässig ist dagegen in jedem Fall die Preisgabe des Abstimmungsverhaltens der anderen Aufsichtsratsmitglieder.⁴²⁰ Gleiches gilt, wenn mit der Bekanntgabe des Stimmverhaltens einzelner Aufsichtsratsmitglieder bezweckt wird, der Belegschaft deutlich zu machen, wie die anderen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite abgestimmt haben, zum Beispiel wenn diese nicht der gewerkschaftlichen Linie gefolgt sind.⁴²¹ An diesem Ergebnis ändert auch ein berechtigtes Interesse der Belegschaft an einer frühzeitigen Information über die Arbeitnehmerschaft betreffende Maßnahmen nichts. Diese Interessen sind – wie noch zu zeigen sein wird – im Rahmen der Abwägung, ob ein Geheimnis vorliegt, zu berücksichtigen.

Mit einer ähnlichen Argumentation wie bezüglich der Belegschaft wird in der Literatur teilweise ein berechtigtes Informationsverlangen der vorschlagenden Gewerkschaften proklamiert.⁴²² In der Tat müssen die Gewerkschaften genauso wie die Belegschaft in der Lage sein, die Arbeit des Aufsichtsratsmitgliedes zu bewerten, um daraus entscheiden zu können, ob dieses Mitglied erneut vorgeschlagen werden soll oder nicht. Dieses

417 BGHZ 64, S. 325ff., 332; so wohl auch Köstler/Zachert/Müller, Rn. 563.

418 Ähnlich Klinkhammer/Rancke, S. 51.

419 AG München, ZIP 1985, S. 1139ff., 1140.

420 BGHZ 64, S. 325ff., 332; Klinkhammer/Rancke, S. 51.

421 So im Fall AG München, ZIP 1985, S. 1139ff.

422 In diese Richtung Däubler, BStSozArbR 1976, S. 184ff., 186; ähnlich Vetter, AuR 1976, S. 257ff., 258; wohl auch Zachert, AuR 1979, S. 311ff., 312 unter Hinweis auf die in der Praxis häufig anzutreffende Weitergabe von Informationen aus dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat an die Arbeitgeberverbände; zu Recht ablehnend Reuter, RdA 1988, S. 280ff., 285f.; Lutter, Information, S. 233f.

Informationsinteresse kann jedoch nicht ausreichen, um eine Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht zu begründen. Das Interesse an der effektiven Überprüfung der Arbeit des vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedes vermag zunächst keine Information der Gewerkschaft vor der Entscheidung im Aufsichtsrat zu begründen, denn die Gewerkschaft kann in diesem Sinne nur ein Interesse daran haben, das Stimmverhalten des von ihr vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedes zu erfahren. Hier ist jedoch zu beachten, dass ein von der Gewerkschaft vorgeschlagenes Aufsichtsratsmitglied dieser sein Stimmverhalten im Aufsichtsrat mitteilen darf, sofern nicht schon die Tatsache, dass eine Abstimmung über einen bestimmten Gegenstand im Aufsichtsrat stattgefunden hat, der Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Spätestens aber, wenn die Maßnahme, über die abgestimmt worden ist, durchgeführt worden und damit zumindest der Belegschaftsöffentlichkeit bekannt geworden ist, darf über das Stimmverhalten berichtet werden. Daneben darf ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat der Gewerkschaft über alles berichten, was nicht der Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Damit ist dem Informationsinteresse der vorschlagenden Gewerkschaft Genüge getan. Außerdem gilt, dass die Interessen der Gewerkschaft – im Gegensatz zu denjenigen der Belegschaft – nicht im Rahmen der Prüfung, ob ein Geheimnis vorliegt, berücksichtigt werden dürfen. Das objektive Geheimhaltungsinteresse richtet sich nach dem Unternehmensinteresse, in welches Gewerkschaftsinteressen nicht miteinzubeziehen sind.

Es erscheint aus meiner Sicht höchst bedenklich, wenn der DGB in seinen „Grundsätzen ordnungsgemäßer Aufsichtsratstätigkeit“ die Aufsichtsräte dazu verpflichtet, umfassend Rechenschaft über die Tätigkeit im Aufsichtsrat abzulegen.⁴²³ Wörtlich heißt es dort:

„Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind von den Belegschaften beziehungsweise von den Gewerkschaften delegierte Vertreter von Arbeitnehmerinteressen. Für ihre Interessenvertretung stellen sie sich laufend Fragen und Kritik derjenigen, die sie in diese Funktion delegiert haben. Sie legen Rechenschaft ab über ihr Wirken im Aufsichtsrat und die damit verbundenen Ereignisse.“⁴²⁴

Man kann den Arbeitnehmervertretern und insbesondere den Gewerkschaftsvertretern nur raten, es mit der Rechenschaftslegung und den Antworten auf neugierige Fragen aus der Gewerkschaft nicht zu übertreiben, um sich nicht dem Verdacht eines Verstoßes gegen die gesetzliche Schweigepflicht auszusetzen. Dass das gewerkschaftliche Interesse an

423 Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Nr. 10, herausgegeben von der Hans-Boeckler-Stiftung, abzurufen unter http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_araete_10.pdf; diese bekam der Autor auf Anfrage vom DGB zugesendet.

424 Unter C. 16.

Informationen aus einem Unternehmen gerade in Zeiten von Tarifverhandlungen oder im Arbeitskampf besonders ausgeprägt sein wird, ist nur allzu offensichtlich. Informationen über das finanzielle Durchhaltevermögen oder die Kampfaktik des tariflichen Gegenspielers könnten der Gewerkschaft erhebliche Vorteile bringen. Selbstverständlich ist es dem Aufsichtsratsmitglied, wie erwähnt, nicht verwehrt, der Gewerkschaft Informationen zu geben, die nicht oder nicht mehr unter die Verschwiegenheitspflicht fallen, eine Weitergabe sollte aber in jedem Fall eigenverantwortlich und sorgfältig geprüft werden.

Grundsätzlich gilt Gleiches auch für die Informationsweitergabe aus dem Aufsichtsrat an den Betriebsrat. Ein Aufsichtsratsmitglied darf dem Betriebsrat keine Informationen aus dem Aufsichtsrat weitergeben, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.⁴²⁵ Die Argumentation, auch die Betriebsräte seien zur Verschwiegenheit verpflichtet, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, da die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsräte weit weniger umfangreich ausgestaltet ist, als diejenige eines Aufsichtsratsmitgliedes. § 79 BetrVG nennt im Gegensatz zu §§ 93 I, 116 AktG nur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, jedoch keine vertraulichen Angaben. Auch fallen nach § 79 BetrVG nur solche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unter die Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats, die vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind.⁴²⁶ Im Rahmen der aktienrechtlichen Schweigepflicht kommt es auf eine solche Bezeichnung nicht an.⁴²⁷ Sollte die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Betriebsrat nicht gelten, wäre zu befürchten, dass Informationen, die von § 93 I 2, 116 AktG erfasst wären, durch Weitergabe an den Betriebsrat doch an die Öffentlichkeit gelangen würden, da dieser hinsichtlich der Information gerade nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, etwa weil der Vorstand sie nicht ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet hat. Zudem sei daraufhin verwiesen, dass der Gesetzgeber den Ausschluss der Schweigepflicht eines Betriebsrats gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern in § 79 III BetrVG ausdrücklich vorhergesehen hat. Hätte er, sozusagen in der umgekehrten Richtung, vom Aufsichtsratsmitglied zum Betriebsrat, auch auf die Verschwiegenheitspflicht verzichten wollen, so wäre es wohl nahe-

425 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 112; a.A. Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 360, die davon ausgehen, dass die Geheimhaltungspflicht die Ausnahme darstellt; ähnlich Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 267, der beschäftigungsrelevante Informationen, wie etwa Betriebsstilllegungen oder -verlagerungen, als grundsätzlich nicht von der Verschwiegenheitspflicht erfasst ansieht.

426 Vgl. ErfK/Kania, § 79 BetrVG Rn. 7; Bruder, S. 15.

427 Darauf weist auch Häuser, S. 120 hin; vgl. auch Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 915.

liegend gewesen, dies als Parallele zum BetrVG im MitbestG oder AktG zu regeln.⁴²⁸ Gegen ein weitgehendes Informationsrecht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Betriebsrat spricht außerdem, dass dessen Unterrichtung im BetrVG umfassend geregelt ist (vgl. § 111 BetrVG). Es ist Sache des Betriebsrats, diese Rechte durchzusetzen. Für die Benachrichtigung des Betriebsrats ist nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied zuständig, sondern der Vorstand.⁴²⁹ An dieser Stelle ist die häufig anzutreffende Personalunion von Betriebsrat und Aufsichtsratsmitglied zu beachten. In den meisten Fällen sind Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite zugleich auch Betriebsräte.⁴³⁰ Erfährt ein Betriebsratsmitglied in seiner gleichzeitigen Funktion als Aufsichtsrat etwa von einer geplanten Betriebsänderung, so hat es die Möglichkeit, gegenüber dem Vorstand auf eine Unterrichtung des Betriebsrats hinzuwirken und diese im Notfall zu erzwingen (vgl. § 23 III BetrVG). Kommt der Arbeitgeber einer Auskunftspflicht nicht nach, begeht er gemäß § 121 I BetrVG eine Ordnungswidrigkeit und verwirkt ein Bußgeld. Eine Information, die das Aufsichtsratsmitglied im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt hat, darf damit nur dann an die Belegschaft, den Betriebsrat oder die Gewerkschaft weitergegeben werden, wenn diese tatsächlich nicht von § 93 AktG erfasst wird. Dies ist der Fall, wenn es sich nicht um ein Geheimnis oder eine vertrauliche Angabe handelt oder kein objektives Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung der Information besteht.⁴³¹ Hierbei ist zu beachten, dass die berechtigten Informationsinteressen der Belegschaft im Rahmen des Unternehmensinteresses an der Geheimhaltung zu berücksichtigen sind.⁴³² Es kann deshalb durchaus vorkommen, dass eine Information der Belegschaft im objektiven Unternehmensinteresse liegt und sie deshalb nicht mehr unter den Geheimnisbegriff fällt.⁴³³ Darauf weist auch der BGH hin. Eine Informationsweitergabe könne gerade dann dem Interesse des Unternehmens dienen, wenn dadurch Missverständnisse ausgeräumt, Gerüchten entgegengetreten, Unruhen vermieden oder auf anderen Wegen die Beziehungen und das Bild der Gesellschaft nach

428 Ähnlich auch AG München, ZIP 1985, S. 1139ff., 1140; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 16; Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 42; Häuser, S. 121; Lutter, Information, S. 180.

429 Lutter, Information, S. 202 und 235.

430 Nach Gerum, S. 237 haben die Betriebsräte ca. 56% der Mandate der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter inne.

431 Vgl. Oetker in: GroßkommAktG, § 25 MitbestG, Rn. 26.

432 So im Ansatz auch Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 41.

433 Vgl. BGHZ 65, S. 325ff., 331; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 99; strenger Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 41, wonach ein berechtigtes Informationsbedürfnis der Arbeitnehmer nicht ein begründetes Geheimhaltungsinteresse durchbrechen könne.

innen und außen günstig beeinflusst würden.⁴³⁴ Letztendlich ist es eine Frage des Einzelfalls, welches Verhalten dem Unternehmensinteresse gerecht wird. Kaum denkbar erscheinen allerdings Fälle, in denen eine Informationsweitergabe an die Gewerkschaften im Interesse des Unternehmens liegt.

cc. Verschwiegenheitspflicht und Art. 5 I GG

An dem gefundenen Ergebnis ändert auch die Einbeziehung von grundrechtlichen Wertungen kaum etwas.⁴³⁵ Eine weitergehende Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht lässt sich nicht mit der Meinungsfreiheit begründen. Art. 5 I GG gewährleistet jedermann, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild zu äußern und zu verbreiten. Allerdings ist im grundrechtlichen Schrifttum weiterhin umstritten, inwiefern die Weitergabe von Tatsachenberichten überhaupt unter Art. 5 I GG fällt.⁴³⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG fallen Tatsachenberichte nur unter den Schutzbereich von Art. 5 I GG, sofern sie Voraussetzung für eine Meinungsbildung sind.⁴³⁷ Selbst wenn man von einem uneingeschränkten Schutz der Informations- und Tatsachenmitteilung durch Art. 5 I GG ausgeht, so kann dies nicht zu einer umfangreichen Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht führen. Einschränkungen der Pflicht zur Verschwiegenheit sind – auch im Hinblick auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG – nur dann anzuerkennen, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied in einer schweren persönlichen Konfliktsituation befindet.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in Form der Verschwiegenheitspflicht stellt eine Grundrechtsschranke im Sinne von Art. 5 II GG dar.⁴³⁸ Die §§ 93 I, 116 AktG sind allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 II GG. Dass der Gesetzgeber die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in Form der Verschwiegenheitspflicht als wesentliches Element der kooperativen Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bewertet, ergibt sich schon aus der straf- und zivilrechtlichen Sanktionierung eines Geheimnisverrats (§§ 404, 116 I 2, 93 AktG). Daraus erschließt sich, dass trotz des hohen verfassungsrechtlichen Schutzes der Meinungsfreiheit bei der Abwägung zwischen Verschwiegenheitspflicht und Meinungsäußerungs-

434 BGHZ 64, S. 325ff., 331.

435 So aber Köstler/Zachert/Müller, Rn. 530; Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 803f.; wohl auch Köstler/Schmidt, BB 1981, S. 88ff., 89.

436 Vgl. den Streitstand bei Nolte/Tams, JuS 2004, S. 111ff., 111; dafür etwa Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn.4 m.w.N.; Wendt in: von Münch/Kunig, Art. 5 Rn. 9; Bruder, S. 84.

437 BVerfGE 65, S. 1ff., 41; vgl. auch Bethge in: Sachs, Art. 5 Rn. 27.

438 Bruder, S.84; so wohl auch Lutter, BB 1980, S. 291ff., 292; ders., Information, S. 238; dies wird von Köstler/Zachert/Müller, Rn. 530 völlig außer Betracht gelassen.

freiheit Letztere nur ausnahmsweise überwiegen kann. Lutter verweist mit Recht darauf, dass die Meinungsfreiheit als Freiheitsrecht des Individuums konzipiert ist. Als Einzelperson ist damit jeder im Rahmen seiner eigenen Angelegenheiten dazu berechtigt, seine Meinung kundzutun.⁴³⁹ Anders ist dies im Rahmen der Aufsichtsratsarbeit zu bewerten. Hier ist das Aufsichtsratsmitglied als Organ, in das gesellschaftsrechtliche Gefüge eingebunden und muss somit auch die entsprechenden Einschränkungen hinnehmen. Es handelt sich nicht um die Inanspruchnahme individueller Freiheit, sondern das Aufsichtsratsmandat und die damit verbundenen Rechte und Pflichten sind dem Mandatsträger zur Wahrnehmung des Unternehmensinteresses anvertraut bzw. auferlegt worden.⁴⁴⁰ Das Aufsichtsratsmitglied wird demnach fremdnützig tätig, und nicht in Ausübung individueller Freiheit. Ausnahmen davon können nur gemacht werden, wenn ihm ein Schweigen schlichtweg nicht mehr zumutbar ist.⁴⁴¹ Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht unter Berufung auf Art. 5 I GG kann nur Ultima Ratio sein. Zunächst ist dem Aufsichtsratsmitglied zumutbar, sich an den Vorstand und das Aufsichtsratsgremium zu wenden, und mit diesen eine Problemlösung anzustreben.⁴⁴² Sämtliche gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten sind auszuschöpfen.⁴⁴³ Kommt keine Konfliktlösung auf dieser Basis zustande und liegt weiterhin eine absolute Unzumutbarkeit des Schweigens vor, so hat das Aufsichtsratsmitglied bei der Unterrichtung der betroffenen Kreise, etwa der Belegschaft, sachlich und wahrheitsgemäß zu bleiben.⁴⁴⁴ Keinesfalls darf der Betriebsfrieden gestört werden.⁴⁴⁵ Gerade an dem letzten Kriterium wird eine Unterrichtung der Belegschaft oftmals scheitern. Nimmt man nur den Fall, dass sich ein Vertreter der Arbeitnehmer verpflichtet fühlt, die Belegschaft und die Gewerkschaften über eine geplante Produktionsverlagerung oder Ähnliches zu informieren, so wird dies zu einer erheblichen Unruhe im Betrieb führen. Zudem sind Meinungsäußerungen der „Arbeitnehmerbank“ im Aufsichtsrat nicht durch Art. 5 I GG geschützt.⁴⁴⁶ Die „Arbeitnehmerbank“ ist kein Rechtssubjekt. Gerade in Anbetracht der extrem hohen Zulässigkeitschranken

439 Lutter, BB 1980, S. 291ff., 292.

440 Vgl. auch Bruder, S. 84f.; Säcker, S. 66.

441 Riegger, S. 84; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 112; ähnlich Raiser/Veil, § 25 Rn. 132; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 916; auf die Unzumutbarkeitsregel hinweisend auch Hueck, RdA 1975, S. 35ff., 40.

442 Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 805; ders. Informationsrechte, S. 71; wohl auch Häuser, S. 108.

443 Vgl. Bruder, S. 99.

444 Für Unterrichtungsmöglichkeit in einem solchen Fall im Ergebnis auch Häuser, S. 108.

445 Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 805.

446 Volhard, GRUR 1980, S. 496ff., 497.

der Informationsweitergabe und der straf- und zivilrechtlichen Sanktionen sind wohl kaum Situationen denkbar, in denen eine Informationsweitergabe sinnvoll ist.

dd. Verschwiegenheitspflicht und externe Beratung

Zulässig ist dagegen die Weitergabe von Geheimnissen und vertraulichen Angaben an externe Berater des Aufsichtsratsmitgliedes.⁴⁴⁷ Eine solche Beratungstätigkeit ist gerade auch zwischen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und Gewerkschaften gängige Praxis. Der BGH hat einer Beratung von Aufsichtsratsmitgliedern durch externe Sachverständige jedoch Grenzen gesetzt. Die Beratungstätigkeit „muss ausschließlich der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben im Interesse des Unternehmens dienen, hierzu erforderlich und nicht durch eine gesellschaftsinterne Aufklärung ersetzbar sein“.⁴⁴⁸ Bezieht man diese Entscheidung auf die Beteiligung der Gewerkschaften durch Beratung von Aufsichtsratsmitgliedern, bleibt Folgendes festzuhalten: Will sich ein Aufsichtsratsmitglied Rat durch eine Gewerkschaft einholen, so muss es zunächst im Gespräch mit den anderen Aufsichtsratsmitgliedern versuchen, seine Frage zu erörtern.⁴⁴⁹ Insbesondere werden hier die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder in Betracht kommen. Ein solcher Austausch zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern tangiert nicht die Verschwiegenheitspflicht und schafft nicht die Gefahr, dass vertrauliche Interna nach außen dringen. Erst wenn eine solche interne Kommunikation zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern nicht weiterhilft, darf das Aufsichtsratsmitglied einen Sachverständigen aus der Gewerkschaft konsultieren.

Der BGH weist zu Recht darauf hin, dass externe Beratung im Einzelfall für die Tätigkeit im Aufsichtsrat sinnvoll sein kann.⁴⁵⁰ Er hat jedoch gleichzeitig genauso berechtigt die Gefahr einer unbegrenzten Informationsweitergabe an Berater bedacht, und die Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet, durch die Auswahl der Berater für eine Einhaltung der Verschwiegenheit zu sorgen und Missbräuchen vorzubeugen.⁴⁵¹ Die Weitergabe von Geheimnissen oder vertraulichen Informationen an Berater darf nicht dazu führen, dass dadurch die Verschwiegenheitspflicht ausgehöhlt wird. Es kommen damit in erster Linie nur Berater in Betracht, die selbst an die Verschwiegenheitspflicht gebunden sind, wie andere Aufsichtsratsmitglieder, Wirtschaftsprüfer oder

447 BGHZ 64, S. 325ff., 331f.; Raiser/Veil, § 25 Rn.134; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 106.

448 BGH, NJW 1983, S. 991ff., 992; vgl. auch Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 823.

449 In diese Richtung weist auch Veith, NJW 1966, S. 526ff., 528.

450 BGHZ 64, S. 325ff., 331f.; so auch Säcker, FS Rob. Fischer, S. 635ff., 650.

451 BGHZ 64, S. 325ff., 332.

Rechtsanwälte.⁴⁵² Besteht für den Berater keine Verschwiegenheitspflicht, so muss das Aufsichtsratsmitglied diesen vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichten.⁴⁵³ Somit ist es unzulässig, im Rahmen einer Beratung durch die Gewerkschaft Informationen weiterzugeben, die unter die Verschwiegenheitspflicht fallen, wenn der beratende Gewerkschafter nicht auch zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.⁴⁵⁴ Auch darf nach der Rechtsprechung des BGH die Beratung des Aufsichtsratsmitgliedes nur einzel-fallbezogen sein. Eine ständige Beratung des Aufsichtsratsmitgliedes durch einen externen Sachverständigen wäre mit der Höchstpersönlichkeit der Amtsausübung nicht in Einklang zu bringen.⁴⁵⁵

ee. Insiderinformationen

Bei der Weitergabe von Informationen aus dem Aufsichtsrat ist nicht nur die Verschwiegenheitspflicht zu beachten. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass besondere Vorsicht bei kapitalmarktrelevanten Informationen geboten ist.⁴⁵⁶ Ein Aufsichtsratsmitglied kann sich gem. § 38 I i.V.m. § 14 I Nr.2 WpHG strafbar machen, wenn es Insiderinformationen unbefugt weitergibt. Der Begriff der Insiderinformationen ist in § 13 WpHG legal definiert. Danach sind Insiderinformationen konkrete Informationen über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen oder mehrere Emittenten von Insiderpapieren oder die Insiderpapiere selbst beziehen und die geeignet sind, im Fall des öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung soll nicht auf die rechtlichen Probleme dieser Definition eingegangen werden.⁴⁵⁷ Es soll vielmehr die Frage diskutiert werden, wann ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat als Primärinsider⁴⁵⁸ befugtermaßen Insiderinformationen an eine Gewerkschaft weitergeben darf.

Zunächst ist festzustellen, dass im Kapitalmarktrecht überwiegend anerkannt ist, dass die Berichtspflichten des Vorstandes nicht durch das Insiderrecht begrenzt werden.⁴⁵⁹ Eine Weitergabe von Insiderinformationen aufgrund gesetzlicher Pflichten ist nicht „unbefugt“ im Sinne von § 14 I

mitglied⁴⁵² Vgl. auch Veith, NJW 1966, S. 526ff., 528.

⁴⁵³ Raiser/Veil, § 25 Rn. 134; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 106; Säcker, FS Rob. Fischer, S. 635ff., 650.

⁴⁵⁴ Vgl. auch Säcker, FS Rob. Fischer, S. 635ff., 651.

⁴⁵⁵ BGH, NJW 1983, S. 991ff., 991.

⁴⁵⁶ Vgl. auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 98.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu Kümpel/Veil in: Kümpel/Hammen/Ekkenga, Band 1, Teil 065 Rn. 66ff; Bruder, S. 27ff., Langenbucher, § 15 Rn. 13ff.

⁴⁵⁸ Vgl. Bruder, S. 40.

⁴⁵⁹ Bruder, S. 10, 51ff.

Nr. 2 WpHG.⁴⁶⁰ Durch die Vorstandsberichte erhält das Aufsichtsratsmitglied folglich unter Umständen kapitalmarktrelevante Informationen.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 22.11.2005 entschieden, dass eine Weitergabe von Insiderinformationen eines Verwaltungsratsvorsitzenden an seine Gewerkschaft unzulässig ist, wenn sie nicht in engem Zusammenhang mit der Ausübung der Arbeit oder des Berufes des Weitergebenden steht und für die Erfüllung dieser Aufgaben unerlässlich ist.⁴⁶¹ Ob die Weitergabe unerlässlich ist, ist weiterhin nach nationalem Recht zu beurteilen.⁴⁶² Die Ausführungen des EuGH sind von wesentlicher Bedeutung für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ in § 14 I Nr. 2 WpHG. Eine Weitergabe einer Insiderinformation ist dann nicht unbefugt, wenn sie im Rahmen der beruflichen Tätigkeit unerlässlich ist.⁴⁶³ In jedem Fall muss die Weitergabe den gesellschaftsrechtlichen Grenzen Rechnung tragen.⁴⁶⁴ Weiterhin zulässig dürfte damit die Weitergabe einer Insiderinformation an einen Berater aus der Gewerkschaft sein, sofern sie nach den unter dd. genannten Anforderungen entspricht.⁴⁶⁵ Dies hat jedenfalls zu gelten, wenn die Information von der beratenden Person für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt wird.⁴⁶⁶

ff. Verschärfung der Verschwiegenheitspflicht in der GmbH

Nachdem bereits oben festgestellt wurde, dass die Verschwiegenheitspflicht in der AG nicht durch die Satzung verschärft werden kann, soll nun noch die Frage erörtert werden, ob dies in der GmbH möglich ist. Der BGH hat diese Frage in seinem Leiturteil nicht geklärt. Gegen eine Verschärfung der Verschwiegenheitspflicht in der Aktiengesellschaft führt der BGH insbesondere § 23 V AktG an. Bei der Regelung der Verschwiegenheitspflicht in §§ 93 I 2, 116 AktG handele es sich um eine abschließende Regelung, die durch die Satzung weder verschärft noch gemildert werden könne.⁴⁶⁷ Eine § 23 V AktG entsprechende Regelung kennt das Recht der GmbH nicht. Daraus könnte zu schließen sein, dass die kraft des Verweises in § 25 I Nr. 2 MitbestG auch in der GmbH geltende Verschwiegenheitspflicht, durch die Satzung verschärft werden könnte, etwa in dem

460 Vgl. nur Bruder, S. 10 m.w.N.

461 EuGH, ZIP 2006, S. 123ff., 126f.; ähnlich Kümpel/Veil in: Kümpel/Hammen/Ekkenga, Band 1, Teil 065 Rn. 94.

462 EuGH, ZIP 2006, S. 123ff., 127.

463 Langenbucher, § 15 Rn. 85; Bruder, S. 46; a.A. nur auf die Zulässigkeit der Weitergabe abstellend Linker/Zinger, NZG 2002, S. 497ff., 500.

464 Vgl. Bruder, S. 93.

465 So wohl auch Pawlik in: KK-WpHG, § 14 Rn. 49.

466 Fischer zu Cramburg/Royé in: Heidel, § 14 WpHG, Rn.3; Vgl. auch Kümpel/Veil in: Kümpel/Hammen/Ekkenga, Teil 065 Rn. 94.

467 BGHZ 64, S. 325ff., 326f.; vgl. auch Lutter, Information, S. 294f.

Sinne, dass gegenüber den Gewerkschaften ein absolutes Schweigegebot gilt. Eine solche Verschärfungsmöglichkeit ließe sich eventuell auch aus der Generalkompetenz der Gesellschafterversammlung der GmbH folgern.⁴⁶⁸ Diese kann, anders als die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen, dieser etwa Weisungen erteilen. Der BGH hat in seinem Urteil zur Verschwiegenheitspflicht jedoch auch ausgeführt, dass der Gesetzgeber eine so wesentliche Entscheidung wie diejenige über Inhalt und Umfang der Verschwiegenheitspflicht nicht den Gesellschaften überlassen könne.⁴⁶⁹ Außerdem müsse es in Anbetracht der Bedeutung des Aufsichtsratsamtes und der mit ihm verbundenen Verantwortung, jedem Aufsichtsratsmitglied in gewissen Grenzen ermöglicht werden, im Einzelfall eine selbstständige Abwägung über die Verschwiegenheitspflicht zu treffen. Diese Argumentation gilt nicht nur in der Aktiengesellschaft, sondern ist auch auf die GmbH übertragbar. Auch hier muss ein einheitlicher gesetzlicher Maßstab für die Verschwiegenheitspflicht gelten.⁴⁷⁰ Im Ergebnis können daher die für die Aktiengesellschaft entwickelten Grundsätze⁴⁷¹ in vollem Umfang auf die GmbH übertragen werden.

e. Teilnahmerecht

Von Bedeutung für die Tätigkeit eines Aufsichtsrats ist nicht nur der Informationsprozess im Aufsichtsrat, sondern auch die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen. Alle Aufsichtsratsmitglieder sind berechtigt und gleichzeitig auch dazu verpflichtet an den Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen.⁴⁷² Grundsätzlich kann ihnen das Teilnahmerecht nicht entzogen werden.⁴⁷³ Eine Ausnahme davon ist nur bei einer konkreten Gefährdung wesentlicher Belange der Gesellschaft möglich.⁴⁷⁴ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Problemkreis erfolgt im Rahmen der Ein-

468 So Wessing/Hölters, DB 1976, S. 1671ff., 1673.

469 BGHZ 64, S. 325ff., 327.

470 So auch Raiser/Veil, § 25 Rn. 136.

471 Unter D II 2 d aa bis ee.

472 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 424; Lutter/Krieger, Rn. 699; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 19. Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 57; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn.7.

473 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 57; Hüffer, § 109 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 19.

474 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 57; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 19; Raiser/Veil, § 25 Rn. 31; Hüffer, § 109 Rn. 2; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 19; a.A. Köstler/Zachert/Müller, Rn. 424.

schränkung der Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes im Arbeitskampf.⁴⁷⁵

475 Unter Teil E III 3.

E. Einschränkung der Rechte in Tarifaueinandersetzungen und im Arbeitskampf

Ob und inwiefern die unter Teil D II. dargestellten Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes im Rahmen von Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen einzuschränken sind, ist bisher wenig geklärt und das Meinungsspektrum zu dieser Frage sehr vielfältig. Aus der Sicht des mitbestimmten Unternehmens erscheint es wünschenswert, den Einfluss der Gewerkschaftsvertreter auf dessen tarifpolitischen Entscheidungen möglichst gering zu halten. Es wäre, wie bereits oben erwähnt, zumindest rechtspolitisch bedenklich, wenn die Gewerkschaftsvertreter ihre Rechte aus dem Aufsichtsratsmandat dazu einsetzen könnten, ihrer Gewerkschaft zum Beispiel wichtige Informationen über die Kampfaktik oder das finanzielle Durchhaltevermögen des Unternehmens zuzuspielen. Denkbar wäre unter Umständen auch die Situation, dass ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat über tarifpolitische oder arbeitskampftaktische Entscheidungen mit abstimmt oder die Autorität seines Aufsichtsratsmandats zur Unterstützung des Streiks einsetzt. Dadurch würde der Eindruck entstehen, dass sogar Teile der Unternehmensleitung den Streik unterstützen. Auch wenn bisher nicht viele Fälle solcher Interessenkollisionen Realität geworden oder schlichtweg nicht an die Öffentlichkeit gelangt sind, so zeigt doch nicht zuletzt das wiederholte Verhalten des ver.di-Vorsitzenden Frank Bsirske, dass Interessenkollisionen nicht gänzlich ausgeschlossen werden können. Allerdings soll hier noch einmal betont werden, dass die berühmten „rechtspolitischen Bauchschmerzen“, die mancher in solchen Fällen empfinden mag, nicht von einer Konfliktlösung auf normativer Basis entbinden. Die Rechte eines Aufsichtsratsmitgliedes sowohl der Anteilseigner als auch der Arbeitnehmerseite können nur dann eingeschränkt werden, wenn sich dafür eine rechtliche Grundlage finden lässt. Das, soweit ersichtlich, einzige Urteil zu dieser Problematik wurde im Rahmen des Metallarbeiterstreiks im Jahr 1954 in München vom OLG München erlassen.⁴⁷⁶ Das Gericht hatte über eine Schadensersatzklage gegen zwei Aufsichtsratsmitglieder zu entscheiden, die sich aktiv am Streik gegen die mitbestimmte Gesellschaft beteiligt hatten. Es entschied damals, dass das Aufsichtsratsmandat eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat während eines Arbeitskampfs ruhe.⁴⁷⁷ Seine Lösung ent-

476 OLG München, BB 1956, S. 995; siehe dazu auch die Vorinstanz LG München I, BB 1956, S. 240 und die Auseinandersetzungen bei Guizetti, AuR 1956, S. 132ff.; Meissinger, DB 1957, S. 236f., 259ff. und Radke, NJW 1956, S. 1581ff.

477 OLG München, BB 1956, S. 996; Müller, DB 1975, S. 253ff., 253; Martens, ZGR 1977, S. 422ff., 429f.; Meilicke, FS W.Schmidt, S. 70ff., 85; ebenfalls für eine Suspendierung von einzelnen Rechten aus dem Aufsichtsratsamt während des

wickelte das OLG anhand der damaligen Arbeitskampfrechtsprechung des BAG. In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1955⁴⁷⁸ ging das BAG zum ersten Mal davon aus, dass ein rechtmäßiger Arbeitskampf die Arbeitsverhältnisse der streikenden Arbeitnehmer nur suspendiert.⁴⁷⁹ Damit waren die Arbeitnehmer nicht mehr gezwungen, ihr Arbeitsverhältnis vor einem Arbeitskampf zunächst zu kündigen, um sich durch den Streik nicht vertraglichen Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers auszusetzen. Das OLG München knüpfte in seiner Entscheidung an diese Rechtsprechung an und ging offensichtlich vom Ruhen des Arbeitsverhältnisses im Ganzen aus. Es schloss daraus, dies führe auch zu einem Erlöschen des Aufsichtsratsamtes bei einer Streikbeteiligung des Aufsichtsratsmitgliedes.⁴⁸⁰ Seinen Gedankengang untermauerte das OLG noch mit folgender Argumentation. Zum einen wäre der Sinn und Zweck der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, für eine kooperative Zusammenarbeit von Kapital und Arbeit zu sorgen, im Falle eines Streiks nicht mehr realisierbar. Eine solche Zusammenarbeit wäre nicht mehr möglich, sofern es zum offenen Kampf zwischen Arbeitnehmern und Eigentümern käme.⁴⁸¹ Zum anderen wären im Falle des Fortbestehens des Aufsichtsratsmandats die Arbeitnehmervertreter unerträglichen Interessen- und Pflichtenkollisionen ausgesetzt.⁴⁸² Diese ließen sich auch nicht durch ein Stimmverbot befriedigend lösen.⁴⁸³ Das Gericht ging in seiner Entscheidung ausdrücklich nur von der Situation der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter aus. Es ließ offen, ob seine Rechtsprechung auch auf andere Vertreter im Aufsichtsrat ausgedehnt werden könnte.⁴⁸⁴ Zumindest die Ableitung des Ruhens des Aufsichtsratsmandats aus der Suspendierung des Arbeitsverhältnisses während des Streiks kann mangels Arbeitsverhältnisses ohnehin nicht für die externen Gewerkschaftsvertreter herangezogen werden.

Auf den ersten Blick erscheint zumindest das Ergebnis des Urteils verlockend, entbände doch eine Suspendierung des Aufsichtsratsamts der Arbeitnehmervertreter von einer Lösung der Folgeprobleme um eine Streikteilnahme, einen Teilnahme- bzw. Stimmrechtsausschluss, die Verschwiegenheitspflicht und die Zurückhaltung von Informationen. Vom heutigen Standpunkt aus betrachtet muss das Urteil jedoch als überholt

Arbeitskampfes Reuter, AcP 179, S. 509ff., 560f.; ders. RdA 1988, S. 280ff., 286;

478 BAG, NJW 1955, S. 882ff.

479 BAG, NJW 1955, S. 882ff.

480 OLG München, BB 1956, S. 996; Dreher, JZ 1990, S. 896ff., 897.

481 OLG München, BB 1956, S. 995.

482 OLG München, BB 1956, S. 995.

483 OLG München, BB 1956, S. 995.

484 OLG München, BB 1956, S. 995.

gelten. Nach der gegenwärtig nahezu unbestrittenen Auffassung suspendiert ein Streik nicht das Arbeitsverhältnis als Ganzes, sondern nur die Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht.⁴⁸⁵ Nach der Rechtsprechung des BAG ruht deshalb auch das Betriebsratsamt während eines Arbeitskampfs nicht.⁴⁸⁶ Dasselbe muss konsequenterweise auch für das Aufsichtsratsamt gelten. Sofern Gegenteiliges für die Aufsichtsratsmitglieder aus dem Problem der möglichen Interessen- bzw. Pflichtenkollision in der Person eines Arbeitnehmersvertreters in solchen Situationen hergeleitet wurde, ist zu Recht heute allgemein anerkannt, dass der Gesetzgeber durch Erlass des MitbestG 1976 solche Konflikte zumindest hingenommen und institutionalisiert hat.⁴⁸⁷ Außerdem wird nach der heutigen Rechtsprechung des BAG während eines Arbeitskampfs nicht mehr das Arbeitsverhältnis an sich suspendiert, sondern nur dessen Hauptleistungspflichten.⁴⁸⁸ Daneben wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass es unzulässig ist, Arbeitsverhältnis und Organverhältnis aneinander zu koppeln.⁴⁸⁹ Die Argumentation des OLG München würde, konsequent zu Ende gedacht, dazu führen, dass die nicht unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter keinen Einschränkungen während eines Arbeitskampfes unterlägen, denn sie stehen in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft, welches an das Mandat gekoppelt wäre. Eine solche Ungleichbehandlung erscheint höchst bedenklich.⁴⁹⁰ Gegen ein Ruhen des Aufsichtsratsmandats spricht außerdem, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied für die Zeit des Arbeitskampfs vollständig von der Arbeit im Aufsichtsrat ausgeschlossen wäre. Es wäre damit nicht nur bezüglich der tarifpolitischen Maßnahmen von der Aufsichtsratsarbeit ausgeschlossen, sondern könnte auch an sämtlichen von dem Tarifkonflikt nicht beeinflussten Abstimmungen weder teilnehmen noch Informationen hierüber einfordern.⁴⁹¹ Bedenken, dass ein Vorstand diese Situation ausnutzen könnte, um Beschlüsse im Aufsichtsrat ohne unliebsame Arbeitnehmervertreter herbeizuführen, sind nicht ganz von der Hand zu weisen. Ein Ruhen eines Amtsverhältnisses ist dem Gesellschaftsrecht nicht nur voll-

485 BAG, NZA 2000, S. 487ff., 488; ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 193; Brox/Rüthers, Rn. 287; Lieb/Jacobs, Rn. 570.

486 Vgl. die Nachweise bei Hromadka/Maschmann, § 14 Rn. 153.

487 Vgl. Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 455; Behr, AG 1985, S. 281ff., 285; Nagel, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 273; Hanau/Wackerbarth, Die Mitbestimmung 2004, S. 66ff., 67.

488 Vgl. Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 446f.; missverständlich Däubler, Rn. 134.

489 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 115; Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 406; Mertens AG 1977, S. 306ff., 307; Hofmann/Lehmann/Weinmann, § 29 Rn. 29; Laue-Streblow, S. 137f.; Westerbarkey, S. 91f.; kritisch zum Urteil des OLG München auch Meissinger, DB 1957, S. 259ff., 260.

490 Vgl. auch Westerbarkey, S. 92.

491 Matthießen, S. 24.

kommen unbekannt, sondern auch systemwidrig.⁴⁹² Als Beendigungstatbestände sind nur das Ende der Amtszeit und die Abberufung gesetzlich anerkannt.⁴⁹³ Es hat sich dementsprechend auch die Ansicht durchgesetzt, dass das Aufsichtsratsmandat aller Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während Tarifaueinandersetzungen und Arbeitskämpfen weder ruht noch erlischt.⁴⁹⁴ Wenn teilweise ein Erlöschen des Aufsichtsratsmandats für den Fall einer dauerhaften Interessenkollision erwogen wird,⁴⁹⁵ so kann dies – abgesehen von der grundsätzlichen rechtlichen Würdigung – zumindest nicht für den hier interessierenden Fall der Tarifkonflikte in Betracht kommen. Geht man vom Vorliegen einer Interessenkollision aus, so handelt es sich doch nur um eine vorübergehende. An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die Tarifpolitik keineswegs zum Alltagsgeschäft des Aufsichtsrats gehört.

I. Einschränkung des Streikrechts?

In dem hier als Beispiel dienenden „Fall Bsirske“ wurde bereits vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes höchst kontrovers diskutiert, ob und inwieweit sich ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat am gegen das mitbestimmte Unternehmen gerichteten Arbeitskampf beteiligen darf.⁴⁹⁶ Dabei ist die Tendenz zu beobachten, dass das gesellschaftsrechtliche Schrifttum überwiegend eine Lösung aufgrund der gesellschaftlichen Pflichtenbindung der Organmitglieder anstrebt, während im arbeitsrechtlichen Schrifttum der Schwerpunkt meist auf den Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes gelegt wird.

1. Das Streikrecht der Gewerkschaftsvertreter und -mitglieder im Aufsichtsrat

Teilweise wird ein Streikrecht der externen Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat mit der Begründung abgelehnt, diese seien nur deshalb im Aufsichtsrat vertreten, weil sie größere „Branchenkenntnisse und einen

492 Westerbarkey, S. 93.

493 Schuelper, S. 55; vgl. auch Mertens, AG 1977, S. 306ff., 307.

494 Mertens, AG 1977, S. 306ff., 307; Jacklowsky, S. 129; Moll, FS Luer, S. 259ff., 262; Raiser/Veil, § 25 Rn.144f; Häuser, S. 140f.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 115; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 26 Rn. 29; Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1514f.; Kissel, § 42 Rn. 45; Brox/Rüthers-Brox, Rn. 631; Löwisch/Rieble in: Löwisch, 170.2 Rn. 275; MüKoAktG/Gach, § 25 MitbestG Rn. 18; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 275.

495 Martens, ZGR 1977, S. 422ff, 429; Reuter, AcP 179, S. 509ff., 560.

496 Beispielhaft seien hier genannt die Beiträge von Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., Radke, NJW 1956, S. 1581ff. und Meissinger, DB 1956, S. 688ff., DB 1957, S. 236f, 259ff.

tieferen Einblick in die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge besitzen“.⁴⁹⁷ Weshalb dies aber einen generellen Ausschluss des Streikrechts rechtfertigen soll, bleibt unklar. Gegen den generellen Ausschluss spricht vielmehr, dass auch die externen Gewerkschaftsfunktionäre durch Art. 9 III GG geschützt sind. Auch Überlegungen, das Aufsichtsratsmitglied verzichte mit freiwilligem Eintritt in den Aufsichtsrat auf sein Streikrecht, können als überholt gelten. Es fehlt in aller Regel bereits an einem entsprechenden Verzichtswillen.⁴⁹⁸ Die Problematik ist allerdings noch im Rahmen einer umfassenden Abwägung an späterer Stelle zu würdigen.⁴⁹⁹

2. Grundkonstellation

Als ausführlich diskutierte „Grundkonstellation“ kann der Fall angesehen werden, in dem das Aufsichtsratsmitglied in seiner Eigenschaft als Gewerkschaftsfunktionär in Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe mit der „eigenen“ Aktiengesellschaft involviert ist. Folglich richten sich die einzelnen Maßnahmen, wie z.B. die Streikorganisation oder der Streikaufruf direkt gegen die Gesellschaft, deren Organmitglied der Gewerkschaftsfunktionär ist.

a. Passives Streikrecht

Als weitgehend geklärt dürfte gelten, dass sich ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat passiv am Streik beteiligen darf.⁵⁰⁰ Gegen eine solche Beteiligung bestehen keine Bedenken. Es kann dem Gewerkschaftsfunktionär als Vertreter der Arbeitnehmer kaum zugemutet werden, als Streikbrecher aufzutreten.⁵⁰¹ Außerdem würde eine so weitgehende Einschränkung des Streikrechts gegen Art. 9 III GG verstoßen. Gerade die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder können und sollen ihre Verbundenheit mit der vorschlagenden Gewerkschaft nicht leugnen müssen.⁵⁰² Das passive Streikrecht der externen Gewerkschaftsvertreter ist freilich nicht von großem praktischem Wert, denn diese schulden dem Unternehmen im Unterschied zu den anderen Arbeit-

497 Schuelper, S. 88.

498 Schuelper, S. 45f.

499 Unter E I 2 b bb.

500 Vgl. Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1516; Raiser/Veil, § 25 Rn. 141; Hanau/Wackerbarth, S. 70; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 26 Rn. 27; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 272; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134; Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 423; Häuser, S. 133; Kissel, § 42 Rn. 46; Löwisch/Rieble in: Löwisch, 170.2, Rn. 275; Zachert, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 246ff., 252.

501 Meissinger, DB 1956, S. 688ff., 691; Häuser, S. 133.

502 Vgl. auch Säcker, Informationsrechte, S. 80.

nehmersvertretern keine Arbeitsleistung, die sie verweigern könnten.⁵⁰³ Insofern wird die passive „Arbeitsniederlegung“ durch einen Gewerkschaftsfunktionär wohl kaum den mit einem Arbeitskampf bezweckten Druck auf das Unternehmen ausüben.

b. Aktives Streikrecht

Die Rolle der Gewerkschaftsvertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat wird demnach selten auf eine passive zu reduzieren sein. Vielmehr sind die Aufsichtsräte in der Regel mit Gewerkschaftsvertretern besetzt, die auch eine führende Rolle in der Gewerkschaft innehaben.⁵⁰⁴ Sie werden sich dementsprechend auch in einem etwaigen Arbeitskampf in verschiedenster Weise an dessen Durchführung, wie im „Fall Bsirske“ aktiv beteiligen – möglicherweise in der Streikleitung oder durch Aufforderung in seiner Funktion als Gewerkschaftsvorsitzender dem Streikaufruf zu folgen. Ein solcher Aufruf hat zum einen eine deutlich größere Öffentlichkeitswirkung und zudem auch ein stärkeres Gewicht als etwa ein Aufruf durch die Bezirksleitung. Daraus ergibt sich die größere praktische Bedeutung der Frage, ob ein Gewerkschaftsvertreter sich auch aktiv am Streik beteiligen kann, indem er zum Beispiel als Streikposten fungiert, aktiv zum Streik aufruft oder den Streik sogar organisiert. Konsens besteht nur insoweit, als anerkannt ist, dass ein Aufsichtsratsmitglied seine Kenntnisse aus dem Aufsichtsratsamt nicht für eine effektivere Streikdurchführung missbrauchen darf.⁵⁰⁵ Dem Aufsichtsratsmitglied ist es verwehrt, sein Amt in einem Arbeitskampf, in welcher Form auch immer, zugunsten der Arbeitnehmerseite in die Waagschale zu legen.⁵⁰⁶ Unzulässig wäre danach etwa ein Streikaufruf in „der Funktion als Aufsichtsratsmitglied“ oder auch die Ausnutzung von im Aufsichtsrat gewonnenen Erkenntnissen zugunsten der Streikenden. Auch dürfte geklärt sein, dass sich ein Aufsichtsratsmitglied nicht an einem rechtswidrigen Streik beteiligen darf.⁵⁰⁷

503 Vgl. auch Hanau/Wackerbarth, S. 70.

504 Etwa Frank Bsirske bei der Lufthansa AG, Jürgen Peters bei VW oder Norbert Hansen bei der Deutschen Bahn AG.

505 Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1518; Möllers, NZG 2003, S. 697ff., 700; MüKoAktG/Gach, § 25 MitbestG, Rn. 21; Kissel, § 42 Rn. 46; Langenbucher, § 5 Rn. 84; wohl auch Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 135.

506 Säcker, Informationsrechte, S. 81; Jacklofsky, S. 128f.; ähnlich Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 135: keine Berufung auf die Stellung als Aufsichtsratsmitglied.

507 Häuser, S. 131; Lux, S. 180; Mertens in: KK, Anh. § 117 B § 25 MitbestG, Rn. 14; a.A. Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 26 Rn. 24, der nur eine Arbeitsvertragsverletzung und deliktsrechtliche Ansprüche in Betracht zieht.

aa. Meinungsstand

Über diesen Grundkonsens hinaus wird eine Vielzahl von Meinungen vertreten. Diese beziehen sich in der Regel auf alle Mitglieder der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat. Deshalb wird im Folgenden noch keine Unterscheidung zwischen den von den Gewerkschaften vorgeschlagenen und den zwingend unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern getroffen. Dies soll an den relevanten Stellen im Rahmen der eigenen Meinungsbildung geschehen. Unterschiedliche Ergebnisse für beide Gruppen sich freilich nicht zu erwarten.

Bedenken gegen ein aktives Streikrecht werden in mehreren Hinsichten geäußert.⁵⁰⁸ Zunächst gerät eine aktive Streikbeteiligung in Konflikt mit

508 Überblick auch bei Hanau/Wackerbarth, S. 70ff.; für Zulässigkeit der aktiven Streikteilnahme: Zachert, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 246ff., 252; Bocker, S. 245f.; Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 136f.; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 273f.; Kissel, § 42 Rn. 46; Löwisch/Rieble in: Löwisch, 170.2 Rn. 275; Brox/Rüthers-Brox, Rn. 628; MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 66; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 361; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 18; Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 26 Rn. 27; Guizetti, AuR 1956, S. 132ff., 135; MüKoAktG/Gach, § 25 MitbestG, Rn. 21; Radke, NJW 1956, S. 1581ff., 1583f.; Hanau/Wackerbarth, Die Mitbestimmung 2004, S. 66ff., 69; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 119 sowie Lux, S. 180, die allerdings davon ausgehen, dass das Aufsichtsratsmitglied das Unternehmensinteresse nicht in unzumutbarer Weise vernachlässigen dürfe; ähnlich auch Wichert in: Heidel, § 116 AktG Rn. 11, wonach es darauf ankomme, ob der Streik dem Unternehmensinteresse widerspricht, was in der Regel nicht der Fall sein soll; in diese Richtung auch Möllers, NZG 2003, S. 697ff., 699f. der eine Einzelfallentscheidung treffen will; auf den Einzelfall abstellend wohl auch Thüsing, Sozialer Fortschritt 2006, S. 50ff., 53; Brinkmann, S. 293f. hält eine aktive Streikteilnahme für zulässig sofern das Gebot der kooperativen und vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht missachtet wird; gegen ein aktives Streikrecht: Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 423f.; Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 52.; Moll, FS Luer, S. 259ff., 267ff.; Mertens in: KK, Anh. § 117 B § 25 MitbestG Rn. 13; Seiter, FS Müller, S. 589ff., 606; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 940; Kleine, S. 198ff.; Lutter/Krieger, Rn. 908; Hopt, ZGR 2004, S. 1ff., 33; Laue-Streblow, S. 157ff.; Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 210; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 27 Rn. 63; Dürr, S. 145f.; Boesebeck, AG 1961, S. 117ff., 118; Hoffmann/Lehmann/Weinman, § 25 Rn. 134, die allerdings erwägen für die Gewerkschaftsvertreter die Grundsätze des entschuldigenden oder rechtfertigenden Notstands anzuwenden; Kritik auch bei Leyens, JZ 2007, S. 1061ff., 1066 insb. Fn. 96; ders., Information, S. 315 hält jedenfalls die Herbeiführung eines unverhältnismäßig hohen Schadens für unzulässig; abwägend Ensck, S. 182ff.; differenzierend auch Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456f. und

der Verpflichtung des Organmitglieds auf das Unternehmensinteresse.⁵⁰⁹ Die Treuebindung aller Aufsichtsratsmitglieder und die Pflicht zum Handeln im Interesse des Unternehmens, bestehe auch beim Tätigwerden als Arbeitnehmer und nicht nur beim Handeln in der Funktion als Aufsichtsrat.⁵¹⁰ Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite könnten sich während eines Arbeitskampfs nicht einfach von der Rolle als Aufsichtsrat lossagen und im nächsten Moment als Arbeitnehmer handeln.⁵¹¹ Des Weiteren führe eine aktive Streikteilnahme dazu, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat nicht mehr möglich sei, und gefährde damit den Mitbestimmungsgedanken.⁵¹² In der Tat existiert die Gefahr, dass eine aktive Streikteilnahme der Arbeitnehmervertreter die Fronten im Aufsichtsrat auf Dauer verhärtet und damit eine sachliche Entscheidungsfindung zumindest erschwert.⁵¹³

Andererseits wird angeführt, dass es sich bei der zwingenden Beteiligung von führenden Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt.⁵¹⁴ Dabei habe dieser auch in Kauf genommen, dass die Gewerkschaftsvertreter sich aktiv an Streiks beteiligen würden.⁵¹⁵ Man könne dem Gesetzgeber schwerlich unterstellen, dass er übersehen habe, dass gerade die führenden Gewerkschaftsfunktionäre in die Aufsichtsräte gewählt werden würden.⁵¹⁶ Die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat könne weiterhin nicht zu einer Einschränkung oder dem Ausschluss von verfassungsrechtlichen Gewährleistungen führen.⁵¹⁷ Die Koalitionsfreiheit sei der gesellschafts-

Jacklofsky, S. 130ff.; anders Häuser, S. 132ff., der eine aktive Streikteilnahme von Gewerkschaftsmitgliedern und -vertretern im Aufsichtsrat für zulässig erachtet, nicht dagegen eine solche von nichtorganisierten Arbeitnehmervertretern.

509 Seiter, FS Müller, S. 589ff., 606.

510 Laue-Streblow, S. 157f.; Kroneberg, S. 161f.

511 Laue-Streblow, S. 158.

512 Hopt, ZGR 2004, S. 1ff. 37; Schuelper, S. 67; diesen Gedanken hat auch schon das OLG München, BB 1956, S. 995 aufgeworfen.

513 vgl. Jacklofsky, S. 122.

514 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 73; Häuser, S. 133; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff., 273; kritisch Leyens, JZ 2007, S. 1061ff., 1066 Fn. 96; a.A. Seiter, FS Müller, S. 589ff., 606.

515 Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 406; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 118; ähnlich: Wichert in: Heidel, § 25 MitbestG, Rn. 10.

516 Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1518; Brocker, S. 245; Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 406.

517 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 73; Seifert in: Jürgens/Schuppert/Sadowski/Weiss, S. 258ff.; Brocker, S. 245.

rechtlichen Pflichtenbindung vorrangig.⁵¹⁸ Zum gleichen Ergebnis kommt Hanau aufgrund der von ihm proklamierten Trennung von Aufsichtsratsmandat und Dienstverhältnis zur Gesellschaft.⁵¹⁹ Ein Ausschluss des aktiven Streikrechts sei schließlich nicht mit dem Diskriminierungsverbot des § 26 S.2 MitbestG zu vereinbaren.⁵²⁰ Für ein unbeschränktes aktives Streikrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wird auch mit einem Vergleich zur Stellung der Betriebsratsmitglieder im Arbeitskampf argumentiert. In § 74 II 2 BetrVG ist geregelt, dass der Betriebsrat im Arbeitskampf einer Friedenspflicht unterliegt.⁵²¹ Eine solche sei für den Aufsichtsrat gerade nicht normiert.⁵²²

Hoffmann/Lehmann/Weinmann heben dagegen die Unterscheidung zwischen Pflichtenkollision und Interessenkollision hervor. Man habe danach zu unterscheiden, ob eine Pflicht mit einem Interesse oder eine Pflicht mit einer anderen Pflicht kollidiert. Für den ersten Fall habe das RG bereits entschieden,⁵²³ dass die gesetzlichen Pflichten einem bloßen Interesse vorgingen. Loyalität gegen über einer Gruppe sei keine Pflicht und müsse deshalb zurückstehen.⁵²⁴ Ein Streik könne niemals im Interesse des Unternehmens sein, da er gerade auf eine Schadenszufügung durch Arbeitsniederlegung gerichtet sei.⁵²⁵ Die Wahrnehmung von Loyalitätsrücksichten könne eine aktive Streikbeteiligung deshalb nicht rechtfertigen.⁵²⁶ Allerdings sehen Hoffmann/Lehmann/Weinmann die Sonderstellung der Gewerkschaftsvertreter. Sie ziehen für diese eine Rechtfertigung aufgrund entschuldigenden oder rechtfertigenden Notstands in Betracht;⁵²⁷ räumen allerdings selbst ein, dass eine aktive Streikbeteiligung wohl nie unvermeidbar sein werde.⁵²⁸ Sie halten im Ergebnis eine im Einzelfall angemessene aktive Streikbeteiligung zwar für rechtswidrig, aber unverschuldet. Die Gesellschaft hätte demzufolge einen Unterlassungsanspruch gegen den Gewerkschaftsvertreter, aber keinen Schadensersatzanspruch.

-
- 518 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 73; Brocker, S. 245; Gaumann/Schafft, DB 2000, S. 1514ff., 1518; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 361; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 18.
 - 519 Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 406; so auch Brox/Rüthers-Brox, Rn. 628.
 - 520 Kempen, NZA 2005, S. 185ff, 191; ders. GS Heinze, S. 437ff., 440.
 - 521 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 73; Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 439.
 - 522 Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 73; Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 439.
 - 523 RGZ 165, S. 82ff.
 - 524 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134.
 - 525 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134.
 - 526 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134.
 - 527 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134.
 - 528 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 134.

bb. Lösungsweg

Im folgenden Abschnitt soll eine Auseinandersetzung mit den dargestellten Ansichten erfolgen und eine vermittelnde Lösung entwickelt werden.

(1.) Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand

Beide Extrempositionen lassen sich nicht halten. Weder die Ablehnung eines aktiven Streikrechts noch eine unbegrenzte Annahme desselben, werden dem Spannungsverhältnis zwischen Organstellung und Koalitionsfreiheit gerecht. Ein Ausschluss des aktiven Streikrechts scheitert zunächst im Hinblick auf die Gewerkschaftsfunktionäre und Gewerkschaftsmitglieder nicht schon am Benachteiligungsverbot des § 26 S. 2 MitbestG. § 26 S. 2 MitbestG soll primär verhindern, dass die Arbeitnehmervertreter wegen ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat negative Auswirkungen auf ihr Arbeitsverhältnis zu befürchten haben. Das Verbot schützt schon nach seinem eindeutigen Wortlaut nur die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die auch gleichzeitig Arbeitnehmer des Unternehmens sind, nicht auch die Gewerkschaftsfunktionäre.⁵²⁹ Andererseits gilt § 26 S. 2 MitbestG nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber jedermann.⁵³⁰ Für eine Erstreckung von § 26 MitbestG auf die Einschränkung des Streikrechts der externen Gewerkschaftsvertreter im Wege der Analogiebildung fehlt es nicht zuletzt an der Vergleichbarkeit der Interessenlage. Der unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter soll durch das Benachteiligungsverbot in erster Linie vor Konsequenzen einer täglichen Ungleichbehandlung bei der Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers bis hin zur Kündigung wegen der Tätigkeit im Aufsichtsrat schützen. Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Arbeitnehmervertreter sein Amt nicht unabhängig ausüben kann, weil er negative Maßnahmen des Arbeitgebers oder anderer Personen bei unpopulären Entscheidungen im Aufsichtsrat oder alleine wegen seines Mandats fürchtet. Dieser Schutzzweck trifft das Problem der Einschränkung des Streikrechts nicht. Weder geht es dabei um Nachteile im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, noch wird durch eine Einschränkung des Streikrechts die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitgliedes tangiert. Nicht der Arbeitgeber oder eine andere Person diskriminiert das Aufsichtsratsmitglied durch die Einschränkung der Streikteilnahme, sondern die Einschränkung des Streikrechts wird aus den gesellschaftsrechtlichen

529 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 26 Rn. 12; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 26 Rn. 14.

530 Mittlerweile wohl unbestritten, vgl. Raiser/Veil, § 26 Rn. 11; MüKoAktG/Gach, § 26 MitbestG, Rn. 9; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 26 Rn. 14; a.A. noch Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 26 Rn. 12.

Organpflichten entwickelt. Diese bestanden schon vor Erlass des MitbestG. Hätte der Gesetzgeber in ihnen eine Diskriminierung gesehen, hätte er sie bei Erlass von § 26 MitbestG in entsprechender Weise einschränken können. Vielmehr unterliegt jedes Aufsichtsratsmitglied dem gleichen Pflichtenmaßstab. Dass sich dieser bei jedem Aufsichtsratsmitglied anders, insbesondere bei anderen Lebenssachverhalten auswirkt, liegt in der Natur der Sache. Auch für die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmervertreter erscheint die Berufung auf das Diskriminierungsverbot höchst fragwürdig. Denn auch hier darf nicht übersehen werden, dass die Einschränkung des Streikrechts alleine der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindung geschuldet ist. Es soll natürlich bei der Auseinandersetzung auch berücksichtigt werden, dass die Gewerkschaftsmitglieder und Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat bei einer Einschränkung des aktiven Streikrechts gleichzeitig in ihrer Koalitionsfreiheit beschränkt werden. Ob im Ergebnis die Koalitionsfreiheit schwerer wiegt als die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist jedoch keine Frage der Diskriminierung, sondern letztlich nur durch Abwägung zwischen den geschützten Rechtsgütern des Unternehmens und der Koalitionsfreiheit zu entscheiden.

Lutter/Quack bezeichnen ein Verbot der aktiven Streikteilnahme für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat als „Schutzschild gegen Arbeitskämpfe“.⁵³¹ Eine solche Folge könne vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein.⁵³² Dagegen lässt sich einwenden, dass durch ein Streikverbot der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sicherlich ein Streik gegen das mitbestimmte Unternehmen nicht unmöglich wird. Ein Streik ist schließlich nicht von den maximal zehn Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat abhängig.

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob nicht der Sinn und Zweck der Unternehmensmitbestimmung einem Verbot der aktiven Streikteilnahme entgegensteht. Es erscheint aber in der Tat widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber mit dem Mitbestimmungsgesetz den Arbeitnehmern eine Beteiligung in den Unternehmensorganen ermöglichen, gleichzeitig dadurch aber auch deren Koalitionsfreiheit ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung einschränken wollte. Allerdings ging der Gesetzgeber, wie bereits oben erwähnt, auch von der Beibehaltung des gesellschaftsrechtlichen Ordnungsgefüges aus. Das bedeutet, dass eine Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ebenso wenig beabsichtigt war. Könnte man nicht auch sagen, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, das Problem werde sich mit dem geltenden Gesellschaftsrecht lösen lassen? Zumindest ließe sich argumentieren, der Gesetzgeber habe eine

⁵³¹ Lutter/Quack, FS Raiser, S. 259ff., 265.

⁵³² Lutter/Quack, FS Raiser, S. 259ff., 266.

Auflockerung der organschaftlichen Bindungen ausdrücklich anordnen müssen, was er nicht getan hat.⁵³³ Deshalb lässt sich aus diesem Zusammenhang noch nicht zwingend auf die uneingeschränkte Aufrechterhaltung der Koalitionsfreiheit schließen.⁵³⁴

Auch der Gegenschluss aus § 74 II BetrVG, der für die Zulässigkeit einer aktiven Streikbeteiligung angeführt wird, ist keineswegs zwingend. Ausdrücklich gilt die dort geregelte Friedenspflicht nur für den Betriebsrat als Organ und nicht für die einzelnen Betriebsratsmitglieder. Die allgemeine Meinung geht – insbesondere im Hinblick auf § 74 II 2, letzter Halbsatz BetrVG – davon aus, dass die einzelnen Betriebsratsmitglieder streiken dürfen. Allerdings lässt sich die Stellung des Betriebsrats nicht mit der des Aufsichtsrats vergleichen. Der Betriebsrat ist als Gegenspieler des Arbeitgebers konzipiert.⁵³⁵ Er kann seine Interessen diesem gegenüber im Notfall auch konfrontativ bis zu einem Einigungsstellenverfahren vertreten. Er ist nicht, wie der Aufsichtsrat, ein interessenpluralistisches Gremium, das auf einen organinternen Ausgleich der verschiedenen Interessen und in letzter Konsequenz auf das Unternehmensinteresse ausgerichtet ist. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, wenn dem Betriebsrat ein Streikrecht zugesprochen wird. Rückschlüsse auf ein Streikrecht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat lassen sich daraus aber nicht ziehen. Kempen meint dagegen, dass der Gesetzgeber, hätte er ein Verbot der aktiven Streikbeteiligung hinsichtlich des Aufsichtsratsorgans gewollt, dies ausdrücklich hätte normieren müssen. Dies sei ihm jedoch nicht möglich gewesen, weil er ansonsten gegen die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite verstoßen hätte.⁵³⁶ Er begründet dies damit, dass der Aufsichtsrat auf Arbeitgeberseite durchaus in einigen Fällen, etwa dem Firmentarifvertrag, zur Zustimmung berufen sein könne. Ohne eine Entscheidung des Aufsichtsrats wäre damit die Durchführung der Arbeitskampfmaßnahme nicht möglich. Diese Argumentation kann kaum überzeugen. Dass unter Umständen der Gesetzgeber kein Arbeitskampfverbot gegenüber dem Gesamtorgan Aufsichtsrat hätte aussprechen können, kann nicht erklären, warum außerhalb der Organtätigkeit ein schrankenloses Streikrecht des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes gelten soll. Ein Konflikt mit der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite hätte sich nur dann ergeben, wenn innerhalb der Aktiengesellschaft, etwa in der Geschäftsordnung des Vorstands, des Aufsichtsrats oder der Satzung, ein Zustimmungsvorbehalt bestehen würde. Dieser könnte ohne Probleme durch das zuständige Organ der Gesellschaft abgeschafft werden. Gewichtiger ist allerdings die Tatsache, dass sich ein solcher Konflikt mit der Koalitions-

533 So auch Martens, AG 1977, S. 306ff., 317; ähnlich Schuelper, S. 66.

534 Im Ergebnis genauso Jacklofsky, S. 132f.; Moll, FS Lüer, S. 259ff., 268.

535 So auch die Argumentation von Moll, FS Lüer, S. 259ff., 269.

536 Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 440f.

freiheit der Arbeitgeberseite zwar für ein Arbeitskampfverbot des Aufsichtsrats als Organ unter Umständen ergeben hätte, der Gesetzgeber hätte den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern dagegen ohne Weiteres aufgeben können, sich nicht an einem Arbeitskampf aufseiten der Gewerkschaft zu beteiligen. Kempen geht außerdem davon aus, dass das Arbeitskampfverbot des Betriebsrats die Konsequenz aus seiner grundsätzlich auf innerbetriebliche Belange beschränkten Kompetenzen sei.⁵³⁷

Anders formuliert: Der Betriebsrat als Gremium kann schon alleine deshalb keine Partei im Rahmen eines Arbeitskampfes sein, weil diese Kompetenz ausschließlich den Gewerkschaften zusteht. Ebenso verhält es sich mit dem Aufsichtsrat. Dieser ist als Organ der Gesellschaft ausgestaltet und sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die üblichen Arbeitskampfformen ersetzen.

Das Betriebsverfassungsrecht birgt jedoch noch ein andersgeartetes Problem in sich. Durch die Zulässigkeit eines Doppelmandates, also der Möglichkeit, dass die gleiche Person sowohl Betriebsrat also auch Aufsichtsrat sein kann, ergibt sich folgende Schwierigkeit. Das Betriebsratsamt würde den Mandatsträger nicht an einer aktiven Streikbeteiligung hindern. Ein Verbot der aktiven Streikbeteiligung als Aufsichtsrat gerät also mit § 74 II 1, letzter Halbsatz BetrVG in Konflikt. Ein Verbot der aktiven Streikbeteiligung wäre in einem solchen Fall, der in der Praxis häufig vorkommt, nur unter gleichzeitiger Einschränkung von § 74 II 1 BetrVG, letzter Halbsatz möglich.⁵³⁸

Die Möglichkeit der Einschränkung des Streikrechts trotz des § 74 II 1, letzter Halbsatz BetrVG ergibt sich aber schon aus dem Wortlaut der genannten Norm. § 74 II BetrVG verbietet zunächst Arbeitskämpfe zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Im letzten Halbsatz wird dann klargestellt, dass eine Streikbeteiligung des einzelnen Betriebsrats in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer „hierdurch [also durch die Friedenspflicht des Betriebsrats als Organ, *der Verfasser*] nicht berührt wird“. Aus diesem Wortlaut lässt sich jedoch in keiner Weise schließen, dass das Streikrecht nicht anderweitig eingeschränkt werden kann. Würde man einem Aufsichtsrat aufgrund seines Doppelmandates eine schrankenlose aktive Streikbeteiligung zugestehen, hätte dies zur Konsequenz, dass sich das Aufsichtsratsmitglied durch die Beteiligung im Betriebsrat seiner gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindung für den Fall des Arbeitskampfes entziehen könnte. Umgekehrt muss ein Betriebsrat sich nicht auch noch in den Aufsichtsrat wählen lassen, wenn er eine Einschränkung seines Streikrechts nicht in Kauf nehmen möchte, so dass die Einschränkung des

537 Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 441.

538 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 757 halten eine solche Einschränkung für unzulässig.

Streikrechts, sofern man eine solche annimmt, auch für einen Doppelmandatsträger gelten muss.

Eine Lösung des Konflikts ist damit an einer anderen Stelle zu suchen. Das durch die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG gewährleistete Streikrecht steht hier im Kontrast zur Pflichtenbindung eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes.

Dessen Treuepflicht ist – wie bereits oben erwähnt – unterschiedlich ausgeprägt, je nachdem ob es sich um ein Handeln im Rahmen der Organ-tätigkeit oder um ein solches im Hauptamt bzw. anderem Nebenamt handelt.⁵³⁹ Um Letzteres geht es bei einer Streikbeteiligung eines Aufsichtsratsmitgliedes im Rahmen der Gewerkschaftsarbeit. Ob und inwieweit generell ein rechtmäßiger Streik in einem Widerspruch zum Unternehmensinteresse steht, ist bisher noch kaum erörtert worden. Dass ein rechtmäßiger Streik in aller Regel zu einer Schädigung des Unternehmens führen kann und soll, ist wohl unbestritten. Auch im Fall der Flughafenwarnstreiks ist der Lufthansa AG ein Schaden in Höhe von ca. 10 Millionen € entstanden. Man muss sich allerdings die Frage stellen, ob nicht der durch den Streik vordergründig verursachte Schaden durch andere Vorteile wieder aufgewogen wird. An dieser Stelle fällt ins Gewicht, dass sich das Unternehmensinteresse, wie bereits oben festgestellt, aus einem vielschichtigen Interessengeflecht zusammensetzt. Damit ist auch bei der Beurteilung eines etwaigen Widerspruchs zwischen rechtmäßigem Streik und Unternehmensinteresse zu berücksichtigen, dass sich das Unternehmensinteresse auch aus den Interessen der Arbeitnehmer zusammensetzt. Wie wäre zum Beispiel die Situation zu bewerten, wenn der rechtmäßige Streik um eine Lohnerhöhung geführt wird, die dem Unternehmen nach einer deutlichen Gewinnsteigerung nicht „wehtun“ würde? In einem solchen Fall ließe sich sicher vertreten, dass der soziale Frieden im Betrieb, der durch eine Lohnerhöhung in der Regel erreicht würde, auch im Rahmen des Unternehmensinteresses höher bewertet werden muss, als das Interesse der Anteilseigner an einer höheren Gewinnausschüttung. Es dürfte dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden entsprechen, dass die Arbeitnehmer auch hier an dem Gewinnzuwachs partizipieren. Geht man also davon aus, dass das Unternehmensinteresse durch Abwägung aller betroffenen Belange gefunden werden muss,⁵⁴⁰ so kann es durchaus, wenn auch nur in seltenen Ausnahmefällen, sein, dass ein rechtmäßiger Streik dem Unternehmensinteresse zumindest nicht widerspricht. An einem solchen Streik dürfte sich das Aufsichtsratsmitglied uneingeschränkt beteiligen. Demgegenüber stehen die Fälle, in denen der Arbeitskampf dem Unternehmensinteresse widerspricht. Geht

539 Vgl. Heucking/Jasper, DStR 1992, S. 1438ff., 1438.

540 Hüffer, § 76 Rn. 12.

man, wie bereits oben erläutert, davon aus, dass das Aufsichtsratsmitglied im Falle des außerorganschaftlichen Handelns nur in eingeschränktem Maße verpflichtet ist, das Unternehmensinteresse zu wahren, muss man sich um eine möglichst genaue Festlegung des Zulässigen bemühen. In der Literatur wird überwiegend die Formel gebraucht, dass eine aktive und willkürlich den Interessen des Unternehmens zuwiderlaufende Handlung einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht darstelle.⁵⁴¹ Teilweise wird auch eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht des Aufsichtsratsmitgliedes bei tätig werden außerhalb der Organfunktion angenommen.⁵⁴² In der Regel wird der Arbeitskampf nicht von der Beteiligung der Arbeitnehmervertreter aus dem Aufsichtsrat abhängen, so dass der Schaden der Gesellschaft auch dann nicht verhindert werden kann, wenn die Aufsichtsräte sich nicht am Arbeitskampf beteiligen. Das gilt gerade für die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, da sie nicht Arbeitnehmer des Unternehmens sind und folglich auch nicht durch Arbeitsniederlegung zum Arbeitskampf und damit auch nicht zu einem daraus resultierenden Schaden der Gesellschaft beitragen. Kann damit kein Einfluss des Handelns eines Aufsichtsratsmitgliedes auf die Durchführung des Streiks festgestellt werden, so muss die Treuebindung hinter der Koalitionsfreiheit des Einzelnen zurückstehen. Damit sind untergeordnete Tätigkeiten wie Streikposten stehen, Flyer verteilen und in einem gewissen Rahmen auch die öffentliche Rede nicht als pflichtwidrig anzusehen. Anders wird die Situation zu bewerten sein, wenn sich das Organmitglied führend an der Streikleitung beteiligt und damit einen gewissen Einfluss auf den Umfang, die Art und Weise des Streiks und eventuell sogar auf dessen Beginn und Ende hat. Nun könnte man argumentieren, die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter an der Streikleitung könne noch kein Pflichtverstoß sein, denn die Gewerkschaftsvertreter könnten sich ja um eine Verringerung des Streikumfangs bemühen, was wiederum im Interesse des Unternehmens sei. Dem ist aus zweierlei Gründen zu widersprechen. Zunächst lässt sich nicht leugnen, dass ein Gewerkschaftsvertreter in der Streikleitung einen wesentlichen Beitrag dafür leistet, dass der dem Unternehmensinteresse widersprechende Streik überhaupt stattfindet und organisiert wird. Außerdem steht keineswegs fest, dass der Gewerkschaftsvertreter auf die Entscheidungen in der Streikleitung zugunsten des Unternehmens Einfluss nimmt. Es besteht im Gegenteil eine erhebliche Gefahr, dass dieser seine Kenntnisse aus dem Unternehmen, und sei es unausgesprochen, zur Steigerung der Effizienz des Streiks benutzt. Außerdem hat das Aufsichtsratsmitglied zu beachten, dass das Unternehmensinteresse dann beeinträchtigt ist, wenn

⁵⁴¹ Ulmer, NJW 1980, S. 1603ff., 1606; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 47.

⁵⁴² Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 116 Rn. 177; Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456.

die Beteiligung im Arbeitskampf in einem Maße in den Aufsichtsrat hineinwirkt, dass dessen Funktionsfähigkeit nicht mehr gewährleistet ist.⁵⁴³ Der Aufsichtsrat muss als Organ auch während eines Arbeitskampfes in der Lage sein, sachliche Entscheidungen zu treffen.

Eine solche Lösung des Konflikts verstößt auch nicht gegen die Koalitionsfreiheit des Gewerkschaftsvertreters aus Art. 9 III GG. Auch wenn die Koalitionsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet wird, so kann sie doch zum Schutz anderweitiger Rechtsgüter eingeschränkt werden.⁵⁴⁴ Organisiert ein Gewerkschaftsvertreter einen Streik in oben genannter Weise gegen das mitbestimmte Unternehmen, so ist dieses in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG und seiner Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG, betroffen. Die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse dient gerade dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Unternehmens. Somit erweisen sich die gesellschaftsrechtlichen Organpflichten als Schranken für die Ausübung der Koalitionsfreiheit.⁵⁴⁵ Ensich weist zu Recht daraufhin, dass sich ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, der einen Streik gegen das mitbestimmte Unternehmen organisiert, nicht von seinem als Unternehmensorgan erlangten Wissen „freimachen“ kann, so dass in einem solchen Fall die Gefahr einer erheblich größeren Schädigung des Unternehmens im Raum steht.⁵⁴⁶ Ein uneingeschränktes Recht des Gewerkschaftsvertreters auf Streikbeteiligung ohne Rücksicht auf seine Verpflichtung gegenüber dem Unternehmen wird von der Koalitionsfreiheit damit nicht verfassungsrechtlich garantiert.⁵⁴⁷ An dieser Stelle sind nun beide Grundrechte im Wege der Konkordanz insofern miteinander in Einklang zu bringen, dass sich beide im größtmöglichen Maße verwirklichen können. Im Wesentlichen geht es um eine Abwägung zwischen der Koalitionsfreiheit des Gewerkschaftsmitgliedes und den Grundrechten des Unternehmens aus Art. 12, 14 GG. Berücksichtigt werden soll nach einer verbreiteten Auffassung aber auch die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften.⁵⁴⁸ Hier fällt zulasten der Koalitionsfreiheit noch zusätzlich ins Gewicht, dass sich der Gewerkschaftsvertreter und auch die anderen ge-

543 So auch schon Jürgenmeyer S. 225.

544 Edelfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 52; Dürr, S. 145; Mertens, AG 1977, S. 306ff., 314; Kleine, S. 199; ähnlich Jacklofsky, S. 131f.

545 Ensich, S. 186; so wohl auch Martens, AG 1977, S. 306ff., 315; Kleine, S. 199; Moll, FS Lürer, S. 259ff., 274; Dürr, S. 145; zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man mit Jacklofsky, S. 131ff., die Organpflichten als gesetzgeberische Ausgestaltung der Streikfreiheit begreift.

546 Ensich, S. 185f.

547 Mertens in: KK, Anh, § 117 B § 25 MitbestG, Rn. 13.

548 Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 340; im Ergebnis auch für Interessenabwägung durch das einzelne Aufsichtsratsmitglied Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 116 Rn. 8, die allerdings eine Streikaufruf durch einen Gewerkschaftsvertreter gegen die eigene AG für „problematisch“ halten.

werkschaftlich organisierten Mitglieder der Arbeitnehmerseite mit der Annahme der Wahl zum Aufsichtsrat freiwillig der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindung unterworfen haben.⁵⁴⁹ Dies kann durchaus im Sinne einer sich zumindest teilweise vollziehenden Preisgabe der individuellen Koalitionsfreiheit interpretiert werden.

Einer abwägenden Lösung könnte man entgegenhalten, dass sie zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führt, was gerade vor dem Hintergrund der strikten Sanktionsmöglichkeiten wie Schadensersatz und Abberufung als unbillig erscheint.⁵⁵⁰ Dass diese Lösung zu Rechtsunsicherheit führen kann, ist nicht von der Hand zu weisen, allerdings liegt die Ursache dafür nicht in der oben aufgezeigten Lösung an sich, sondern bereits in der vom BGH und der Literatur vorgenommenen Auslegung der Treuepflichten. Die hier vertretene Lösung orientiert sich konsequent an dieser Rechtsprechung. Über die eventuellen Haftungsrisiken und die dazu existierende Rechtsprechung des BGH sollte sich ein Aufsichtsratsmitglied vor Übernahme eines solchen Amtes im Klaren sein.

(2.) Ergebnis

Die Abwägung hat, parallel zur Wertung bzgl. der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, so auszufallen, dass das Aufsichtsratsmitglied sich in einem angemessenen Maße am Streik auch aktiv beteiligen darf. Es darf Flyer verteilen, Streikposten sein und Ähnliches.⁵⁵¹ Es darf auch öffentlich zu den Streikenden sprechen und ihre Interessen nachdrücklich vertreten. In keinem Falle darf das Aufsichtsratsmitglied aber das Unternehmen in der Öffentlichkeit diffamieren.⁵⁵² Bei Aufsichtsratssitzungen während eines Arbeitskampfes ist es zur Zurückhaltung verpflichtet. Auch die bewusste Herbeiführung eines unverhältnismäßig hohen Schadens durch die Gewerkschaft unter aktiver Mitwirkung des Aufsichtsratsmitgliedes ist pflichtwidrig.⁵⁵³

Die Grenze ist dort zu ziehen, wo das Aufsichtsratsmitglied einen so wesentlichen Posten bei der Streikorganisation einnimmt, dass es einen maßgeblichen Einfluss auf den Ablauf und Umfang des Streiks ausüben kann. Insofern wird man eine führende Beteiligung in der Streikleitung mit der organschaftlichen Treuepflicht als unvereinbar ansehen müssen.⁵⁵⁴ Genauso wenig vereinbar ist ein Streikaufruf, der, etwa aufgrund der Autorität des Aufrufenden, die Streikbeteiligung der Arbeit-

549 Darauf weist auch Koch hin, S. 137.

550 Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 216.

551 So im Ergebnis auch Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456.

552 Hoffmann/Preu, Rn. 503.

553 Möllers, NZG 2003, S. 697ff., 700.

554 Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 456f.

nehmer wesentlich erhöht. All diese Tätigkeiten führen dazu, dass erst der Grundstein für den Beginn des Arbeitskampfs gelegt wird.⁵⁵⁵ Genauso zu missbilligen ist es, wenn das Aufsichtsratsmitglied durch sein Verhalten erst den „Keim für den sozialen Unfrieden legt“.⁵⁵⁶ Problematisch ist daneben die Zustimmung eines Aufsichtsratsmitgliedes im Rahmen eines gewerkschaftsinternen Beschlusses über die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen. Auch diese wird man als pflichtwidrig anzusehen haben.

3. Der „Fall Bsirske“

Im Vergleich zur oben dargestellten Grundkonstellation wies der „Fall Bsirske“ mehrere Besonderheiten auf. Diese sollen im Folgenden dargestellt und rechtlich bewertet werden.

a. Streik im Drittbetrieb

Der „Fall Bsirske“ unterschied sich von dieser Grundkonstellation zunächst dadurch, dass nicht das Unternehmen (Lufthansa AG) selbst, sondern die Flughäfen in Frankfurt und München bestreikt wurden. Leitragende dieser Streiks war aufgrund der Flugausfälle dann allerdings die Lufthansa AG. Es handelt sich somit um den Fall eines Streiks in einem Drittbetrieb. Ein wesentlicher Unterschied zu der „Grundkonstellation“, dem Streik gegen das mitbestimmte Unternehmen selbst, besteht hier darin, dass es nicht um die Beilegung eines Tarifkonflikts mit diesem Unternehmen geht, sondern der Streik das Unternehmen mittelbar und zwar nicht konfliktbeendend, sondern schadensverursachend trifft.⁵⁵⁷ In Zeiten der kaum mehr überschaubaren wirtschaftlichen Verflechtungen sind diese Fälle von nicht zu unterschätzender Aktualität.

Die Arbeitskämpfparität erfordert es, bei Arbeitsausfällen aufgrund tariflicher Auseinandersetzungen, den bestreikten Arbeitgeber von seiner Lohnzahlungspflicht zu entbinden. Ansonsten könnten wenige, an Schlüsselstellen eingesetzte Arbeitnehmer einen ganzen Betrieb zum Erliegen bringen mit der Folge einer fortbestehenden Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers.⁵⁵⁸ Anders ist dies bei einem nur mittelbar betroffenen Arbeitgeber: Grundsätzlich sind Schäden, die durch Streiks in einem Drittbetrieb entstehen, als Wirtschaftsrisiko bzw. Betriebsrisiko hinzunehmen. Es liegt in der Hand der Unternehmen, gegen solche Risiken Vorsorge zu treffen. Der Arbeitgeber muss den Arbeitslohn der Arbeitnehmer, die ihm ihre Arbeitsleistung ordnungsgemäß anbieten, auch dann

⁵⁵⁵ Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 457.

⁵⁵⁶ Hoffmann/Preu, Rn. 503; Jürgenmeyer, S. 225.

⁵⁵⁷ Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 442.

⁵⁵⁸ Vgl. Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 226f.

zahlen, wenn er diese aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigten kann oder eine Beschäftigung aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll wäre.⁵⁵⁹ Hier wird das Schadensrisiko folglich grundsätzlich dem Unternehmen zugewiesen. Dieser Grundsatz wird jedoch dann eingeschränkt, wenn die Fernwirkungen das Kräfteverhältnis der Arbeitskampfparteien beeinflussen (sog. Arbeitskampsrisikolehre). Es ist denkbar, dass der bestreikte und der mittelbar betroffene Arbeitgeber im gleichen Arbeitgeberverband organisiert sind oder für beide Arbeitgeber der umkämpfte Tarifvertrag Anwendung findet. Hier würde sich der bestreikte Arbeitgeber möglicherweise eines übermächtigen Drucks aus dem Verband ausgesetzt sehen, auf die Tarifforderungen einzugehen, um den Schaden beim mittelbar betroffenen Unternehmen in Grenzen zu halten, oder aber die Arbeitnehmer im mittelbar betroffenen Unternehmen würden von dem andernorts erkämpften Tarifvertrag profitieren. In beiden Fällen wäre die Kampfparität erheblich gestört. Das BAG geht deshalb davon aus, dass ein Wegfall des Lohnzahlungsanspruchs der Arbeitnehmer in einem mittelbar betroffenen Betrieb nur dann in Betracht kommt, wenn etwa die für den unmittelbar betroffenen Betrieb zuständigen Verbände mit den unmittelbar kampfführenden Verbänden identisch oder doch organisatorisch oder wirtschaftlich (z.B. im Konzern) eng verbunden sind.⁵⁶⁰ Als Folge verlieren die Arbeitnehmer dann ihren Entgeltanspruch, wodurch das Unternehmen zumindest keinen Schaden auf Grund fortbestehender Lohnzahlungsverpflichtung trotz Arbeitsausfalls erleidet. Den Arbeitnehmern steht in solchen Fällen in der Regel ein Anspruch auf Arbeitslosengeld gem. § 146 III SGB VII zu.

Ungleich höher ausfallen dürfte in den meisten Fällen, wie auch im „Fall Bsirske“, der Schaden, der unmittelbar auf dem Arbeitsausfall beruht. Lieferverpflichtungen können nicht eingehalten werden oder es kommt, wie im Fall des Flughafenstreiks, zu zahlreichen Flugausfällen, verbunden mit Einnahmeausfällen, bei den betroffenen Fluggesellschaften. Dieser Schaden ist auch vom allgemeinen Wirtschaftsrisiko umfasst und muss von der Gesellschaft getragen werden. Aus dieser Risikoverteilung ist der Schluss gezogen worden, dass ein Gewerkschaftsfunktionär, der einen Streik in einem Drittbetrieb organisiert, durch den dem Unternehmen ein Schaden entsteht, nicht pflichtwidrig handelt.⁵⁶¹ Es kann allerdings bezweifelt werden, dass alleine aus dem allgemeinen Betriebsrisiko die Zulässigkeit der Streikorganisation abgeleitet werden kann. Das Betriebsrisiko dient dazu, über den Fortbestand der Lohnzahlungspflicht zu ent-

559 BAG, Urt. vom 22.3.1994, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG; vgl. auch ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 141.

560 BAG, Beschluss vom 22.12.1980, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vgl. zu den Einzelfällen ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 144f.

561 Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 444ff.

scheiden. Es soll die Folgen eines Arbeitskampfes angemessen zwischen den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber verteilen und kann nicht dazu herangezogen werden, die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Aufsichtsratsmitgliedes entfallen zu lassen.⁵⁶² Dass die Gesellschaft den durch die Lohnzahlung trotz Unmöglichkeit der Arbeit entstandenen Schaden grundsätzlich zu tragen hat, kann nichts darüber aussagen, ob das Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig oder pflichtgemäß gehandelt hat. Diese Frage ist alleine aufgrund des aktienrechtlichen Pflichtenmaßstabs zu entscheiden. Richtigerweise ließe sich hier eine Parallele zu dem Fall ziehen, dass ein Aufsichtsratsmitglied ein Geschäft mit einem Dritten abschließt, welches sich negativ auf das mitbestimmte Unternehmen auswirkt.⁵⁶³ Auch hier muss das Aufsichtsratsmitglied eine willkürliche und unverhältnismäßige Schädigung des Unternehmens vermeiden.

Im Ergebnis wird man folgende Grundsätze aufstellen können. Ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat darf sich an einem Streik in einem Drittbetrieb beteiligen. Allerdings ist in einem solchen Fall, ebenso wie beim Streik im „eigenen“ Unternehmen, die Grenze dort zu ziehen, wo das Aufsichtsratsmitglied Umfang und Ausmaß des Streiks zulasten der mitbestimmten Gesellschaft beeinflussen kann. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gebietet ihm, keine Maßnahmen zu ergreifen, die den Schaden des Unternehmens noch erhöhen. Für die Beurteilung der Frage, ob der Streik gegen das Unternehmensinteresse verstößt, ist bei einem Streik im Drittbetrieb zu beachten, dass eine Einigung im Tarifkonflikt keinen sozialen Frieden im Drittbetrieb herstellen würde. Der Streikschaden kann damit nicht durch Vorteile im sozialen Bereich aufgewogen werden. Ein Schaden im drittbetroffenen Unternehmen liegt deshalb in aller Regel nicht im Unternehmensinteresse. Dies gilt nur dann nicht, wenn – wie im „Fall Bsirske“ – gezielt das drittbetroffene Unternehmen geschädigt werden sollte, um zu einer Einigung in der Tarifaueinandersetzung zu kommen.

b. Solidarstreik

Eng verwandt mit der Problematik des Streiks in einem Drittbetrieb, ist die Frage der Beteiligung an einem Solidarstreik in einem anderen Unternehmen, welcher sich mittelbar auf das vom Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat überwachte Unternehmen auswirkt. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass der Unterstützungsstreik nicht geführt wird, um unmittelbar eigene tarifliche Ziele zu erreichen, sondern um den Druck auf den direkt bestreikten Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband in einem

562 Broucker, S. 246.

563 Vgl. Kempen, GS Heinze, S. 437ff., 443.

Tarifkonflikt zu erhöhen. Es handelt sich damit in erster Linie um eine Hilfestellung für die vom Tarifkonflikt betroffenen Arbeitnehmer.

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG unterfällt der Unterstützungstreik dem Schutzbereich des Art. 9 III GG.⁵⁶⁴ Seine Zulässigkeit richtet sich nach Ansicht des Gerichts nach den allgemeinen Regeln des Arbeitskampfrechts. Dementsprechend ist ein Solidarstreik zulässig, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes offenbar ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen ist.⁵⁶⁵ Aufgrund der grundsätzlichen Zulässigkeit des Unterstützungstreiks wird man die Beteiligung eines Gewerkschaftsvertreters im Aufsichtsrat an einem solchen Arbeitskampf an den gleichen Kriterien zu messen haben, wie bei der Beteiligung an einem Streik im Drittbetrieb. Somit kommt es auch hier entscheidend darauf an, wie weitreichend der Einfluss des Gewerkschaftsvertreters auf die Durchführung des Streiks beschaffen ist, insbesondere, ob er das Ausmaß des Streiks und damit den verursachten Schaden beeinflussen kann. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein, wenn der Unterstützungstreik in einem Drittunternehmen durchgeführt wird, um den Arbeitskampf in dem vom Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat überwachten Unternehmen zu unterstützen und keinerlei wirtschaftliche Verflechtungen zwischen den Unternehmen bestehen. In einer solchen Konstellation sind Durchführung und Ausmaß des Streiks lediglich vom Hauptarbeitskampf im unmittelbar bestreikten Unternehmen abhängig. Anders ist die Situation allerdings dann zu beurteilen, wenn durch den Unterstützungstreik aufgrund wirtschaftlicher Verflechtungen zum Beispiel die Produktion im direkt bestreikten Unternehmen gänzlich zum Erliegen kommt, wenn mit anderen Worten auch die arbeitswilligen Arbeitnehmer ansonsten mögliche Arbeiten etwa aufgrund Materialmangels nicht durchführen können.

c. Warnstreik

Im Fall Bsirske handelte es sich außerdem nicht um einen Erzwingungstreik, sondern um einen Warnstreik. Diese sind im Gegensatz zum Erzwingungstreik nicht auf eine dauerhafte Arbeitsniederlegung gerichtet, sondern es handelt sich um Arbeitsniederlegungen von kurzer Dauer. Wo im Einzelnen die Grenze zwischen Warnstreik und Erzwingungstreik zu ziehen ist, kann allerdings höchst problematisch sein. Wohl auch deshalb hat das BAG 1988 den Warnstreik dem Erzwingungstreik gleichgestellt und entschieden, dass dieser keine privilegierte Kampfform darstellt.⁵⁶⁶ Der Warnstreik ist grundsätzlich zulässig, muss aber den gleichen Voraus-

⁵⁶⁴ BAG, NZA 2007, S. 1055ff., 1056.

⁵⁶⁵ BAG, NZA 2007, S. 1055ff., 1059.

⁵⁶⁶ BAG, Urt. vom 21.06.1988, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

setzungen genügen wie der Erzwingungsstreik.⁵⁶⁷ Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit des Warnstreiks folgt aber noch nicht, dass dieser den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz genießt wie der Erzwingungsstreik. Freiheitsrechte wie die Koalitionsfreiheit verpflichten den Gesetzgeber zur Bereitstellung von Verfahren, um die Ausübung des gewährleisteten Rechts zu ermöglichen.⁵⁶⁸ Allerdings muss der Gesetzgeber nicht alle denkbaren Verfahren zur Grundrechtsverwirklichung zur Verfügung stellen, sondern nur die notwendigen Verfahren.⁵⁶⁹ Bezogen auf den Arbeitskampf und die Koalitionsfreiheit bedeutet dies, dass der Gesetzgeber den Arbeitskampf als notwendiges Mittel zur Verwirklichung der Koalitionsfreiheit in Form der Tarifautonomie zur Verfügung stellen muss.⁵⁷⁰ Daraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfs.⁵⁷¹

Weitaus kontroverser diskutiert wird, wie weit die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfs reicht. Garantiert sie nur die traditionellen Kampfmittel Streik und Aussperrung oder auch die Freiheit, jedes erdenkliche Kampfmittel zu wählen? Der Grundsatz der Kampfmittelfreiheit räumt den Gewerkschaften zunächst das Recht ein, das ihnen jeweils am effektivsten erscheinende Kampfmittel zu wählen.⁵⁷² Daraus ergibt sich jedoch keine verfassungsrechtliche Garantie des gewählten Mittels. Eine solche besteht nur, „soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt“.⁵⁷³ Andere Arbeitskampfmittel in einem weit verstandenen Sinn, außerhalb der typisierten Handlungsformen Verbandsstreik und Abwehraussperrung, erscheinen unter den gegebenen Umständen nicht als notwendig und sind deshalb nicht verfassungsrechtlich garantiert.⁵⁷⁴ Der Arbeitskampf ist nur als Instrument zur Austragung der im Verhandlungswege nicht lösbaren Interessenkonflikte erforderlich, um das Funktionieren der Tarifautonomie sicherzustellen. Eine Notwendigkeit besteht gerade solange nicht, wie die Verhandlungen noch andauern und nicht für endgültig gescheitert erklärt worden sind.⁵⁷⁵ Somit lässt sich eine verfassungsrechtliche Garantie des

567 BAG, NZA 1988, S. 846ff., 848.

568 Vgl. etwa BVerfGE 35, S. 79ff., 116.

569 Otto, § 4 Rn. 21.

570 Vgl. BVerfGE 92, S. 362ff., 393f.; BAG NZA 2007, S. 1055ff., 1057.

571 Vgl. BVerfGE 92, S. 362ff., 394.

572 Vgl. BVerfGE 84, S. 212ff., 224.

573 BVerfGE 84, S. 212ff., 224; vgl. auch Kissel, § 6 Rn. 8; ErfK/Dieterich, Art. 9 GG, Rn. 271; weitergehend Löwisch/Rieble in: Löwisch, 170.1 Rn. 59, die davon ausgehen, dass die Koalitionsfreiheit gar keine bestimmten Arbeitskampfmittel garantiert.

574 Kemper, S. 212.

575 Kemper, S. 209.

Warnstreiks nicht aus der Koalitionsfreiheit ableiten.⁵⁷⁶ Diese Auffassung ist jedoch nicht unumstritten.⁵⁷⁷ Im Ergebnis ist es für die Zulässigkeit der Streikteilnahme durch ein Aufsichtsratsmitglied allerdings unerheblich, wie man sich in dieser Frage entscheidet. Zwar könnte man argumentieren, wenn der Warnstreik nicht verfassungsrechtlich gewährleistet sei, könne die Koalitionsfreiheit des Aufsichtsratsmitgliedes dessen Pflichtenbindung aus der Organstellung nicht einschränken. Daraus ließe sich dann der Schluss ziehen, dass eine Teilnahme an einem Warnstreik generell pflichtwidrig ist.⁵⁷⁸ Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass die fehlende verfassungsrechtliche Garantie nichts daran zu ändern vermag, dass der Warnstreik heute weit überwiegend anerkannt ist und als zulässig erachtet wird. Auch ein Aufsichtsratsmitglied muss die Möglichkeit haben, im Rahmen seiner Pflichtenbindung aus dem Aufsichtsratsamt an einem insgesamt rechtmäßigen Arbeitskampf teilzunehmen. Im Rahmen der Ausübung der Koalitionsfreiheit des gewerkschaftlich organisierten Aufsichtsratsmitgliedes macht es keinen Unterschied, ob der Warnstreik verfassungsrechtlich gewährleistet ist oder nicht. Die Koalitionsfreiheit schützt die Teilnahme an jedem rechtmäßigen Streik. Damit gilt die oben entwickelte Abwägung zwischen Koalitionsfreiheit und Treuepflicht aus dem Aufsichtsratsmandat genauso für die Beteiligung an einem Warnstreik.

d. Unterlassen

Abschließend stellt sich noch die Frage, inwiefern man Herrn Bsirske einen Vorwurf daraus machen kann, dass er als ver.di-Vorsitzender nicht das in seiner Macht stehende getan hat, um den Streik an den Flughäfen und damit den Schaden der Lufthansa AG zu verhindern oder diesen doch abzuschwächen. Es geht also um eine Pflichtwidrigkeit durch Unterlassen. Zu denken ist insbesondere an § 70 der ver.di-Satzung und die entsprechende Arbeitskampsrichtlinie von ver.di, wonach der Bundesvorstand über Urabstimmungen und Arbeitskampsmaßnahmen entscheidet.

Hier kann wiederum an die vorstehend beschriebene Treuebindung des Aufsichtsratsmitgliedes angeknüpft werden. Geht man – wie im Rahmen dieser Arbeit vertreten – davon aus, dass nur in Sonderfällen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Aufsichtsratsmitgliedes das Handeln im Hauptberuf bestimmen kann, so erscheint eine Pflichtwidrigkeit durch Unterlassen noch fernliegender. Erlegt man dem Aufsichtsratsmitglied damit nur sehr eingeschränkte Unterlassungspflichten auf, so kann man

⁵⁷⁶ Otto, § 10 Rn. 22.

⁵⁷⁷ A.A. etwa Bieback in: Däubler, Rn. 324; wohl auch Löwer in: von Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 80.

⁵⁷⁸ So Semler in: MüKoAktG, 2.Auflage, § 116 Rn. 208.

von ihm erst recht keine eigenen Handlungen zum Schutze der Gesellschaft verlangen. Eine solche Schutzpflicht würde endgültig die Pflichtenbindung aus dem Nebenamt als Aufsichtsrat überstrapazieren.

II. Teilnahme an Tarifverhandlungen auf Seiten der Gewerkschaft

Wesentlich unproblematischer stellt sich die Frage der Teilnahme des Gewerkschaftsvertreters im Aufsichtsrat an Tarifverhandlungen aufseiten der Gewerkschaft dar. Hier ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen Konflikt gesehen und zumindest hingenommen hat.⁵⁷⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat dies ausdrücklich gebilligt und nur für den Fall, dass sich die Zustände ändern sollten, den Gesetzgeber zu Korrekturen verpflichtet. Auch wenn ein solches, nicht dem Regelfall entsprechendes, Verhalten der Gewerkschaftsvertreter großen rechtspolitischen Bedenken ausgesetzt ist, sind sie grundsätzlich rechtlich nicht daran gehindert, in Tarifverhandlungen für die Gewerkschaft aufzutreten. Ein Verbot der Teilnahme an Tarifverhandlungen würde in die Koalitionsbetätigungsfreiheit des Gewerkschaftsvertreters eingreifen und hätte somit einer gesetzlichen Grundlage bedurft.

III. Einschränkung der Mitwirkungsrechte aus dem Aufsichtsratsmandat

Beteiligt sich ein Gewerkschaftsvertreter an Tarifauseinandersetzungen, stellt sich allerdings die Frage, ob und wie weit dies Auswirkungen auf seine Rechte als Aufsichtsratsmitglied hat. Wie bereits oben erwähnt, ruht das Aufsichtsratsamt nicht während eines Arbeitskampfs. Die Rechte und Pflichten aus dem Mandat bestehen damit grundsätzlich unverändert fort.

1. Praktische Relevanz und Einflussmöglichkeiten der externen Gewerkschaftsvertreter

Bevor die Frage der Einschränkungen der einzelnen Rechte der Gewerkschaftsvertreter erörtert wird, soll noch einmal genauer die praktische Relevanz der Problematik verdeutlicht werden. Verlangt man während Tarifauseinandersetzungen eine Einschränkung der Rechte aus dem Aufsichtsratsmandat, so geht man zumindest stillschweigend davon aus, dass zum Beispiel die Stimme eines einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens hat. Grundvoraussetzung dafür wäre, dass tarif- oder arbeitskampfpolitische Themen überhaupt in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fallen und die Geschäftsführung an eine Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden ist. Daneben müssten die Stimmen der externen Arbeitnehmervertreter einen gewichtigen Einfluss

579 Raiser/Veil, § 25 Rn. 140f.

auf die Entscheidung des Aufsichtsrats haben. Schon die Mitbestimmungskommission, die vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes von der Bundesregierung eingesetzt wurde, um die Auswirkungen der Montanmitbestimmung zu untersuchen, stellte fest, dass in montanmitbestimmten Unternehmen tarifpolitische Fragen, wenn überhaupt, nur selten angesprochen wurden. Dabei sei es nie darum gegangen, der Geschäftsleitung verbindliche Richtlinien zu geben. Der Aufsichtsrat werde für solche Fragen allgemein als unzuständig angesehen.⁵⁸⁰ Die Beteiligten seien sich eines möglichen Konflikts zwischen institutioneller und tariflicher Mitbestimmung bewusst und versuchten diese durch eine klare Wahrung der Zuständigkeitsverteilung zu verhindern.⁵⁸¹ Diese Trennung der Zuständigkeiten beruht offenbar auf einer stillschweigenden Übereinkunft der Beteiligten.⁵⁸²

Nun mag man die Auswirkungen der Mitbestimmung in einem hoch spezialisierten Industriezweig noch nicht als repräsentativ ansehen. Die Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 erfasst deutlich mehr Unternehmen und grundsätzlich alle Wirtschaftszweige, so dass ein Rückschluss noch nicht unbedingt zwingend ist. Daneben sind die Untersuchungen der Mitbestimmungskommission mittlerweile fast 40 Jahre alt und können deshalb nicht vorbehaltlos übernommen werden. Allerdings weisen auch empirische Untersuchungen darauf hin, dass es Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats bzgl. tarifpolitischer Entscheidungen, soweit ersichtlich, wohl nur bei einer geringen Zahl kleiner, nicht unter das Mitbestimmungsgesetz 1976 fallender Unternehmen gibt.⁵⁸³ Vogel hat in einer Untersuchung von 1980 festgestellt, dass lediglich 4% der von ihm untersuchten Aktiengesellschaften zwischen 200 und 2000 Mitarbeitern einen solchen Zustimmungsvorbehalt in ihre Satzung aufgenommen haben.⁵⁸⁴ Allerdings ist zu beachten, dass heute die Zustimmungsvorbehalte an praktischer Bedeutung gewonnen haben. Der Aufsichtsrat verletzt seine Überwachungspflicht, wenn er Geschäftsführungsmaßnahmen, die für die Zukunft des Unternehmens gravierende Auswirkungen haben, nicht unter einen Zustimmungsvorbehalt stellt. Deshalb dürften gerade umfangreiche Tarifverträge, die die finanzielle Situation des Unternehmens verändern oder umfangreiche Betriebsänderungen zukünftig vermehrt der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen. Kollisionsregeln sind zudem auch deshalb nicht überflüssig, weil es sich bei der Funktionentrennung um eine freiwillige, stillschweigende Vereinbarung handelt, die jederzeit

⁵⁸⁰ BTDrucks. VI/334 S. 47.

⁵⁸¹ BTDrucks. VI/334 S. 47.

⁵⁸² Matthießen, S. 447.

⁵⁸³ Matthießen, S. 422.

⁵⁸⁴ Vogel, S. 226f.

wieder aufgehoben werden kann.⁵⁸⁵ Ihre geringe praktische Relevanz lässt sich jedoch nicht bestreiten. Für die Kollisionsfälle, die nichtsdestotrotz übrig bleiben, müssen soweit erforderlich, geeignete Lösungen gefunden werden.⁵⁸⁶

2. Stimmrechtsausschluss

Ob überhaupt und, wenn ja, in welchen Fällen einem Aufsichtsratsmitglied das Stimmrecht entzogen werden kann, wurde bereits vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes 1976 höchst kontrovers diskutiert. Soweit ersichtlich ist die Rechtslage trotz der umfangreichen rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung bis heute nicht vollends geklärt. Dass man alleine über den Entzug des Stimmrechts bei Interessenkollisionen im Aufsichtsrat eine umfangreiche Dissertation schreiben kann, zeigt die Arbeit von Matthießen.⁵⁸⁷ Der rechtspolitische Hintergrund der Erörterung von Stimmrechtsausschlüssen lässt sich wohl mit der Begründung zur Aktienreform von 1884 auf den Gedanken reduzieren, dass von einem Selbstbetroffenen nicht erwartet werden könne, dass er das eigene Interesse dem Interesse der Gesellschaft nachstelle.⁵⁸⁸

Die Erörterung beschränkt sich im Wesentlichen auf die sog. unbeweglichen Stimmrechtsschranken. Daneben ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Ausübung des Stimmrechts auch beweglichen Stimmrechtsschranken unterliegt. Insbesondere ist das Aufsichtsratsmitglied bei der Ausübung seines Stimmrechts an das Unternehmensinteresse gebunden. Dabei hat es allerdings einen Ermessensspielraum. Dieser ist zwar – wie erwähnt⁵⁸⁹ – überprüfbar, jedoch ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass schon alleine aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs des Unternehmensinteresses Bedenken angebracht sind, ob die beweglichen Stimmrechtsschranken ausreichend sind, um das Unternehmen im Einzelfall wirksam gegen die missbräuchliche Durchsetzung von Fremdinteressen zu schützen. Zumindest ist es nicht ausreichend, das Unternehmen auf mögliche Schadensersatzforderungen hinzuweisen.⁵⁹⁰

585 Matthießen, S. 447.

586 A.A. Jacklofsky, S. 160ff., die meint ein Stimmrechtsausschluss sei in der Praxis irrelevant und bisher auch noch nicht offenbar geworden.

587 Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989.

588 RTDrucks. I/1884 Nr. 21; im Original abgedruckt auch bei Schubert/Hommelhoff, S. 407ff., 465; siehe zur Aktienrechtsreform von 1884 ausführlich Lieder, S. 129ff.

589 Unter D II 2 aa. (2).

590 So schon Herzfelder, S. 23.

Bei der Untersuchung eines möglichen Stimmrechtsausschlusses der Arbeitnehmervertreter etwa bei arbeitskampftaktischen und tarifpolitischen Fragen im Aufsichtsrat sollte man immer im Hinterkopf behalten, dass die meisten Autoren diese Frage vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des MitbestG 1976 diskutiert haben. Ein Stimmrechtsausschluss sollte den im Raum stehenden Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit abwenden, mit anderen Worten die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems sicherstellen und insbesondere die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberkoalitionen sichern. Insofern ist von vielen ein Stimmrechtsausschluss als „verfassungsrechtlicher Rettungsanker“ konstruiert worden.⁵⁹¹ Im Aktiengesetz und im Mitbestimmungsgesetz ist keine Regelung zu finden, die sich mit Stimmrechtsausschlüssen im Aufsichtsrat im Fall von Interessenkollisionen befasst. Es existieren lediglich vereinzelte Sonderregelungen. Zum einen in § 136 AktG für das Stimmrecht im Rahmen der Hauptversammlung oder auch § 32 I 2 MitbestG, der das Stimmrecht der Arbeitnehmervertreter in bestimmten konzernrechtlichen Sachverhalten ausschließt. Einen allgemeinen Stimmrechtsausschluss im Aufsichtsrat wegen Interessenkollision gibt es nicht.⁵⁹² Ein solch weitgehender Stimmrechtsausschluss ließe sich auch kaum rechtfertigen.⁵⁹³ Schon Zöllner hat treffend darauf hingewiesen, dass die einzelfallartige Aufzählung der Verbotstatbestände in erheblichem Maße zur Rechtssicherheit beiträgt. Ein darüber hinausgehender Stimmrechtsausschluss würde zu „unüberwindlichen Anwendungsschwierigkeiten“ führen.⁵⁹⁴ Ein solcher lässt sich auch nicht aus der organschaftlichen Treuepflicht ableiten. Würde die Treuepflicht einen allgemeinen Stimmrechtsausschluss im Falle einer Interessenkollision beinhalten, so hätte der Gesetzgeber

591 Vgl. die Aufstellung von Matthießen S. 30ff.; außerdem Jacklofsky, S. 154ff.

592 Mertens in: KK, § 108 Rn. 49; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 2010; Jacklofsky, S. 153; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 34; BayObLG, AG 2003, S. 427ff., 428; Oulds, S. 16. Abweichend Engfer, S. 113, der einen Stimmrechtsausschluss aus der Treuepflicht des Organmitgliedes entwickelt für den Fall, dass der Beschluss des Organs in dessen Interessensphäre oder in die Interessensphäre eines eng verbundenen Dritten eingreift. Im Ergebnis lehnt Engfer dann allerdings einen Stimmrechtsausschluss der Arbeitnehmervertreter im Rahmen von tarifpolitischen Entscheidungen im Wesentlichen aufgrund des Mitbestimmungsgedankens ab, S. 158ff.; ähnlich Brinkmann, S. 273, insb. Fn. 354, der davon ausgeht, die Gewerkschaftsvertreter müssten sich auf Grund der Treuepflicht in den Fällen von Interessenkollisionen der Stimme enthalten, wenn es um die Interessen der von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer geht. Er spricht sich dann jedoch auch für eine analoge Anwendung von § 34 BGB aus, S. 289ff.

593 Zöllner, Schranken, S. 161.

594 Zöllner, Schranken, S. 161; a.A. Engfer, S. 113.

nicht mehr einzelfallartige Stimmrechtsausschlüsse aufführen müssen. Die Treuepflicht kann dem Organmitglied nicht seine Stimme nehmen, sondern sie führt nur dazu, dass dieses seine Stimme im Interesse des Unternehmens abzugeben hat. Andererseits gelten für jedes Aufsichtsratsmitglied auch in mitbestimmten Aufsichtsräten die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zu Stimmverboten. An dieser Stelle soll es in erster Linie darum gehen, ob und in welchem Umfang überhaupt Rechtsgrundlagen für einen Stimmrechtsausschluss vorhanden sind. In Betracht gezogen werden von den Befürwortern § 34 BGB analog,⁵⁹⁵ § 181 BGB analog,⁵⁹⁶ § 242 BGB,⁵⁹⁷ § 29 des Entwurfs des MitbestG analog (heute § 32 MitbestG),⁵⁹⁸ eine verfassungsrechtliche Reduktion des Stimmrechts zum Schutz der Koalitionsfreiheit⁵⁹⁹ oder es wird ein allgemeiner Rechtsgrundsatz postuliert nach dem kein Organmitglied „Richter in eigener Sache“ sein dürfe.⁶⁰⁰ Andere Stimmen in der Literatur bilden eine Gesamtanalogie zu §§ 34 BGB, 136 I AktG, 47 IV GmbHG,

- 595 Hanau, RdA 1975, S. 23ff.; ders. ZGR 1977, S. 397ff., 402ff.; ders., ZGR 1979, S. 524ff., 535, hier allerdings für §§ 34, 181 BGB als Rechtsgrundlage; Laue-Streblow, S. 133; BGH, BB 2007, S. 1185ff., 1187; Münch.Hdb. GesR Band III/Marsch-Barner/Diekmann, § 48 Rn. 160 stellen auf §§ 28, 34 BGB und § 47 IV GmbHG analog ab; Fischer, In memoriam Konrad Duden, S. 55ff., 65; Lutter/Krieger, Rn. 909; Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rz. 75 und 211; Hopt/Roth in: GroßkommentarAktG, § 108 Rn. 54; Mertens in: KK, § 108 Rn. 49; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 27; Moll, FS Lüer, S. 259ff., 265; Spindler in: Spindler/Stilz, § 108 Rn. 27; Hüffer, § 108 Rn. 9; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 2011; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 108 Rn. 11; Brocker, S. 216ff.; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 43 (§ 34 BGB und § 47 IV GmbHG); Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 33; sehr zurückhaltend aber im Grundsatz bejahend: Raiser/Veil, § 25 Rn. 37; differenzierend Schneider in: GK-MitbestG, § 29 Rn. 29f.; speziell im Rahmen des Beschlusses über die Einleitung des gerichtlichen Abberufungsverfahrens gem. § 103 III 2 AktG: BayObLG, AG 2003, S. 427ff., 428; Keusch/Rotter, NZG 2003, S. 671ff., 672; Breuer/Fraune in: Heidel, § 108 AktG, Rn. 10; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 108 Rn. 12.
- 596 Wilhelm, NJW 1983, S. 912ff.; in diese Richtung auch BayObLG, AG 2003, S. 427ff., 428; für den Beschluss über die Einleitung eines Abberufungsverfahrens Stadler/Berner, NZG 2003, S. 49ff.; 50 (es gäbe keinen Insichprozess).
- 597 Redding, NJW 1956, S. 48ff., 50.
- 598 Scholz, S. 122; Reuter, AcP 179, S. 509ff., 560f., der sich allerdings darüber hinaus für ein Ruhen des Mandats im Arbeitskampf ausspricht.
- 599 Oetker in: GroßkommAktG, § 26 MitbestG Rn. 19; unter Verweis auf die Kampfparität auch: Hanau/Wackerbarth, S. 79; Seiter, FS Müller, S. 589ff., 602f.; Schuelper, S. 58; für den Fall einer vollen Parität auch: von Eyern, FS Arndt, S. 37ff., 49f.; unter Betonung des verfassungsrechtlichen Hintergrundes auch Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 31; MüKoAktG/Gach, § 25 MitbestG Rn. 18.
- 600 Vgl. Wiedemann, GesR I, S. 634.

43 VI GenG.⁶⁰¹ Die Ansichten, die sich für eine Analogiebildung aussprechen, begrenzen diese teilweise auf die in § 34 BGB und § 136 I AktG genannten Fälle.⁶⁰² Andere Autoren lehnen einen Stimmrechtsausschluss in Fällen der Interessenkollision gänzlich ab.⁶⁰³ Es soll im Folgenden untersucht werden, ob, unabhängig zu welcher Vorschrift, überhaupt die Möglichkeit einer Analogiebildung besteht. Im Anschluss daran wird dann darauf eingegangen, welche Vorschrift die Interessenlage im Aufsichtsrat am besten erfasst. Bevor aber Analogien in Betracht gezogen werden, bedarf es der Erörterung möglicherweise schon direkt anwendbarer Vorschriften.

a. § 181 BGB

Ein Teil der in Betracht kommenden Konfliktsituationen könnte möglicherweise schon einer direkten Lösung über § 181 BGB zugeführt werden. § 181 BGB dient dem Schutz des Vertretenen vor interessenswidriger Ausübung der Vertretungsmacht beim Insichgeschäft.⁶⁰⁴ Es handelt sich insofern um eine speziell vertretungsrechtliche Vorschrift.⁶⁰⁵ Ein gem. § 181 BGB verbotenes Insichgeschäft liegt jedoch nur dann vor, wenn ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten abschließt. Denkbar wäre eine solche Fallgestaltung zumindest dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied gleichzeitig die Gewerkschaft beim Abschluss eines Tarifvertrages mit dem mitbestimmten Unternehmen vertritt. Eine direkte Anwendung von § 181 BGB kommt allerdings schon deshalb nicht in Betracht, weil die Stimmabgabe im Aufsichtsrat nicht als Vertretungshandlung beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts angesehen werden kann. Die Anwendung von § 181 BGB muss dagegen auf den Bereich des Vertretungsrechts beschränkt bleiben.⁶⁰⁶ Selbst wenn der Abschluss eines Tarifvertrages einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats unterliegen sollte, so bleibt doch der Vorstand rechtsgeschäftlicher Vertreter der Gesellschaft. Der Zu-

601 Seiter, FS Müller, S. 589ff., S. 602f.; Hopt, ZGR 2004, S. 1ff., 32f.; Westerbarkey, S. 97ff.; ähnlich Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 422; nur auf §§ 28, 34 BGB und § 47 IV GmbHG verweisend: Münch.Hdb. GesR Band III/Marsch-Barner/Diekman, § 48 Rn. 138.

602 Laue-Streblow, S. 101; Drygala in: Schmidt/Lutter, Rn. 12; dagegen Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 419, der einen Stimmrechtsausschluss für „alle arbeitskampf- oder tarifpolitischen Entscheidungen befürwortet.

603 Behr, AG 1984, S. 281ff, 284ff.; Martens, AG 1976, S. 113ff.; 114 in Fn. 6.; Jacklofsky, S. 146ff.; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 361 für tarifpolitische Beschlüsse; Boewer, DB 1980, S. 673ff., 675; zweifelnd auch Lieb/Jacobs, Rn. 967.

604 Hübner, S. 199f.; MüKo/Schramm, § 181 Rn.2.

605 Hübner, S. 266; Giesen, S. 105.

606 Giesen, S. 106; ablehnend auch Häuser, S. 41.

stimmungsvorbehalt ist ein reines Internum. Auf solche Sozialakte ist § 181 BGB nicht anwendbar.⁶⁰⁷

b. § 242 BGB

Redding hat Mitte des letzten Jahrhunderts versucht, einen Stimmrechtsausschluss aus dem Gebot von Treu und Glauben gem. § 242 BGB abzuleiten. Aus diesem Grundsatz ergebe sich immer dann ein Stimmrechtsausschluss, wenn die Ausübung des Stimmrechts „zur Durchsetzung gesellschaftsfremder Interessen geeignet ist und von dem AR-Mitglied nach der Lebenserfahrung wegen seiner Bindung an diese Interessen keine freie Entscheidung erwartet werden kann.“⁶⁰⁸ Diesem Herleitungsversuch ist mit Recht weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur gefolgt worden. Ihm ist entgegenzuhalten, dass mit der Integration der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat als Gesellschaftsorgan den Arbeitnehmerinteressen ein gehobener Stellenwert im Unternehmen zugesprochen worden ist. Damit kann nicht mehr behauptet werden, es handele sich bei den Arbeitnehmerinteressen um gesellschaftsfremde Interessen.⁶⁰⁹ Anderes ließe sich allerhöchstens aus dem Selbstverständnis externer Gewerkschaftsvertreter folgern. Es wird insbesondere von Gewerkschaftsseite immer wieder betont, eine Beteiligung von externen Gewerkschaftsvertretern sei zwingend erforderlich, um überbetriebliche Arbeitnehmerinteressen in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen.⁶¹⁰ Aber selbst wenn man solche übergeordneten Arbeitnehmerinteressen als gesellschaftsfremd ansehen wollte, was nach meinem Dafürhalten durchaus nicht abwegig erscheint, so ist zu berücksichtigen, dass sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerfG eine Vertretung übergeordneter Arbeitnehmerinteressen für wünschenswert gehalten haben. Aufgrund dieses Befundes spricht derzeit mehr dafür, die Vertretung solcher Interessen nicht mit einem Stimmverbot nach § 242 BGB zu verhindern. Daneben erscheint mir, dass eine Anwendung von § 242 BGB schon alleine auf Grund seiner Unschärfe mehr Gefahren für die Praxis birgt, als die Stimmabgabe durch das betroffene Aufsichtsratsmitglied. Dass sich dieses, und selbst dann, wenn alle Arbeitnehmervertreter es unterstützen, zu Lasten der Gesellschaft durchsetzen kann, ist so gut wie ausgeschlossen. Demgegenüber wäre der Aufsichtsratsvorsitzende wohl mehr als überfordert damit, das Vorliegen der Voraussetzungen eines Stimmrechtsausschlusses nach § 242 BGB zu prüfen. Deshalb ist eine Lösung

607 Im Ergebnis auch Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 27 Rn. 62.

608 Redding, NJW 1956, S. 48ff., 50.

609 Vgl. Westerbarkey, S. 99.

610 Vgl. Dietmar Hexel, Referat für den 66. Deutschen Juristentag 2006, Abteilung Arbeitsrecht in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages 2006 Band II/1, M 49ff., M 58.

über § 242 BGB auch nicht der richtige Weg. Scheiden somit Lösungen aus, die eine Vorschrift direkt anwenden wollen, so bleibt nur noch der Weg über eine Analogiebildung. Die möglichen Ansätze dazu sollen im Folgenden dargestellt werden.

c. Analogielösungen

An dieser Stelle soll zunächst thematisiert werden, inwieweit über die Bildung einer Analogie eine Begründung von Stimmverboten bei Interessenkollisionen im Aufsichtsrat möglich ist. Das Vorliegen einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke und einer gleichartigen Interessenlage sind die wesentlichen Voraussetzungen einer Analogiebildung.⁶¹¹ Als eine Kontrollfrage bietet sich hier die gedankliche Prüfung an, ob die zu entscheidende Interessenlage der gesetzlich geregelten so ähnlich ist, dass der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung auch für den unregelmelten Fall vorgesehen hätte.⁶¹² Zu bemängeln ist, dass sich die Autoren, die sich für ein Stimmverbot in Analogie zu den oben genannten Regelungen aussprechen, nur in lobenswerten Ausnahmefällen näher mit den Analogievoraussetzungen befassen.⁶¹³

aa. Regelungslücke

Im Rahmen der hier zu erörternden Problematik ist eine genaue Prüfung gerade der Regelungslücke unumgänglich. Es ist insbesondere aufgrund der punktuellen Aufzählung von einzelnen Stimmverboten im Gesellschaftsrecht nicht fernliegend, dass es sich hier um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handeln könnte, die im Wege der Analogie nicht revidiert werden darf. Möglicherweise ist eine Analogiebildung deshalb – sofern überhaupt möglich – auf die ausdrücklich genannten Fälle zu beschränken.

(1.) Die gesellschaftsrechtlichen Stimmverbote

Während früher die Stimmverbote in den verschiedenen Gesellschaften und im Vereinsrecht einheitlich geregelt waren, bestehen heute durchaus Unterschiede.⁶¹⁴ Wie bereits oben erwähnt, hat der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht an mehreren Stellen Stimmverbote vorgesehen. Im Aktienrecht schließt § 136 AktG das Stimmrecht des betroffenen Aktionärs in der Hauptversammlung aus, wenn über seine Entlastung, die Befreiung von einer Verbindlichkeit oder die Geltendmachung eines Anspruchs ihm

⁶¹¹ Vgl. zur Analogiebildung Rüthers, Rn. 889ff.

⁶¹² So Rüthers, Rn. 889.

⁶¹³ Zum Beispiel Behr, AG 1984, S. 281ff, 284ff.; Laue-Streblow, S. 99ff.; Giesen, S. 110ff.

⁶¹⁴ Vgl. Matthießen, S. 89ff.

gegenüber Beschluss gefasst werden soll. Ein ähnliches Stimmverbot für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder begründet § 142 AktG für den Fall der Beschlussfassung über die Bestellung eines Sonderprüfers. Das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied darf dann nicht mitstimmen, wenn sich die Prüfung auf Vorgänge beziehen soll, die mit der Entlastung des Betroffenen oder der Einleitung eines Rechtsstreits gegen ihn zusammenhängen. Im Mitbestimmungsrecht existiert mit § 32 I 2 MitbestG ein spezieller konzernrechtlicher Stimmverbotstatbestand für die Arbeitnehmervertreter. Der Stimmrechtsausschluss gem. § 32 I 2 MitbestG soll eine Kumulation der mitbestimmungsrechtlichen Beteiligungsrechte verhindern, die durch die Einflussnahme der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auf die Anteilseignerversammlung der Tochtergesellschaft entstehen könnte.⁶¹⁵ § 32 I 1 MitbestG bindet den Vorstand der Obergesellschaft bei den aufgeführten Geschäften zwar auch an einen Aufsichtsratsbeschluss. Es handelt sich allerdings insofern um einen Sonderbeschluss, als er nur von den Anteilseignervertretern getroffen wird. Etwas weiter reicht der Stimmrechtsausschluss im Verein oder der GmbH. § 34 BGB bzw. § 47 IV GmbHG schließen das Stimmrecht auch dann aus, wenn über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Mitglied bzw. Gesellschafter abgestimmt werden soll. § 34 BGB umfasst jedoch nicht die Entlastung eines Mitglieds. Über § 28 BGB findest § 34 BGB auch auf Vorstandsbeschlüsse Anwendung. Das Stimmverbot bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wurde 1937 aus dem Aktienrecht gestrichen. Die Gründe für diese Streichung erscheinen vielschichtig. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber einer hohen Rechtsunsicherheit, die durch eine allzu ausufernde Auslegung des Verbotstatbestands bedingt war, entgegen wirken.⁶¹⁶ Dagegen weist Matthießen daraufhin, der Verbotstatbestand sei durch die Aktienrechtsreform überflüssig geworden. Entscheidend für das Eingreifen des Stimmverbotstatbestands sei gewesen, dass die Mitgliederversammlung durch Vornahmeanweisung an die Geschäftsführung gestaltenden Einfluss auf das Rechtsgeschäft nehmen konnte. Der Vorstand wurde allerdings durch das Aktiengesetz 1937 verselbstständigt und ist seitdem nur noch in Ausnahmefällen an Beschlüsse der Hauptversammlung gebunden. Insbesondere ist es der Hauptversammlung grundsätzlich nicht mehr möglich, Einfluss auf den Abschluss einzelner Rechtsgeschäfte durch den Vorstand zu nehmen. Eine Streichung des Verbotsstatbestandes wäre damit konsequente Folge der Reform gewesen.⁶¹⁷ Ein Einfluss von verbandsfremden Sonderinteressen auf die Entscheidungs-

615 Martens, JuS 1983, S. 329ff., 336; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 32 Rn.2.

616 Vgl. Laue-Streblow, S. 104.

617 Matthießen, S. 166f.

findung brauchte nicht mehr befürchtet zu werden. Daraus lässt sich entnehmen, dass die Streichung des Stimmverbots bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Aktienrecht keine Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein solches Verbot war,⁶¹⁸ sondern er vielmehr die Regelung aus der damaligen Sicht für überflüssig halten konnte. Dies schließt eine Analogie im Einzelfall somit nicht aus.

(2.) Regelungslücke im Hinblick auf den Aufsichtsrat?

Auffallend ist, dass der Gesetzgeber – abgesehen von § 32 I 2 MitbestG – keinen Stimmverbotstatbestand für Aufsichtsratsmitglieder geschaffen hat. Sämtliche gesellschaftsrechtlichen Stimmverbotstatbestände beziehen sich auf das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Eine Übertragung von Stimmrechtsausschlüssen auf ein Organ der Körperschaft ist nur in § 28 BGB erfolgt. Allerdings handelt es sich bei dem Fehlen von Stimmverbotsregelungen für den Aufsichtsrat nicht zwingend um ein bedrtes Schweigen des Gesetzgebers in dem Sinne, dass ein Stimmrechtsausschluss im Aufsichtsrat nicht möglich sein soll. Das Fehlen solcher Regelungen lässt sich aus historischer und teleologischer Sicht erklären. Der Aufsichtsrat ist nach der Konzeption des Gesetzgebers in erster Linie ein kooperatives, auf Einigung ausgerichtetes Gremium.⁶¹⁹ Praktisch zeigt sich dies anhand der Tatsache, dass Kampfabstimmungen im Aufsichtsrat sehr selten sind.⁶²⁰ Diese werden insbesondere durch informelle Gespräche zwischen Vorstand und Aufsichtsratsmitgliedern im Vorfeld der Sitzungen vermieden. Somit konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine Interessenkollision im Aufsichtsrat durch Offenlegung und Diskussion aufgefangen werden kann. Aus historischer Sicht spricht auch einiges dafür, dass der Gesetzgeber sich nicht grundsätzlich gegen Stimmverbote im Aufsichtsrat ausgesprochen hat. Vielmehr wurden insbesondere Stimmrechtsverbote im Aufsichtsrat bereits vor Erlass des Mitbestimmungsgesetzes im Aufsichtsrat diskutiert und waren weitestgehend anerkannt.⁶²¹ Der Gesetzgeber konnte somit davon ausgehen, dass sich die auftretenden Kollisionsfälle mithilfe der von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft aufgestellten Grundsätze lösen ließen. In Bezug auf die Stimmrechtsausschlüsse im Rahmen von Tarifaueinandersetzungen

618 Zumindest anzweifelnd Wilhelm, NJW 1983, S. 912ff., 912.

619 Hoffmann/Kirchhoff, FS Beusch, S. 377ff., 377; Säcker, FS Rob. Fischer, S. 635ff., 639.

620 Matthießen, S. 216, der aber auch darauf hinweist, dass, sofern es zu Abstimmungen kommt, diese oft als Kampfabstimmung zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern verstanden werden; zu Montanmitbestimmung schon Brinkmann-Herz, S. 70.

621 Vgl. etwa Redding, NJW 1956, S. 48ff.; Herzfelder, S. 22; a.A. Michaelis, Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 3f., 4.

kommt noch dazu, dass vor Erlass des MitbestG 1976 der Einfluss der Arbeitnehmerseite, abgesehen von dem Sonderfall der Montanmitbestimmung, nur sehr gering war und nicht über die Drittelparität hinausging. Folglich kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sich zumindest nicht bewusst gegen Stimmverbote im Aufsichtsrat entschieden hat. Er konnte vielmehr davon ausgehen, dass eine solche Regelung nicht erforderlich sein würde.⁶²²

(3.) Keine Lückenhaftigkeit auf Grund des Ausschlussproblems im dreiköpfigen Aufsichtsrat?

Behr dagegen hält diese Regelungslücke für eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Er begründet dies mit einer Problematik, die sich im dreiköpfigen Aufsichtsrat stellt, wenn ein Mitglied einem Stimmverbot unterliegt.⁶²³

Gem. § 108 I 3 AktG ist der Aufsichtsrat nur dann beschlussfähig, wenn mindestens drei seiner Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Ist einem Mitglied das Stimmrecht entzogen, so nehmen nur noch zwei Mitglieder an der Beschlussfassung teil. Der Aufsichtsrat wäre damit beschlussunfähig.⁶²⁴ Daraus würde sich im dreiköpfigen Aufsichtsrat eine Beschlussblockade ergeben, sofern man einzelne Stimmverbotstatbestände auf Aufsichtsratsbeschlüsse analog anwenden würde. Behr schließt daraus, dass der Gesetzgeber im Aufsichtsrat keine Stimmverbote vorgesehen habe, um eine Beschlussunfähigkeit des Organs zu verhindern.⁶²⁵ Die Argumentation Behrs kann zumindest für den mitbestimmten Aufsichtsrat im Ergebnis nicht überzeugen. Es ist zu beachten, dass sich das Problem der Beschlussunfähigkeit beim mitbestimmten Aufsichtsrat von vornherein nicht stellt, da dieser aus mindestens 12 (vgl. § 7 I 1 Nr.1 MitbestG) bzw. im Rahmen der Montanmitbestimmung aus 11 oder 15 Mitgliedern (vgl. § 4 I MontanMitbestG sowie § 5 MontanMitbestErgG) zusammensetzt. Hinzu kommt, dass § 28 S. 1 MitbestG abweichend von § 108 I 3 AktG normiert, dass der mitbestimmte Aufsichtsrat beschlussfähig ist, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder aus denen er insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. Zudem wird heute die Beschlussunfähigkeit des dreiköpfigen Aufsichtsrats bei Ausschluss eines Mitglieds von der Beschluss-

622 So auch Spindler in: Spindler/Stilz, § 108 Rn. 27; Ulmer, NJW 1982, S. 2288ff., 2289; im Ergebnis auch MüKoAktG/Habersack, § 108 Rn. 29.

623 Behr, AG 1984, S. 281ff, 284ff.

624 Diese Konsequenz zieht auch das Urteil des BayObLG, AG 2003, S. 427ff., 429; dies dürfte aber nach BGH, BB 2007, S. 1185ff. wieder überholt sein.

625 Behr, AG 1984, S. 281ff, 285.

fassung nicht mehr verabsolutiert.⁶²⁶ Es sind Lösungsansätze entwickelt worden, die entweder aufgrund einer erweiterten Auslegung des Wortes „teilnehmen“ im Sinne von Anwesenheit bei der Beschlussfassung⁶²⁷ oder im Wege einer Analogie zu §§ 113 II, 117, 127, 140 HGB, 712, 715, 737 BGB⁶²⁸ eine Beschlussunfähigkeit des dreiköpfigen Aufsichtsrates bei einem Stimmverbot vermeiden. Folglich kann alleine aufgrund der Anordnung der Beschlussunfähigkeit nach § 108 II 3 AktG für den Fall, dass nicht mindestens 3 Aufsichtsratsmitglieder an der Aufsichtsratssitzung teilnehmen noch nicht auf eine gesetzgeberische Grundentscheidung geschlossen werden.

(4.) Zwischenergebnis

Damit lässt sich zunächst feststellen, dass eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke hinsichtlich des Stimmrechtsausschlusses im Aufsichtsrat besteht. Weitergehend stellt sich nun die Frage, welche Vorschrift von ihrer Interessenlage her am besten dazu geeignet ist, die bestehende Regelungslücke auszufüllen.

bb. Analogie § 181 BGB

In Betracht zu ziehen ist zunächst die analoge Anwendung von § 181 BGB. Wie bereits oben erwähnt verfolgt § 181 BGB das Ziel den Vertretenen vor Interessenkonflikten in der Person des Vertreters zu schützen, die durch dessen gleichzeitige Beteiligung sozusagen „auf der anderen Seite“ des Rechtsgeschäfts entstehen könnten. Wilhelm geht davon aus, dass das Verbot des Insichgeschäfts „dahingehend zu kennzeichnen sei, dass ein pauschaler Ausschluss von fremdbezogenem Handeln immer dann eintritt, wenn eine Person Rechtsverhältnisse einer anderen Person durch einen Rechtsakt gestalten will, bei dem sie zugleich auf der Gegenseite des Rechtsverhältnisses und damit des diesen gestaltenden Akts beteiligt ist.“⁶²⁹ Danach könnte man die gesetzlichen Stimmverbote als Anwendungsfälle des § 181 BGB bezeichnen. Wilhelm geht weiter davon aus, dass es sich bei den gesetzlichen Stimmverboten nicht um einzelfallartige Regelungen handelt.⁶³⁰ Für den Fall der Abstimmung über die Besetzung des Vorstands lehnt er allerdings selbst ein Stimmverbot auch im Hinblick auf das Verbot des Insichgeschäfts ab, um die durch das Mitbestimmungsgesetz geschaffene Kernzuständigkeit des Aufsichtsrats nicht auszu-

626 Vgl. Stadler/Berner, NZG 2003, S. 49ff.; Matthießen, S. 75f.; Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 424; für Mitzählen des von einem Stimmrechtsausschluss betroffenen Mitgliedes schon Engfer, S. 125.

627 BGH, BB 2007, S. 1185ff., 1187; Stadler/Berner, NZG 2003, S. 49ff., 51ff.

628 Matthießen, S. 76.

629 Wilhelm, NJW 1983, S. 912ff., 913f.

630 Wilhelm, Rechtsform, S. 66ff.

höhlen.⁶³¹ Eine Aussage, über weitere mögliche Anwendungsbereiche des Verbots des Insichgeschäfts bezüglich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat fehlt bei Wilhelm jedoch.

Eine eventuelle analoge Anwendung von § 181 BGB muss von vorne herein auf solche Fälle beschränkt sein, in denen es um den Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch den Aufsichtsrat selbst bzw. durch den Vorstand geht. Da dem Aufsichtsrat – wie bereits betont – in aller Regel keine Geschäftsführungsaufgaben obliegen, kommt der Abschluss eines Rechtsgeschäfts des Aufsichtsrats mit einem Aufsichtsratsmitglied, wenn überhaupt nur in den Fällen der Stimmabgabe im Rahmen der Vorstandswahl in Betracht. Die Meinungen bezüglich dieses Falls sind sehr gespalten.⁶³² Es handelt sich jedoch nicht um eine spezifische die Arbeitnehmervertreter bzw. Gewerkschaften und ihre Mitglieder betreffende Problematik, sondern betrifft jedes Aufsichtsratsmitglied. Eine vertiefte Auseinandersetzung kann im Rahmen dieser Arbeit deshalb unterbleiben. Eine gewisse Nähe zum Regelungsbereich des Insichgeschäfts fällt jedoch in den Fällen auf, in denen ein Arbeitnehmervertreter als Vertreter der Gewerkschaft am Abschluss eines Tarifvertrages mit dem mitbestimmten Unternehmen partizipiert. Hier wäre der Betroffene auf beiden Seiten am Rechtsgeschäft beteiligt, wenn der Abschluss des Tarifvertrages von einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats erfasst wäre. Selbst wenn man, wie etwa Wilhelm, dem § 181 BGB ein übergeordnetes, zur Begründung von Stimmverboten geeignetes Prinzip entnimmt, so bestehen doch gewichtige Einwände gegen die Statuierung eines Stimmverbots in analoger Anwendung von § 181 BGB im oben geschilderten Fall des Tarifvertragsabschlusses. § 181 BGB geht ersichtlich davon aus, dass der Vertreter überhaupt die Möglichkeit hat, durch seine Beteiligung auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts dieses in seinem Sinne und entgegengesetzt zu den Interessen des Vertretenen zu beeinflussen. Die in § 181 BGB geregelte und die im Rahmen einer Beschlussfassung im Aufsichtsrat bestehende Interessenlage wären folglich nur dann vergleichbar, wenn das als Vertreter der Gewerkschaft an dem Tarifvertragsabschluss beteiligte Aufsichtsratsmitglied gleichzeitig die Möglichkeit hätte, durch seine Stimmabgabe im Aufsichtsrat den Inhalt des Tarifvertrages zum Nachteil des Unternehmens zu beeinflussen. Eine solche Möglichkeit hat das einzelne Aufsichtsratsmitglied nicht. Der Tarifvertrag wird alleine zwischen Vorstand und Gewerkschaft ausgehandelt. Der Aufsichtsrat mag zwar unter Umständen beratend zur Seite stehen, ein wesentlicher Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrages besteht allerdings nicht.

631 Wilhelm, NJW 1983, S. 912ff., 915.

632 Vgl. dazu Wilhelm, JZ 1976, S. 674ff., 676f.; ders. NJW 1983, S. 912ff.; Ulmer, NJW 1982, S. 2288ff.; van Look, NJW 1991, S. 152ff.

Diese Argumentation kann auf jedes Rechtsgeschäft übertragen werden, das der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, zum Beispiel Betriebsvereinbarungen, sofern ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt besteht. Die Initiative und die Konkretisierung des Inhalts des Rechtsgeschäfts obliegen dem Vorstand. Die Rolle des Aufsichtsrats ist auf die Zustimmung oder Ablehnung beschränkt. Demgegenüber liegt im Rahmen des § 181 BGB die Entscheidung über Abschluss und Inhalt des Rechtsgeschäfts alleine beim Vertreter. Somit erscheint eine Analogie schon wegen der in concreto kaum vorhandenen Einflussmöglichkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes und der insofern unterschiedlichen Interessenlage nicht möglich.

cc. Analogie zu § 32 MitbestG

Eine Analogie zu § 29 des Entwurfs des Mitbestimmungsgesetzes, der dem heutigen § 32 MitbestG entspricht, hat insbesondere Scholz vorgeschlagen. In seinem Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes geht er davon aus, dass die Verfassungswidrigkeit des MitbestG aufgrund einer Kumulation von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung durch eine analoge Anwendung von § 32 MitbestG abgewendet werden könne.⁶³³ Diesen Vorschlag hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht weiter verfolgt.⁶³⁴ In Betracht käme eine analoge Anwendung von § 32 MitbestG nur für den Fall, dass Mitbestimmungsrechte des Aufsichtsrats und des Betriebsrats kumulieren, denn § 32 MitbestG regelt einen speziellen Fall der Kumulation der Mitbestimmungsrechte im Konzern.⁶³⁵ Bedenken gegen eine Analogie zu § 32 MitbestG bestehen in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist die Regelung heftig als verfehlt und systemwidrig kritisiert worden,⁶³⁶ zum anderen handelt es sich – wie erwähnt – um eine konzernrechtliche Spezialvorschrift. Spezialvorschriften sind aufgrund ihres einzelfallähnlichen Charakters einer Analogie grundsätzlich nur eingeschränkt zugänglich.⁶³⁷ Insofern wäre die Basis für eine Analogie sehr schmal.⁶³⁸ Auch Scholz selbst hat in der Anhörung vor dem Bundestagsausschuss für Arbeits- und Sozialordnung eingeräumt, dass auch er eine Überparitäts-

⁶³³ Scholz, S. 115f.

⁶³⁴ Matthießen, S. 43.

⁶³⁵ Vgl. dazu etwa die Kommentierung von Raiser/Veil, § 32 Rn. 1; Ensich, S. 171f.

⁶³⁶ Vgl. Raiser/Veil, § 32 Rn. 3 m.w.N; Übersicht auch bei Martens, JuS 1983, S. 329ff., 336.

⁶³⁷ Zum ganzen Würdinger, JuS 2008, S. 949ff.

⁶³⁸ Vgl. Würdinger, JuS 2008, S. 949ff., 950.

lösung zugunsten der Anteilseignerseite für sinnvoll hält.⁶³⁹ Eine Analogie zu § 32 MitbestG ist somit abzulehnen.⁶⁴⁰

dd. Analogie zu § 34 BGB

Als Rechtsgrundlage für ein Stimmverbot der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei tarifpolitischen Beschlüssen wird in der Literatur vorwiegend § 34 BGB analog herangezogen.⁶⁴¹ § 34 BGB schließt das Stimmrecht eines Vereinsmitglieds in der Mitgliederversammlung aus, „wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft“. § 28 BGB überträgt diesen Stimmrechtsausschluss auch auf den Vorstand. Der Gesetzgeber unterscheidet folglich nicht zwischen der Beschlussfassung in der Mitgliederversammlung des Vereins und im Vorstand.⁶⁴² Ein Stimmverbot gem. § 34 BGB analog bei Beschlussfassungen im Aufsichtsrat ist unter anderem von Hanau erwogen worden.⁶⁴³ In einem ersten Aufsatz nur für die Gewerkschaftsrepräsentanten,⁶⁴⁴ später dann für alle Arbeitnehmervertreter.⁶⁴⁵ Näher begründet wird die Analogie von Hanau nicht, sondern er begnügt sich mit dem Verweis auf allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundsätze⁶⁴⁶ bzw. mit der Feststellung, die entsprechende Anwendung von § 34 BGB auf den Aufsichtsrat sei allgemein anerkannt.⁶⁴⁷ Die Aufsätze Hanaus seien repräsentativ dafür angeführt, dass in der Literatur und auch in der Rechtsprechung fast ausschließlich auf die analoge Anwendung von § 34 BGB verwiesen wird, eine überzeugende dogmatische Begründung hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Interessenlage allerdings überwiegend fehlt. Nur wenn die Vergleichbarkeit der Interessenlage präzisiert wird, kann auch die Reichweite der Analogie befriedigend bestimmt werden.

Eine vergleichbare Interessenlage lässt sich mit folgenden Erwägungen begründen. § 34 BGB soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers verhindern, dass verbandsfremde Sonderinteressen die Beschlussfassung be-

639 Vgl. Stenographisches Protokoll der Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 19.12.1974, S. 61f.

640 Ablehnend auch Ensich, S. 171f.

641 Vgl. die in Fußnote 562 genannten.

642 Keusch/Rotter, NZG 2003, S. 671ff. 672.

643 Zuerst in RdA 1975, S. 23ff., 25 bzgl. der Gewerkschaftsvertreter, die auch Organe der Gewerkschaft sind; weitergehend für alle Arbeitnehmervertreter in ZGR 1977, S. 397ff., 402ff.; heute noch für Stimmrechtsausschluss Hanau/Wackerbarth, S. 78f.

644 RdA 1975, S. 23ff., 25f.

645 ZGR 1977, S. 397ff., 403.

646 ZGR 1977, S. 397ff., 403.

647 RdA 1975, S. 23ff., 24.

einflussen.⁶⁴⁸ Die Gefahr, dass in den in § 34 BGB genannten Fällen, das betroffene Vereinsmitglied seine Interessen denjenigen des Vereins bei der Beschlussfassung vorzieht, ist nicht von der Hand zu weisen. Auch wenn der Vorstand wohl im Regelfall die Verhandlungen, etwa über ein Rechtsgeschäft mit dem Vereinsmitglied, führt, so kann das betroffene Mitglied im Rahmen des Hauptversammlungsbeschlusses über das Rechtsgeschäft die Entscheidung durch seine Stimme möglicherweise zu seinen Gunsten beeinflussen. Zu prüfen ist nun, ob die gleichen Überlegungen auch für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat zu gelten haben. Dass ein Unternehmen, genauso wie der Verein, ein Interesse daran hat, verbandsfremde Interessen aus seinen Organen fernzuhalten, lässt sich kaum bestreiten. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass, im Gegensatz zur Mitgliederversammlung des Vereins, der Aufsichtsrat zwar seine Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen des Vorstands erteilen muss, die Geschäftsführungskompetenz aber alleine beim Vorstand liegt. Er kann also selbstständig darüber entscheiden, ob eine Maßnahme, ein Rechtsgeschäft, durchgeführt bzw. geschlossen wird. Im Verein trifft diese Entscheidung häufig der Vorstand im Rahmen seiner Geschäftsführungskompetenz ohne Einfluss durch die Mitgliederversammlung. Der Mitgliederversammlung steht allerdings ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu. Konkret bedeutet dies, dass eine Entscheidung der Mitgliederversammlung, in welcher das betroffene Mitglied durch seine Stimme Einfluss nehmen kann, Bindungswirkung für den Vorstand entfaltet.⁶⁴⁹ Anders ist die Situation in der Aktiengesellschaft. Der Vorstand kann sich trotz Zustimmung des Aufsichtsrats entschließen, die geplante Maßnahme doch nicht durchzuführen. Eine solche Entscheidung würde den Vorstand allerdings in erhöhten Begründungszwang bringen. Er müsste dann erklären, warum er eine Maßnahme geplant und dem Aufsichtsrat vorgelegt hat, die im Nachhinein doch nicht mehr im Unternehmensinteresse sei.

Daneben muss auch das Weisungsrecht der Mitgliederversammlung des Vereins gegenüber dem Vorstand differenziert betrachtet werden. Es gilt auch nicht unbeschränkt. Der Vorstand kann sich einer rechtswidrigen oder sittenwidrigen Weisung widersetzen.⁶⁵⁰ Ebenso ist der Vorstand berechtigt, von der Weisung, d.h. vom Beschluss der Mitgliederversammlung abzuweichen, sofern er nach den Umständen annehmen kann, dass der Weisungsgeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichungen billigen

648 Vgl. MüKoBGB/Reuter, § 34 Rn. 1; Flume, Allgemeiner Teil I/2, S. 219; Zöllner, Schranken, S. 146ff.

649 Vgl. Staudinger/Weick, § 27 Rn. 25; Bamberger/Roth-Schwarz/Schöpflin, § 27 Rn. 19; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 281.

650 Stöber, Rn. 290; Reichert, Rn. 2635 spricht sogar von der Pflicht des Vorstandes die Weisung zu überprüfen.

würde.⁶⁵¹ Allerdings ist er verpflichtet, den Weisungsgeber über die Abweichung zu informieren und dessen Stellungnahme abzuwarten, sofern der Aufschub keine Gefahr mit sich bringt.⁶⁵² Hält der Vorstand damit eine Entscheidung für von verbandsfremden Interessen beeinflusst, so kann er dies der Mitgliederversammlung darlegen und diese zur erneuten Entscheidung auffordern. Folglich gilt auch für den Verein, dass der Beschluss der Mitgliederversammlung nicht zwingend das letzte Wort sein muss. Damit kann das Argument der Geschäftsführungsautonomie des Vorstands, wenn überhaupt, nur eingeschränkt Geltung beanspruchen. Andererseits ist möglicherweise auch zu berücksichtigen, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied seine Sonderinteressen bei der Entscheidung im Aufsichtsrat nicht mehr durchsetzen kann, weil dem Aufsichtsrat nur das ausgehandelte Rechtsgeschäft vorgelegt wird. Für den Inhalt ist der Vorstand zuständig, der Aufsichtsrat kann nur zustimmen oder das Rechtsgeschäft in der vorgelegten Gestalt ablehnen. Selbst wenn man davon ausginge, dass in der Mitgliederversammlung des Vereins auch inhaltlich noch über das Vertragswerk gesprochen wird und eventuell Änderungen vorgenommen werden, so kommen die verbandsfremden Sonderinteressen, genauso wie im Aufsichtsrat, auch in der Diskussion und der mit ihr verbundenen Beeinflussung der anderen Mitglieder zum Ausdruck. Die Abgabe der einzelnen Stimme des Vereinsmitgliedes kann dagegen in der Regel kaum den Ausschlag für einen durch Sonderinteressen beeinflussten Vertrag bewirken, wenn alle anderen Mitglieder, die im Verein im Gegensatz zum Aufsichtsrat, sehr zahlreich sein können, in der Mehrheit eine sachlich im Interesse des Vereins liegende Entscheidung treffe. Der Gesetzgeber hat sich in § 34 BGB trotzdem dafür entschieden, diese Situation durch einen Stimmrechtsausschluss zu entschärfen. Nach den vorhergehenden Ausführungen muss Gleiches für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gelten.

Geht man somit von einer analogen Anwendbarkeit des § 34 BGB auf die Beschlussfassung im Aufsichtsrat in den dort genannten Fällen aus, so bleiben die Auswirkungen auf das Stimmrecht der Gewerkschaftsvertreter und -mitglieder vor allem in Tarifverhandlungen und im Arbeitskampf zu klären. Möglicherweise fällt der Beschluss des Aufsichtsrats über die Zustimmung zum Abschluss eines Tarifvertrages unter den Verbotstatbestand des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts mit einem Aufsichtsratsmitglied. In der aktienrechtlichen Literatur wird zum überwiegenden Teil davon ausgegangen, dass ein Aufsichtsratsmitglied dann nicht mitstimmen darf, wenn es um die Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft geht, welches mit einer Gesellschaft geschlossen werden soll, deren

651 Stöber, Rn. 290; Reichert, Rn. 2636.

652 Stöber, Rn. 291; vgl. auch Schöpflin, S. 249.

gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist.⁶⁵³ Teilweise wird in der Literatur für die analoge Anwendung von § 34 BGB unmittelbare Betroffenheit des Mitglieds vorausgesetzt,⁶⁵⁴ wobei diese auch dann vorliegen soll, wenn der Betroffene die auf der Gegenseite des Rechtsgeschäfts stehende Personenvereinigung beherrscht oder zwischen beiden wirtschaftliche Identität besteht.⁶⁵⁵ Gegen diese Argumentation ist anzuführen, dass sie zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt. Für den Aufsichtsratsvorsitzenden, der in der Regel über den Stimmrechtsausschluss kraft seiner Funktion als Sitzungsleiter zu entscheiden hat,⁶⁵⁶ ist auf die Schnelle nicht immer erkennbar, welche Machtposition das Aufsichtsratsmitglied in der anderen Gesellschaft tatsächlich innehat. Auch Riegger geht davon aus, dass die Gefährdungslage im Rahmen des Handelns als Vertreter derjenigen bei wirtschaftlicher Beherrschung der am Rechtsgeschäft beteiligten Gesellschaft entspricht.⁶⁵⁷ Dies liegt insbesondere deshalb nahe, weil das Aufsichtsratsmitglied auch als Vertreter der anderen Gesellschaft bzw. der Gewerkschaft dieser zur Treue verpflichtet ist. Entgegen den oben genannten Auffassungen ist zur Begründung eines Stimmrechtsausschlusses allerdings keine unmittelbare Betroffenheit des Aufsichtsratsmitgliedes oder rechtsgeschäftliche Vertretung erforderlich. Es muss vielmehr genügen, wenn die rechtlichen Interessen des Aufsichtsratsmitgliedes mit denjenigen der am Rechtsgeschäft mit der Aktiengesellschaft beteiligten Partei übereinstimmen.⁶⁵⁸ Dafür spricht in erster Linie der hinter § 34 BGB stehende Rechtsgedanke. Ist das Aufsichtsratsmitglied an dem Inhalt des Rechtsgeschäfts rechtlich persönlich interessiert, weil es aus diesem Ansprüche ableiten kann, so kann von ihm kaum mehr erwartet werden, eine sachliche Entscheidung zu treffen. Gefahren, die sich aus dieser Konfliktlage ergeben, sollen durch § 34 BGB ausgeschlossen werden. Es kann keinen Unterschied machen, ob die betreffende Person als Partei am Abschluss des Rechtsgeschäfts beteiligt ist oder von seiner rechtlichen Wirkung nur mittelbar betroffen wird. Das heißt im Ergebnis, ein Stimmrechtsausschluss kann nur dann in Betracht kommen, wenn das Rechtsgeschäft rechtliche Wirkung für das Aufsichtsratsmitglied entfaltet. Nicht ausreichend ist dagegen ein allgemeines

-
- 653 Riegger, S. 81; Dreher, JZ 1990, S. 896ff., 902; Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 108 Rn. 54.
- 654 Bamberger/Roth-Schwarz/Schöpflin, § 34 Rn. 9; Mertens in: KK, § 108 Rn. 51; MüKoAktG/Habersack, § 108 Rn. 29f.; Spindler in: Spindler/Stilz, § 108 Rn. 28; so wohl auch Stöber, Rn. 537.
- 655 Vgl. Bamberger/Roth-Schwarz/Schöpflin, § 34 Rn. 9; Soergel/Hadding, § 34 Rn. 8; Meilicke, FS W.Schmidt, S. 71ff., 86; Friedrich, DStR 1994, S. 100ff., 103.
- 656 Drygala in: Schmidt/Lutter, § 108 Rn. 12; MüKoAktG/Habersack, § 108 Rn. 33.
- 657 Riegger, S. 81; im Ergebnis auch Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 108 Rn. 54.
- 658 Auch nicht auf eine unmittelbare Betroffenheit abstellend Staudinger/Weick, § 34 Rn. 9ff.; Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 108 Rn. 54.

Arbeitnehmerinteresse an der Entscheidung über das Rechtsgeschäft. Würde man alleine schon ein solches Interesse an einer Entscheidung im Aufsichtsrat für einen Stimmrechtsausschluss genügen lassen, würde dies zu einer uferlosen Ausweitung der Stimmverbotstatbestände führen. So müssten etwa die Arbeitnehmervertreter von jeder Entscheidung über Arbeitnehmerbelange ausgeschlossen werden.⁶⁵⁹ Eine solche Konsequenz würde aber ersichtlich die mit der Unternehmensmitbestimmung verfolgten Ziele, insbesondere die Einbringung von Arbeitnehmerinteressen in die Aufsichtsratsarbeit, konterkarieren. Im Ergebnis würde dies doch wieder zu einer – oben abgelehnten – generellen Anwendung von § 34 BGB analog auf sämtliche Fälle von Interessenkollisionen führen. Ein allgemeines Arbeitnehmerinteresse an der Entscheidung im Aufsichtsrat reicht für einen Stimmrechtsausschluss nicht aus.

Nun soll weitergehend anhand von Einzelfällen erläutert werden, wann die Verbotstatbestände des § 34 BGB im Rahmen von Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen eingreifen. Im Rahmen von Tarifabschlüssen könnte es um den Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Sinne von § 34 BGB mit dem Aufsichtsratsmitglied gehen. Wie bereits vorstehend erläutert, umfasst dieser Verbotstatbestand auch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit dem Aufsichtsratsmitglied als Vertreter für die juristische Person, mit der das Rechtsgeschäft geschlossen werden soll. Dass es sich bei einem Tarifvertrag um ein Rechtsgeschäft handelt, steht außer Frage.⁶⁶⁰ Es ist folglich davon auszugehen, dass ein Aufsichtsratsmitglied dann von der Beschlussfassung im Aufsichtsrat ausgeschlossen ist, wenn es um einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft geht, deren gesetzlicher oder bevollmächtigter Vertreter der Betroffene ist.⁶⁶¹ Alleine die Mitgliedschaft des Aufsichtsratsmitgliedes in der verhandelnden Gewerkschaft reicht dagegen nicht aus. Ausgeschlossen von der Beschlussfassung über einen Tarifvertrag ist das Aufsichtsratsmitglied lediglich dann, wenn es in den Anwendungsbereich des Tarifvertrags fällt und dieser somit rechtliche Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis des Aufsichtsratsmitgliedes hat. Die praktische Relevanz eines solchen Stimmrechtsausschlusses ist allerdings denkbar gering.

Nicht in Betracht kommen Stimmrechtsausschlüsse gem. § 34 BGB analog bei einer Beschlussfassung über Arbeitskampfmaßnahmen wie

659 Vgl. Ensich, S. 173.

660 Vgl. ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 19; Gamillscheg, KollArbR, Band I, S. 510; Schaub-Schaub, § 198 Rn. 16; Richardi, § 7 Rn. 1; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 13.

661 So auch Kroneberg, S. 153; Brocker, S. 932; ähnlich Lutter/Krieger, Rn. 909, wenn das Aufsichtsratsmitglied maßgeblich für das Zustandekommen des Haustarifvertrages gesorgt hat; a.A. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 28.

Betriebsstillegungen und Aussperrungen. Hier handelt es sich weder um ein Rechtsgeschäft mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst, noch mit einer Gewerkschaft. Möglich ist ein Stimmrechtsausschluss dagegen im Nachklang zu einem Arbeitskampf. Soll gegen das Aufsichtsratsmitglied ein Schadensersatzanspruch wegen dessen Verhalten im Arbeitskampf geltend gemacht werden, so lässt sich dies unter den Stimmverbotstatbestand „Einleitung eines Rechtsstreits“ fassen, oder, sofern man dies für eine zu weitgehende Auslegung des Wortes „Rechtsstreit“ hält, mit Matthießen⁶⁶² als Einleitung einer berechtigten negativen Maßnahme gegen das Aufsichtsratsmitglied von einem Stimmverbot umfasst ansehen. Vom Stimmrecht ausgeschlossen ist ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat auch dann, wenn er hauptamtlich bei der Gewerkschaft angestellt ist und über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Gewerkschaft Beschluss gefasst werden soll. Hier wird die Interessenbindung des Aufsichtsratsmitgliedes so stark sein, dass von ihm eine unbefangene Entscheidung nicht mehr erwartet werden kann. Stimmt ein Gewerkschaftsvertreter, was in der Regel wohl das einzige pflichtgemäße Verhalten wäre, einer Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Gewerkschaft zu, müsste er befürchten, dass sein Abstimmungsverhalten trotz Verschwiegenheitspflicht der Gewerkschaft zugetragen wird und er damit eine Chance auf eine erneute Nominierung bei der nächsten Wahl verspielt. Diese Gefahr besteht für die Arbeitnehmervertreter, die lediglich Gewerkschaftsmitglieder sind, in aller Regel nicht in einem solchen Ausmaß.⁶⁶³ Trotzdem wird man auch von ihnen eine Entscheidung für das Unternehmen und gegen die Gewerkschaft, kaum erwarten können. Sollte ihr Stimmverhalten doch der Gewerkschaft bekannt werden, so haben auch sie zu befürchten, bei der nächsten Wahl nicht mehr auf der mit dem Namen der Gewerkschaft gekennzeichneten Liste kandidieren zu dürfen. Es spricht damit mehr dafür, diese erst gar nicht in eine solche konfliktträchtige Lage kommen zu lassen und sie von der Abstimmung auszuschließen.

Möglich erscheinen Stimmrechtsausschlüsse auch dann, wenn im Aufsichtsrat über eine Betriebsvereinbarung Beschluss gefasst werden soll. Allerdings soll auch hier wieder darauf hingewiesen werden, dass eine solche Beschlussfassung des Aufsichtsrats eher eine Seltenheit darstellt. Sollte sie doch einmal stattfinden, sind zumindest die Betriebsräte, die gleichzeitig Aufsichtsratsmitglieder sind, analog § 34 BGB vom Stimmrecht ausgeschlossen, da es sich bei der Betriebsvereinbarung um einen

662 Matthießen, S. 123ff., 421.

663 Möglich wäre nur, dass sie nicht mehr auf einer mit dem Namen der Gewerkschaft gekennzeichneten Liste kandidieren dürften.

privatrechtlichen kollektiven Normenvertrag handelt.⁶⁶⁴ Die Vorschriften des Vertragsrechts finden auf ihn Anwendung.⁶⁶⁵ Auch wenn die Betriebsvereinbarung ihre Wirkung erst auf normativer Ebene entfaltet, ändert dies nichts daran, dass ihr Rechtscharakter im Wesentlichen rechtsgeschäftlicher Natur ist. Nach den oben genannten Grundsätzen sind daneben auch diejenigen Arbeitnehmervertreter vom Stimmrecht ausgeschlossen, deren Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung fällt.⁶⁶⁶ Keinem Stimmrechtsausschluss unterworfen sind dagegen die externen Gewerkschaftsvertreter.

d. Weitergehende Stimmverbote auf Grund verfassungsrechtlicher Reduktion

Nach dem bisher gefundenen Ergebnis sind Stimmverbote nur möglich, soweit es sich um einen der in § 34 BGB genannten Fälle handelt. Die Einzelfalluntersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, dass somit nur in wenigen der im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Konfliktfälle ein Stimmrechtsausschluss gem. § 34 BGB analog in Betracht kommt, etwa beim Abschluss von Tarifverträgen, nicht hingegen im Rahmen des Arbeitskampfes. Möglicherweise ist das Stimmrecht aber auch darüber hinausgehend einzuschränken, sofern dies zur Herstellung der Parität zwischen den Tarifpartnern im Arbeitskampf und in Tarifverhandlungen notwendig ist. Eine solche verfassungsrechtliche Reduktion des Stimmrechts der Arbeitnehmervertreter und damit folglich auch der Gewerkschaftsrepräsentanten wäre dann angezeigt, wenn es ansonsten dem Unternehmen nicht mehr möglich wäre, Entscheidungen im Rahmen eines Tarifkonflikts unbeeinflusst von der Gegenseite treffen zu können. An dieser Stelle ist an die unter Teil C II. gefundenen Ergebnisse anzuknüpfen. Auch wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat faktisch zu einem erhöhten Verhandlungs- und Kompromisszwang geführt hat, so kann die Anteilseignerseite im Konfliktfall durch Einsatz der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 29 II MitbestG ihre Vorstellungen durchsetzen. Damit ist gewährleistet, dass die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat während eines Tarifkonflikts auch gegen die Stimmen der Arbeitnehmer strategische Maßnahmen ergreifen kann. Deshalb besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine verfassungsrechtliche Korrektur des Stimmrechts der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Alleine auf Grund des Bestehens eines Interessenkonflikts im Arbeits-

664 Vgl. ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 19; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, § 77 Rn. 13; Richardi/Richardi, § 77 Rn. 23ff.

665 Richardi/Richardi, § 77 Rn. 24; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, § 77 Rn. 18.

666 Ablehnend Kroneberg, S. 142.

kampf oder bei tarifpolitischen Entscheidungen lässt sich damit kein verfassungsrechtlich begründeter Stimmrechtsausschluss entwickeln.

e. Sonderfall des Stimmrechtsausschlusses auf Grund Kumulation von betrieblicher und überbetrieblicher Mitbestimmung – Überparität?

Ein Stimmrechtsausschluss zur Vermeidung einer „Überparität“ der Arbeitnehmerseite könnte sich aber aus der Kumulation von betriebsverfassungsrechtlichen und unternehmensbezogenen Mitbestimmungsrechten ergeben. Im hier erörterten Kontext wird der Begriff der Kumulation wertneutral gebraucht. Er soll nur ausdrücken, dass bezüglich ein und derselben Maßnahme mehrere Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmerseite parallel existieren, womit noch keine Aussage über eventuelle Folgen geschweige denn der Verfassungsmäßigkeit einer Kumulation getroffen werden soll.⁶⁶⁷

aa. Das Verhältnis zwischen Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung

Sowohl gesetzestechnisch, als auch organisatorisch besteht eine auf den ersten Blick sehr eindeutige Trennung zwischen der Mitbestimmung nach dem BetrVG und derjenigen auf Unternehmensebene.⁶⁶⁸ Vom idealtypischen Ansatz ausgehend, haben beide Formen der Mitbestimmung zwei getrennte Wirkungsbereiche, so dass sich keine Berührungspunkte ergeben sollten.⁶⁶⁹ Die Unternehmensmitbestimmung bezweckt eine gleichgewichtige Teilhabe der Arbeitnehmer an der Entscheidungsfindung im Unternehmen, während die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung den sozialen Schutz des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz zum Ziel hat.⁶⁷⁰ Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung stehen trotz allem nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander, sondern es kann unter Umständen zu Überschneidungen im Bereich der wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechte kommen.⁶⁷¹ Im Kontext der Diskussion um die verfassungsrechtliche Beurteilung des Mitbestimmungsgesetzes wurde von den Kritikern daraus eine „Überparität“ abgeleitet, die zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes

⁶⁶⁷ So auch Rube, S. 137.

⁶⁶⁸ Vgl. Jahnke, S. 178.

⁶⁶⁹ Rube, S. 19.

⁶⁷⁰ Vgl. Edenfeld, Rn. 355.

⁶⁷¹ Jahnke, S. 13f., der außerdem davon ausgeht, dass die verschiedenen Mitbestimmungsebenen in einem systematischen Zusammenhang stehen; vgl. Thüsing, Sozialer Fortschritt, 2006, S. 50ff., 51f.; siehe dazu die zahlreichen Beispiele bei Rube, S. 100ff.; Auffahrt, RdA 1976, S. 2ff., 2.

führen sollte.⁶⁷² Unter „Überparität“ wird hier eine Situation verstanden, in welcher kein Verhandlungsgleichgewicht zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite mehr besteht, sondern die Verhandlungsstärke zugunsten der Arbeitnehmerseite verschoben ist, so dass die Anteilseignerseite in eine Minderheitenposition gedrängt würde.⁶⁷³ Es kann sein, dass Betriebsvereinbarungen einer Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, oder der Wirtschaftsausschuss angehört werden muss. Letztere Fälle sind im hier behandelten Kontext des Stimmrechtsausschlusses speziell der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat unproblematisch. Sofern es nur um Anhörung oder Information geht, scheidet eine Überparität von vorneherein aus.

bb. Überparität bei Entscheidung über die Folgen einer Betriebsänderung?

Etwas anderes könnte sich bei Entscheidungen im Aufsichtsrat über einen Sozialplan im Sinne von § 112 BetrVG ergeben.⁶⁷⁴

(1.) Sozialplanverfahren

Will ein Unternehmen eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG vornehmen, also zum Beispiel einen Betrieb stilllegen (§ 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG) oder mit einem anderen Betrieb zusammenlegen (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG), so ist zunächst der Betriebsrat über die Nachteile für die Belegschaft oder Teile der Belegschaft umfassend zu informieren (§ 111 S. 1 BetrVG). Der Betriebsrat hat dann die Möglichkeit mit dem Unternehmen über einen Sozialplan zu verhandeln und diesen notfalls in einem Einigungsstellenverfahren zu erzwingen (§ 111 II-IV BetrVG). Der Sozialplan regelt allerdings nur das „Wie“ der Durchführung der Betriebsänderung und dies auch nur hinsichtlich der sozialen Folgen.⁶⁷⁵ Die Entscheidung, ob die Maßnahme durchgeführt wird, liegt weiterhin bei der Unternehmensleitung. In den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats wird demgegenüber in aller Regel der Beschluss über das „Ob“ der Betriebsänderung fallen.⁶⁷⁶ Zusätzlich dazu kann der Sozialplan dann Gegenstand der Beschlussfassung im Aufsichtsrat werden, wenn ein ent-

672 So Badura/Rittner/Rüthers, S. 116ff.; Rube, S. 151ff.; aus neuerer Zeit Klosterkemper, FS Wissmann, S. 456ff.; 465ff.; zumindest kritisch auch Thüsing, Sozialer Fortschritt 2006, S. 50ff., 51f.; gegen Überparität Kübler/Schmidt/Simitis, S. 180ff.; Mayer in: MitbestG, Textausgabe mit 11 einführenden Aufsätzen, S. 153ff.; Auffahrt, RdA 1976, S. 2ff.; Ensich, S. 174ff.; im Ergebnis auch Jahnke, S. 184ff.

673 Rube, S. 149.

674 Dazu schon Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 408f.

675 Vgl. zum Sozialplan etwa Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 557.

676 Raiser/Veil, Einl. Rn. 58; vgl. dazu auch Jahnke, S. 189f.

sprechender Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 IV 2 AktG besteht. In der Praxis wird es jedoch die Regel sein, dass aufgrund der engen wirtschaftlichen Verbindung zwischen der Betriebsänderung und dem Sozialplan beide Entscheidungen nicht strikt voneinander getrennt werden können und der Aufsichtsrat deshalb auch über den Sozialplan entscheidet.⁶⁷⁷ Eine sinnvolle Beurteilung der Betriebsänderung und ihrer Folgen durch den Aufsichtsrat ist nur dann möglich, wenn dabei auch gewürdigt werden kann, welche finanzielle Belastung auf das Unternehmen durch den Sozialplan zukommt.⁶⁷⁸ Aus dem Befund, dass auch der Aufsichtsrat mit einem Beschluss über einen Sozialplan befasst sein kann, wurde schon zur Zeit der Entstehung des Mitbestimmungsgesetzes gefolgert, die Arbeitnehmervertreter müssten in solchen Fällen von der Beschlussfassung ausgeschlossen sein, um eine Überparität der Arbeitnehmerseite zu verhindern.⁶⁷⁹

(2.) Überparität durch Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat?

Insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass viele Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zugleich auch Betriebsräte sind,⁶⁸⁰ erscheint eine solche doppelte Mitbestimmung eines Arbeitnehmers durchaus zweifelhaft.⁶⁸¹ Ist es plausibel, dass die Arbeitnehmerseite bezüglich ein und derselben Maßnahme ihre Stimmen zweimal in die Waagschale werfen darf und das Unternehmen zweimal auf die Zustimmung des sozialen Gegenspielers angewiesen ist? Nicht bestreiten lässt sich in jedem Fall die Tatsache, dass eine kumulierte Mitbestimmung die Verhandlungsstärke der Arbeitnehmerseite nicht unwesentlich erhöht.⁶⁸² Andererseits ist das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil mit guten Gründen davon ausgegangen, dass eine solche Kumulation der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung nicht zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelungen im MitbestG führt. Das Gericht verweist vor allem darauf, dass ein Unternehmen im Falle von Meinungsverschiedenheiten mit der Arbeitnehmerseite seinen Willen letzten Endes auch gegen die

⁶⁷⁷ Vgl. Raiser/Veil, Einl. 58.

⁶⁷⁸ Koch, S. 167.

⁶⁷⁹ So Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., 408f.; Erdmann, RdA 1976, S. 87ff., 90; Laue-Streblow, S. 105ff.; Naendrup in: GK-MitbestG § 25 Rn. 75; Einl. II Rn. 122; Schneider in: GK-MitbestG, § 29 Rn. 31ff.

⁶⁸⁰ Vgl. BTDrucks. VI/334, S. 33; Jahnke, S. 178; Ensche, S. 165; für ein Verbot einer solchen Personalunion spricht sich Reuter, AcP 179, S. 509ff., 564f.

⁶⁸¹ Vgl. zu den Fällen der Überschneidung von unternehmerischen und betrieblicher Mitbestimmung Laue-Streblow, S. 108; Erdmann, RdA 1976, S. 87ff., 89; Buchner, ZfA 1974, S. 147ff., 179f.; Raiser/Veil, Einl. Rn. 56ff.; Rube, S. 100ff.; Ensche, S. 164ff.

⁶⁸² Raiser/Veil, Einl. Rn. 59.

Stimmen der Arbeitnehmervertreter und des Betriebsrats durchsetzen kann.⁶⁸³ Im Aufsichtsrat kann der, in der Regel von den Anteilseignervertretern gestellte Aufsichtsratsvorsitzende durch Einsatz seiner Zweitstimme die Interessen der Anteilseigner durchsetzen. Hat in derselben Angelegenheit auch der Betriebsrat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht, entscheidet in letzter Konsequenz die Einigungsstelle bzw. bei Nichteinigung deren neutraler Vorsitzender. Bezüglich der Sozialplanverhandlungen konnte man mit Recht davon ausgehen, dass ein in der Einigungsstelle gefundener Kompromiss auch die Zustimmung des Aufsichtsrats finden würde, so dass der Einfluss der Arbeitnehmer doch faktisch auf die Verhandlung durch den Betriebsrat beschränkt war. Auch in einer späteren Entscheidung zur Montanmitbestimmung hat das BVerfG den Gedanken der Kumulation von Beteiligungsrechten nicht mehr aufgegriffen.⁶⁸⁴ Deshalb soll auch hier das Problem der Kumulation von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats und solchen auf Unternehmensebene nicht mehr grundsätzlich diskutiert werden. Aus aktuellem Anlass erscheint es jedoch angebracht, noch einmal auf den Fall der Betriebsänderung und des Abschlusses eines Sozialplans einzugehen.

(a.) Rechtsprechung des BAG zum Streik um einen Tarifsozialplan

Das BAG hat in einer neueren Entscheidung, zusätzlich zum betrieblichen Einigungsstellenverfahren, einen Streik um einen Tarifsozialplan für rechtmäßig erachtet.⁶⁸⁵ Ist ein Sozialplan nun auch Beschlussgegenstand im Aufsichtsrat, so würden nach vordergründiger Betrachtung alle drei Mitbestimmungsebenen nebeneinanderstehen. Die Arbeitnehmerseite könnte sowohl durch den Betriebsrat, notfalls im Einigungsstellenverfahren, durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und durch einen Arbeitskampf um den Sozialplan auf die unternehmerische Entscheidung einwirken. Insbesondere aus der neuen Entscheidung des BAG wird teilweise gefolgert, es bestehe im Rahmen des Sozialplanverfahrens die Gefahr einer Überparität, und es wird an die Entscheidung des BVerfG zur Unternehmensmitbestimmung erinnert, welche für einen solchen Fall ein Einschreiten des Gesetzgebers forderte.⁶⁸⁶ Im Fall des BAG hatten sich ein Arbeitgeberverband und eine Gewerkschaft über die

683 BVerfGE 50, S. 290ff., 326f. = NJW 1979, S. 699ff., 700.

684 BVerfG, NZA 1999, S. 435ff.

685 BAG, NZA 2007, S. 987ff.; die Rechtsprechung des BAG ist in Teilen der Literatur auf Ablehnung gestoßen: Höfling, ZfA 2008, S. 1ff., 14ff.; gegen Zulässigkeit des Arbeitskampfes während der Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens auch Ricken, ZfA 2008, S. 293ff., 297; vorher schon Bauer/Krieger, NZA 2004, S. 1019ff.; Thüsing, FS ARGE Arbeitsrecht, S. 223ff., 234f.

686 Säcker, AG 2008, S. 17ff., 18f.

Rechtmäßigkeit eines Streiks um einen Sozialtarifvertrag gestritten. Ein verbandsangehöriges Unternehmen war von der Gewerkschaft bestreikt worden, während noch das Einigungsstellenverfahren stattfand. Ein wesentlicher Kernpunkt des Urteils des BAG war somit die Frage, ob das betriebsverfassungsrechtliche Verfahren abgewartet werden muss, bevor mit den Streikhandlungen begonnen werden darf. Das BAG hielt Streikmaßnahmen für zulässig, solange der Arbeitgeberverband nicht seine Bereitschaft über einen firmenbezogenen Sozialplantarifvertrag mit der Gewerkschaft zu verhandeln erklärt hat.⁶⁸⁷ Die Ausführungen des BAG sind dahingehend eingeschätzt worden, dass ein solcher Streik grundsätzlich auch gegen einen einzelnen Arbeitgeber zulässig ist.⁶⁸⁸

Das Urteil des BAG hat dazu geführt, dass in der Literatur Möglichkeiten erörtert wurden, um einer befürchteten Überparität der Arbeitnehmerseite zu begegnen.⁶⁸⁹ Als Ausweg scheint einiges dafür zu sprechen, die Beteiligungsrechte des Betriebsrats während der Tarifsozialplanverhandlungen mit der Gewerkschaft ruhen zu lassen.⁶⁹⁰ Als gesicherte Erkenntnis kann dies jedoch noch nicht gelten. Problematisch an dieser Ansicht ist jedenfalls, dass ein Tarifsozialplan grundsätzlich nur die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer erfasst. In diesem Fall wäre das Einigungsstellenverfahren im Vergleich zum Streik um einen Tarifsozialplan das mildere und geeignetere Mittel, schon weil es alle betroffenen Arbeitnehmer erfassen würde.⁶⁹¹ Andererseits ist die Beschränkung der Anwendbarkeit eines Tarifsozialplans auf die Gewerkschaftsmitglieder regelmäßige Konsequenz der Unterordnung der betrieblichen unter die tarifvertragliche Normsetzung. Zudem können die Sozialpartner den Sozialplan auch auf die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer ausdehnen.⁶⁹² Ein solches Vorgehen erscheint meiner Ansicht nach allerdings bedenklich, zumal die Gewerkschaften von den nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern nicht zum Abschluss eines Sozialplans legitimiert sind. Daneben bleibt es dem Betriebsrat auch nach dem Abschluss eines Tarifsozialplans unbenommen einen betrieblichen Sozialplan anzustreben und notfalls im Einigungsstellenverfahren durchzusetzen, so dass die betrieblichen Einwirkungsmöglichkeiten als Druckmittel erhalten bleiben, selbst wenn der Tarifsozialplan als dreiseitige

687 BAG, NZA 2007, S. 987ff., 993.

688 Bayreuther, NZA 2007, S. 1017ff., 1018.

689 Vgl. Willemsen/Stamer, NZA 2007, S. 413ff., 416.

690 Vgl. dazu Bayreuther, NZA 2007, S. 1017ff.; Willemsen/Stamer, NZA 2007, S. 413ff., 416; a.A. Ricken, ZfA 2008, S. 283ff., 302f.; für ein Nebeneinander von Einigungsstellenverfahren und Arbeitskampf Richardi/Annuß, BetrVG, § 112 Rn. 179.

691 So auch Henssler, FS Richardi, S. 553ff., 557f.

692 Davon scheint Bayreuther, NZA 2007, S. 1017ff.; 1021f. auszugehen.

Vereinbarung zwischen Gewerkschaft, Betriebsrat und Arbeitgeber abgeschlossen wird. Dies ist insbesondere relevant, sofern die nicht-organisierten Arbeitnehmer vom Tarifsozialplan nicht erfasst werden. Festhalten lässt sich damit in der Tat, dass die Arbeitnehmerseite hier ein nicht zu unterschätzendes Druckmittel in die Hand bekommen hat. Auch wenn die Verhandlungen um den Tarifsozialplan von vornherein dreiseitig geführt werden, ist die Verhandlungsstärke der Arbeitnehmer schon alleine durch die Beteiligung der Gewerkschaften erheblich forciert worden. Ihr stehen nicht mehr alleine die betrieblichen Einflussmöglichkeiten zu, sondern zusätzlich die Mittel des Arbeitskampfes. In Zukunft dürfte es damit für Unternehmen noch schwerer werden, Betriebsänderungen durchzuführen, kann sich das Verfahren bis zur endgültigen Umsetzung der Maßnahme unter Umständen doch über mehrere Jahre hinziehen.⁶⁹³ Alleine die Erstreikbarkeit des Sozialplans stellt einen nicht unerheblichen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dar.⁶⁹⁴ Das BAG führt mit dem angesprochenen Urteil jedoch konsequent seine Linie fort, die Koalitionsfreiheit insgesamt zu stärken und auszubauen. In der Tat sprechen gute Gründe dafür, auch die Möglichkeit, Tarifsozialpläne zu erstreiken, vor dem Hintergrund der Koalitionsfreiheit für zulässig zu erachten. Ihre Grenze muss die Zulässigkeit von Arbeitskampfhandlungen aber jedenfalls dort finden, wo die Tarifforderung das „Ob“ der Betriebsänderung konkret infrage stellt.⁶⁹⁵ Insofern überzeugt es nicht, wenn das BAG eine Überprüfung der Auswirkungen des Umfangs der Tarifforderung ablehnt. Henssler hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es Sache der Gewerkschaften ist, einen möglichen Eingriff in die freie unternehmerische Entscheidung zu rechtfertigen.⁶⁹⁶ Diese Problematik soll im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht weiter vertieft werden.

(b.) Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung

Von erheblicher Bedeutung ist das Urteil des BAG aber für die Beurteilung der Unternehmensmitbestimmung. Es führt dazu, dass im Fall der Verhandlungen über einen Sozialplan in einem mitbestimmten Unternehmen drei Mitbestimmungsinstrumente kumulieren können. Teilweise wird der Streik um einen Tarifsozialplan als schwaches Druckmittel angesehen. Da

693 Insbesondere lange Kündigungsfristen führen zu einem langwierigen Verfahren.

694 Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 354; vgl. auch Bauer/Krieger, NZA 2004, S. 1019ff., 1020; Bayreuther weist darauf hin, dass es zur Taktik der Gewerkschaften gehöre, durch hohe Abfindungsforderungen oder lange Kündigungsfristen die Betriebsänderung zumindest zu erschweren, NZA 2007, S. 1017ff., 1018.

695 Vgl. dazu Henssler, FS Richardi, S. 553ff., 562.

696 Henssler, FS Richardi, S. 553ff., 563.

das Unternehmen sowieso Arbeitsplätze abbauen wolle, könne die Arbeitseinstellung bei gleichzeitigem Wegfall der Lohnzahlungspflicht dieses kaum tangieren.⁶⁹⁷ Dieses Argument erweist sich allerdings ersichtlich als nicht stichhaltig. Es kann von vorneherein nur Geltung für die Betriebsstillegung beanspruchen. Außerdem werden die Kosten eines Betriebes nicht alleine durch die Arbeitsentgelte bestimmt, sondern auch durch die sonstigen laufenden Kosten wie zum Beispiel für Immobilien, Maschinen und Fahrzeuge. Diese Kosten fallen auch bei einem dauerhaften Streik an. Oder man denke daran, dass vor der Produktionseinschränkung/-einstellung noch Lieferverpflichtungen erfüllt werden müssen.⁶⁹⁸ Es kann also nicht geleugnet werden, dass ein Streik um einen Tarifsozialplan als Druckmittel genauso effektiv ist wie ein Streik um Lohnerhöhungen. Hier besteht nach meiner Überzeugung in der Tat die Möglichkeit eines Übergewichts der Arbeitnehmerseite.⁶⁹⁹ Die vom BVerfG hervorgehobene freie unternehmerische Unterscheidung läuft Gefahr, unangemessen eingeschränkt zu werden.⁷⁰⁰ Mit anderen Worten handelt es sich hier nicht mehr nur um eine schlichte, mit guten Gründen für zulässig erachtete Addition der Mitbestimmungsrechte, sondern hier besteht in der Tat die Gefahr, dass die Verfügungsgewalt des Unternehmensträgers in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt wird. Insbesondere das zeitliche Moment spielt eine wesentliche Rolle. Es ist davon auszugehen, dass der Vorstand, will er eine Betriebsänderung durchführen, bestrebt sein wird mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat Einvernehmen herzustellen. Der Vorstand wird in Vorgesprächen mit beiden Seiten im Aufsichtsrat die jeweiligen Positionen erörtern und versuchen zu einer für alle akzeptablen Lösung zu finden. Das wird ihm, zumindest im Idealfall, häufig gelingen. Die Einigkeit im Aufsichtsrat ist besonders wichtig, da sich ein Unternehmen nicht über längere Zeit gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat führen lässt. Anders stellt sich die Situation in der Regel im Rahmen von Sozialplänen dar. Je nach Umfang der Betriebsänderung kann man davon ausgehen, dass sich die Verhandlungen mit Betriebsrat, Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und Gewerkschaft zu einem zähen Ringen ausweiten können. Koch stellt zu Recht fest, dass die Entscheidungsfindung immer länger dauern wird, je mehr Personen an ihr beteiligt sind.⁷⁰¹ Die Arbeitnehmerseite hat durch das neue Druckmittel des Streiks um einen Tarifsozialplan neben dem Druckmittel der Einigungsstelle ein neues Werkzeug in der

697 Brecht-Heitzmann, NJW 2007, S. 3617ff., 3618f.

698 Dies sieht auch Brecht-Heitzmann, NJW 2007, S. 3617ff., 3619.

699 Im Ergebnis auch Ricken, ZfA 2008, S. 283ff., 299f.

700 Säcker, AG 2008, S. 17ff., 19; zur verfassungsrechtlichen Herleitung der freien Unternehmerentscheidung vgl. Walker, ZfA 2004, S. 501ff., 509f.; Höfling, ZfA 2008, S. 1ff., 19f.

701 Koch, S. 111.

Hand, um die Verhandlungen in die Länge zu ziehen. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass die zeitliche Dauer die Durchführung der Betriebsänderung unmöglich macht oder dem Unternehmen, durch die verspätete Umsetzung einer dringend notwendigen Maßnahme ein Schaden entsteht und somit einen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit darstellen.⁷⁰² Könnte man beim Problem der Kumulation von Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung im Aufsichtsrat noch argumentieren, aufgrund der zahlreich vorhandenen Personenidentität zwischen Aufsichts- und Betriebsräten sei eine zeitliche Verzögerung wenn überhaupt nur in geringem Ausmaß zu befürchten, so kann dies für den Fall des Sozialplans nicht mehr aufrechterhalten werden. Durch die Beteiligung der Gewerkschaften auf tariflicher Ebene werden die Verhandlungen an Schärfe und dadurch zwangsläufig auch an Dauer zunehmen. Einer Einflussnahme durch die Gewerkschaften kann sich das Unternehmen heute nicht mehr entziehen. Auch besteht die Gefahr, dass die unternehmerische Entscheidung aufgrund des vielfältigen Drucks von Arbeitnehmerseite durch sog. Kopplungsgeschäfte,⁷⁰³ wie etwa Zugeständnissen in anderen mitbestimmungsrelevanten Angelegenheiten, teuer erkaufte wird. Der mit einer Betriebsänderung angestrebte Zweck könnte dann nicht mehr erreicht werden. Zwar hätte der Aufsichtsrat die Möglichkeit einer Einschränkung vorzubeugen, indem dieser einen Zustimmungsvorbehalt für den Abschluss eines Sozialplans gar nicht erst begründet. Wie bereits oben angedeutet, stellt sich jedoch hier das Problem, dass sich eine Beschlussfassung über die Betriebsänderung allgemein nicht von der Beschlussfassung über den Sozialplan trennen lässt. Man müsste dann also konsequenterweise die Betriebsänderung vollständig aus der Zuständigkeit des Aufsichtsrats herausnehmen, indem man einen bestehenden Zustimmungsvorbehalt streicht. Je nachdem wo dieser zu finden ist, also entweder in der Satzung der AG oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats bzw. des Vorstands, wäre entweder die Hauptversammlung oder der Aufsichtsrat dafür zuständig. Die Hauptversammlung alleine kann allerdings nicht verhindern, dass der Aufsichtsrat einen solchen Zustimmungsvorbehalt, und sei es erst im Konfliktfall, ad hoc begründet. Trotzdem wäre es den Anteilseignern möglich, mit ihrem Übergewicht im Aufsichtsrat oder alleine in der Hauptversammlung über die Streichung zu beschließen bzw. eine Begründung eines Zustimmungsvorbehaltes zu verhindern. Eine solche Lösung zur Verhinderung der Beeinträchtigung des Paritätsgrundsatzes ist allerdings höchst bedenklich, ermöglicht sie doch eine Betriebsänderung, die unter Umständen mit

702 So im Rahmen des BetrVG auch Walker, ZfA 2004, S. 501ff., 526f.

703 Solche Kopplungsgeschäfte hatte die Mitbestimmungskommission schon im Bereich der Montanmitbestimmung beobachtet, vgl. BTDrucks 7/2171, S. 41; für Unzulässigkeit solcher Geschäfte Koch, S. 169.

hohen unternehmerischen Risiken verbunden ist, einer Kontrolle durch den Aufsichtsrat zu entziehen.

Eine andere Bewertung ergibt sich grundsätzlich auch nicht aus der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer. Dass diese die Beteiligung sowohl der Arbeitnehmer, als auch der Gewerkschaften an der Unternehmensmitbestimmung gewährleistet, wurde bereits oben festgestellt.⁷⁰⁴ Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer und ihrer Verbände muss aber im Rahmen der Herstellung der praktischen Konkordanz hinter der, durch Art. 12 I und Art. 14 GG gewährleisteten Unternehmerfreiheit zurücktreten. Sowohl die Arbeitnehmer im Betrieb als auch die Gewerkschaften haben bereits durch die Möglichkeit des Arbeitskampfes und die Erzwingbarkeit des Sozialplans im Einigungsstellenverfahren erhebliche koalitionsspezifische Handlungsspielräume.

(3.) Ergebnis

Dagegen erscheint es sachgerechter, den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat in einem solchen Konfliktfall unter Hinweis auf die Überparität das Stimmrecht zu versagen, sofern die Stimmverbote gem. § 34 BGB analog nicht ausreichen um die Verhandlungsparität des Unternehmens sicherzustellen.⁷⁰⁵ Nach den oben genannten Grundsätzen hinsichtlich des Stimmrechtsausschluss können vor allem die Gewerkschaftsvertreter vom Stimmrecht ausgeschlossen sein, wenn sie für ihre Gewerkschaft an den Verhandlungen über den Tarifsozialplan teilnehmen oder auch die Arbeitnehmervertreter, die im Sozialplan begünstigt werden. Damit ist auch gesagt, dass ein Entzug des Stimmrechts aller Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Beschlussfassung über eine Betriebsänderung und einen Sozialplan, nur in Betracht kommt, wenn nicht lediglich über die Betriebsänderung beschlossen werden soll, sondern sozusagen „im Paket“ auch über den Sozialplan oder über den Sozialplan alleine. Außerdem muss zu befürchten sein, dass durch die Beteiligung der Arbeitnehmerseite an der Entscheidung die Verhandlungsparität des Unternehmens erheblich eingeschränkt ist. Meines Erachtens nach dürfte die Verhandlungsparität des Unternehmens allerdings in vielen Fällen schon über die konsequente Anwendung der Stimmverbote sicherzustellen sein, so dass es dann keines weitergehenden Stimmrechtsausschlusses mehr bedürfte. Im Ergebnis bleibt dies jedoch eine Entscheidung im konkreten Einzelfall.

704 Unter C I 3 g.

705 Im Ergebnis auch für Stimmrechtsausschluss wegen Kumulation der drei Mitbestimmungsebenen Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 419.

3. Teilnahmerecht

In Konfliktsituationen zwischen Gewerkschaft und dem mitbestimmten Unternehmen, wie zum Beispiel im Arbeitskampf, hat das Unternehmen unter Umständen auch ein Interesse daran, dass ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat an der Diskussion über den konfliktbeladenen Beschlusspunkt nicht teilnimmt. Dies könnte über einen Entzug des Teilnahmerechts an der Sitzung des Aufsichtsrats erreicht werden.

a. Voraussetzungen für den Entzug des Teilnahmerechts

Das Teilnahmerecht eines Aufsichtsratsmitgliedes ist, wie bereits oben erwähnt, grundsätzlich unentziehbar.⁷⁰⁶ Jedes Aufsichtsratsmitglied ist berechtigt und zugleich verpflichtet an den Sitzungen des Aufsichtsrats teilzunehmen.⁷⁰⁷ Das gilt grundsätzlich auch für alle Arbeitnehmervertreter während eines Arbeitskampfes.⁷⁰⁸ Ein Entzug des Teilnahmerechts bedarf deswegen eines sachlichen Grundes.⁷⁰⁹ An die Rechtfertigung sind hohe Anforderungen zu stellen.⁷¹⁰ Als sachlicher Grund kann nach der nahezu einhelligen Ansicht in der Literatur die Gewährleistung eines störungsfreien Ablaufs der Sitzung⁷¹¹ oder die Gefährdung wichtiger Belange der Gesellschaft bzw. des Unternehmensinteresses angesehen werden.⁷¹²

706 Vgl. Drygala in: Schmidt/Lutter, § 109 Rn. 4; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 338; Moll, FS Lüer, S. 259ff., 263; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 19; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9.

707 Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 19; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, § 25 Rn. 19; Krebs, S. 160; Hüffer, § 109 Rn. 2.

708 Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 324; Moll, FS Lüer, S. 259ff., 263.

709 Säcker, NJW 1979, S. 1521ff., 1522 („schwerwiegender Grund“); Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 109 Rn. 17; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 346; generell gegen Teilnahmeausschluss offenbar Köstler/Zachert/Müller, Rn. 424.

710 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 109 Rn. 17; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 346; Leyens, Information, S. 313; weitergehend dagegen Kastner, FS Strasser, S. 843ff., 851; Säcker, FS Rebmann, S. 781ff., 787, wonach schon ein allgemeiner Interessenkonflikt ausreichen soll, um einen Teilnahmeausschluss zu begründen.

711 Hüffer, § 109 Rn. 2; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 19; Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 109 Rn. 18; Säcker, NJW 1979, S. 1521ff., 1522; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rn. 44; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9.

712 Mertens in: KK, § 109 Rn. 8; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 42; Leyens, Information, S. 313; Raiser/Veil, § 25 Rn. 31; Breuer/Fraune in: Heidel, § 109 AktG Rn. 3; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 109 Rn. 4; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 19; Hüffer, § 109 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 10; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 225;

Zu beachten ist außerdem, dass ein Teilnahmeausschluss immer nur Ultima Ratio sein darf.⁷¹³ Insofern ist das betroffene Aufsichtsratsmitglied vorher zu seinem möglichen Ausschluss anzuhören. Ein Ausschluss kann auch nur dann in Betracht kommen, wenn ein Stimmrechtsausschluss nicht ausreichen sollte, um die Gesellschaft vor schädigenden Einflüssen zu schützen.⁷¹⁴ Das Aufsichtsratsmitglied kann nur für die Diskussion über den von der Interessenkollision betroffenen Beschlusspunkt ausgeschlossen werden.⁷¹⁵ Bei der Beantwortung der Frage, wer über den Teilnahmeausschluss entscheidet, ist zu differenzieren. Geht es darum, die Ordnung in einer Aufsichtsratssitzung wiederherzustellen, ist der Aufsichtsratsvorsitzende im Rahmen seiner Sitzungsleitungskompetenz zuständig.⁷¹⁶ Ist ein Ausschluss jedoch erforderlich, um wichtige Belange der Gesellschaft zu schützen, so bedarf es eines Beschlusses des Gesamtaufsehrats.⁷¹⁷ Hält das betroffene Aufsichtsratsmitglied den Teilnahmeausschluss für rechtswidrig, kann es dagegen das Plenum des Aufsichtsrats anrufen.⁷¹⁸

b. Entzug bei Interessenkollision

Für den Fall, dass sich ein Aufsichtsratsmitglied einer Interessenkollision ausgesetzt sieht, könnte seine Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung als Gefährdung wichtiger Belange der Gesellschaft angesehen werden. Dies hat insbesondere dann zu gelten, wenn die Teilnahme eines sich im Interessenwiderstreit befindenden Aufsichtsratsmitgliedes dazu führt, dass im Aufsichtsrat nicht mehr sachgerecht und unbefangen beraten wird.⁷¹⁹ Eine solche Situation würde wichtige Belange der Gesellschaft konkret gefährden. Explizit gegen letztgenannten Ausschlussgrund sind Bedenken erhoben worden.⁷²⁰ Behr hat dagegen eingewandt, dass zumindest im Vorfeld der Beschlussfassung Interessenkollisionen offen im

Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 19; etwas abweichend Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 355, der voraussetzt, dass eine „unabhängige Willensbildung im Aufsichtsrat nicht mehr gewährleistet ist.“

713 Drygala in: Schmidt/Lutter, § 109 Rn. 4; vgl. auch MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 109 Rn. 2.

714 Vgl. Spindler in: Spindler/Stilz, § 109 Rn. 9.

715 Spindler in: Spindler/Stilz, § 109 Rn. 7.

716 Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 109 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9.

717 Vgl. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 19; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 109 Rn. 2; Hüffer, § 109 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 10.

718 Lutter/Krieger, Rn. 699; Spindler in: Spindler/Stilz, § 109 Rn. 10; MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 9.

719 Kastner, FS Strasser, S. 843ff., 851; Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 355.

720 Behr, AG 1984, S. 281ff., 284.

Gremium ausgetragen werden müssten. Die unberechtigte Wahrnehmung eigener Interessen werde durch die haftungsbewehrte Verpflichtung des Aufsichtsratsmitgliedes auf das Unternehmensinteresse ausreichend neutralisiert.⁷²¹ Den hier interessierenden Fall der tarifpolitischen Interessenkollision sieht Behr anscheinend allerdings unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung von Gesellschaftsinteressen.⁷²² Die Gefährdung der Interessen der Gesellschaft kann nach Behr höchstens dann zu einem Ausschluss des betroffenen Aufsichtsratsmitgliedes von einer Sitzung führen, wenn es sich nicht lediglich um eine abstrakte Gefährdung, sondern um eine konkrete Gefahr handelt.⁷²³ Insofern ist Behr zuzustimmen. Würde man bereits eine abstrakte Gefahr für den Teilnahmeausschluss ausreichen lassen, liefen gerade die Arbeitnehmervertreter Gefahr, bei Diskussionsgegenständen, die Arbeitnehmerinteressen tangieren, aufgrund eines Interessenkonfliktes ausgeschlossen zu werden, weil eine hitzige Diskussion vermutet wird. Auch würde ein Teilnahmeausschluss bereits bei Vorliegen einer abstrakten Gefahr nicht der Bedeutung des Teilnahmerechts des Aufsichtsratsmitgliedes gerecht werden. Voraussetzung für einen Teilnahmeausschluss ist deshalb, dass konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anwesenheit des Aufsichtsratsmitgliedes wichtige Belange der Gesellschaft gefährden könnte oder einen störungsfreien Sitzungsablauf nicht zulassen würde – zum Beispiel, wenn das Aufsichtsratsmitglied vorher ankündigt, gegen die Verschwiegenheitspflicht zu verstoßen oder dies wiederholt in ähnlichen Fällen getan hat.

Behr bezweifelt jedoch selbst die Zulässigkeit des Teilnahmeausschlusses für den Fall einer konkreten Gefahr, zumal in gravierenden Fällen die Möglichkeit der Abberufung gem. § 103 III AktG bestehe.⁷²⁴ Ob diese Möglichkeit jedoch ausreicht, um die Gesellschaftsinteressen zu schützen, darf zu Recht bezweifelt werden. Bewirkt sie doch nur eine nachträgliche Kontrolle des Verhaltens des Aufsichtsratsmitgliedes. Das Unternehmen müsste zunächst einen, im Extremfall offensichtlichen, Schadenseintritt hinnehmen und wäre im Nachhinein auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Abberufung des Aufsichtsratsmitgliedes beschränkt. Wie später zu zeigen sein wird,⁷²⁵ ist gerade die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen mit großen Unwägbarkeiten verbunden, so dass sie sich nicht als ausreichendes Mittel darstellt, um das Unternehmen vor schädigenden Einflussnahmen zu schützen.

⁷²¹ Behr, AG 1984, S. 281ff., 283.

⁷²² Behr, AG 1984, S. 281ff., 283.

⁷²³ Behr, AG 1984, S. 281ff., 283; so auch Moll, FS Luer, S. 259ff., 260.

⁷²⁴ Behr, AG 1984, S. 281ff., 284.

⁷²⁵ Unter F II.

c. Anwendung der Kriterien auf Einzelfälle

Im Anschluss soll nun versucht werden, jene Fälle zu konkretisieren, in denen ein Ausschluss eines Aufsichtsratsmitgliedes, welches auf Seiten der Gewerkschaft in tarifliche Auseinandersetzungen mit der mitbestimmten Gesellschaft involviert ist, in Betracht kommt. Wobei auch hier zu beachten ist, dass die möglichen Fallkonstellationen so vielfältig sind, dass nur ein Überblick gegeben werden kann.

Eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen könnte sich daraus ergeben, dass das Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der Sitzung tarifpolitische Informationen erhalten würde, die es bei der Gewerkschaftsarbeit zum Nachteil der Gesellschaft einsetzen könnte. Gefahren für die Gesellschaft sind hier vor allem in mehreren Konstellationen denkbar. Zum einen erscheint es möglich, dass, sofern im Aufsichtsrat über Arbeitskampfmaßnahmen der Gesellschaft entschieden werden soll, der Gewerkschaftsvertreter bzw. auch die anderen Arbeitnehmervertreter, die in der kampfführenden Gewerkschaft organisiert sind, Kenntnis von der Kampfstrategie der Gegenseite erhalten. Dies würde für den Fall, dass das Aufsichtsratsmitglied zur Streikleitung oder zuständigen Tarifkommission gehört, zu einer erheblichen Einschränkung der Kampfparität führen. Die Verschwiegenheitspflicht bietet keinen effektiven Schutz, denn das Aufsichtsratsmitglied übermittelt sich die Informationen schließlich nicht selbst. Es kann sich bei seiner Entscheidung über Arbeitskampfmaßnahmen oder das Verhalten der Gewerkschaft in Tarifverhandlungen kaum von den im Aufsichtsrat gewonnenen Erkenntnissen freimachen, mit anderen Worten diese bei seiner Arbeit in der Gewerkschaft vergessen.⁷²⁶ Somit ist ein solches Aufsichtsratsmitglied, auch ohne konkrete Anhaltspunkte für einen möglichen Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflicht, von der betreffenden Aufsichtsratssitzung auszuschließen.⁷²⁷ Ist das Aufsichtsratsmitglied nicht an der Streikleitung beteiligt, so könnten Informationen über die Kampftaktik der Gesellschaft nur unter Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes an die Streikleitung und die Führungsetage der Gewerkschaft gelangen. Folglich wird man in einem solchen Fall verlangen müssen, dass konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vorliegen.⁷²⁸

726 Vgl. auch Möllers, ZIP 2006, S. 1615ff., 1616; Leyens, Information, S. 313, der es für ausreichend erachtet, dass das Aufsichtsratsmitglied die Information im Hauptamt nicht einfach ausklammern kann.

727 Für Ausschluss bei „naheliegende(m) Verdacht“ Kempfen, NZA 2005, S. 185ff., 193.

728 In diese Richtung wohl auch Krebs, S. 165f.

Brisant sind nicht nur tarifpolitische Informationen im Aufsichtsrat, sondern auch Informationen über die Finanzstärke des Unternehmens; hängt davon doch nicht unerheblich die Durchhaltefähigkeit des Unternehmens im Arbeitskampf ab. Folglich wird man, falls solche Informationen während eines Arbeitskampfs im Aufsichtsrat thematisiert werden, über einen Ausschluss von gewerkschaftlichen Führungskräften nachzudenken haben. Auch hier ändert sich aber nichts daran, dass in erster Linie die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes zu beachten ist. Erst wenn das Aufsichtsratsmitglied die Informationen auch ohne Verstoß gegen diese im Arbeitskampf verwerten kann, ist es von der betreffenden Sitzung auszuschließen. Folglich kommt auch hier nur dann ein Ausschluss ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Gefahr in Betracht, sofern das Aufsichtsratsmitglied an der Streikleitung der Gewerkschaft beteiligt ist und die Informationen somit sein Verhalten in der Streikleitung bestimmen werden. Ist dies nicht der Fall, so kommt ein Entzug des Teilnahmerechts nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Informationen in Betracht.

4. Ausschluss von Informationen

Bisher wenig beachtet, aber meiner Einschätzung nach von großer Brisanz, ist die Frage, wann der Vorstand einen Bericht an den Aufsichtsrat verweigern kann, weil er arbeitskampfrelevante Daten enthält.⁷²⁹ Insofern zeigt sich eine gewisse Parallele zum Ausschluss von der Teilnahme an einer Aufsichtsratssitzung. Auch hier geht es aus Sicht des Unternehmens darum brisante Informationen zurückzuhalten, sofern diese zu dessen Schädigung eingesetzt werden könnten. Allerdings bestehen einige wesentliche Unterschiede. Während es beim Teilnahmeausschluss zwar auch um die Vermeidung eines Informationsmissbrauchs geht, ist die Frage der Verweigerung einer bestimmten Information doch etwas anders gelagert. Hier geht es zumeist um Informationen, die im Vorfeld einer Aufsichtsratssitzung den Mitgliedern des Gremiums ausgehändigt werden sollen; primär handelt es sich um die Regelberichte, über die im Aufsichtsrat beraten wird. Auch ist zu beachten, dass der Aufsichtsratsvorsitzende über einen Teilnahmeausschluss zu entscheiden hat. Will dieser, im Gegensatz zum Vorstand, das betroffene Organmitglied nicht ausschließen, hat der Vorstand keine Möglichkeit, einen Ausschluss anderweitig durchzusetzen. Sieht der Vorstand immer noch die Gefahr, dass Informationen weitergegeben werden könnten, kommt die Frage nach der Möglichkeit der Verweigerung eines Berichts ins Spiel. Für eine solche

⁷²⁹ Allgemein zu Einschränkungen der Berichtspflicht des Vorstands bei Missbrauchsgefahr Sina, NJW 1990, S. 1016ff. und Lutter, Information, S. 43ff.

Maßnahme liegt die Entscheidungszuständigkeit nach der wohl überwiegenden Ansicht beim Vorstand selbst.⁷³⁰

Grundsätzlich ist auch hier, ebenso wie im Rahmen des Teilnahmerechts, festzuhalten, dass eine Einschränkung der Berichtspflicht nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Der Vorstand ist dem Aufsichtsrat gegenüber grundsätzlich zu uneingeschränkter Offenheit verpflichtet.⁷³¹ Die Berichtspflicht ist wesentliches Element der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats. Sie einzuschränken würde bedeuten, den Aufsichtsrat in seinen Kontrollmöglichkeiten zu begrenzen. In der Regel überwiegt das Informationsbedürfnis der Aufsichtsratsmitglieder. Der Vorstand darf nicht die Möglichkeit haben, dem Aufsichtsrat unbequeme Informationen vorzuenthalten.⁷³² Der Vorstand ist damit grundsätzlich nicht berechtigt, dem Aufsichtsrat bestimmte Informationen zu verweigern, ohne Anhaltspunkte dafür vorzuweisen, dass einzelne Aufsichtsratsmitglieder gegen ihre Verschwiegenheitspflicht verstoßen werden. Bei einem Berichtsverlangen aus dem Aufsichtsrat, sei es von diesem als Gremium oder von einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, kann der Vorstand die gewünschte Information außerdem dann verweigern, wenn das Berichtsverlangen offensichtlich sachfremd oder missbräuchlich ist.⁷³³ Der Aufsichtsrat kann nur Informationen verlangen, die er zur Ausübung seiner Überwachungsaufgabe benötigt.⁷³⁴ Informationen, die für eine Kontrolle der Vorstandstätigkeit irrelevant sind, braucht der Vorstand nicht weiterzugeben.⁷³⁵ Die Beurteilung, ob eine Information zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe benötigt wird, liegt im Ermessen des Aufsichtsrats, es sei denn es ist offensichtlich, dass keinerlei Berührungspunkte zwischen der begehrten Information und den Aufgaben des Aufsichtsrats bestehen.⁷³⁶

Missbrauch der Informationen ist dann anzunehmen, wenn es dem Organmitglied darum geht, zulasten des Unternehmens seine eigenen

730 Hüffer, § 90 Rn. 12a; Klein, AG 1982, S. 7ff., 9; Kort in: GroßkommAktG, § 90 Rn. 116; a.A. Mertens in: KK, § 90 Rn. 14 und Lutter, Information, S. 44f.; differenzierend Sina, NJW 1990, S. 1016ff., 1019, wonach der Vorstand nur bei Anforderungsberichten an den Gesamtaufsichtsrat den Bericht eigenständig verweigern dürfe, nicht dagegen bei den Regelberichten an den Gesamtaufsichtsrat.

731 Lutter, Information, S. 4, Bruder, S. 10.

732 Ähnlich Lutter, Information, S. 43.

733 Oltmanns in: Heidel, § 90 AktG, Rn. 14; Hüffer, § 90 Rn. 12a; Spindler in: Spindler/Stilz, § 90 Rn. 47.

734 Mertens in: KK, § 90 Rn. 7; ders. AG 1980, S. 67ff., 72; vgl. auch Lutter, Information, S. 37ff.

735 Vgl. Bruder, S. 10.

736 Vgl. Mertens in: KK, § 90 Rn. 8; MükoAktG/Spindler, § 90 Rn. 51; Leyens, Information, S. 152.

Interessen zu fördern.⁷³⁷ Voraussetzung für die Verweigerung eines Berichtsverlangens ist aber in jedem Fall die konkrete Gefahr eines drohenden Missbrauchs zulasten des Unternehmens.⁷³⁸ Dass es hier unter anderem bei Informationen die die Unternehmensplanung betreffen zu erheblichen Spannungen kommen kann, ist vorgezeichnet.

Für die Entscheidung in Einzelfällen kann im Wesentlichen an die im Rahmen des Teilnahmeausschlusses gefundenen Ergebnisse angeknüpft werden: Die Mitgliedschaft in einer das Unternehmen bestreikenden Gewerkschaft reicht allein nicht aus. Eine Berichtsverweigerung kommt nur bei konkreten Anhaltspunkten für eine Weiterleitung der Informationen an die Gewerkschaft oder andere Dritte in Betracht. Ist ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat allerdings auch in der Streikleitung oder Tarifkommission der Gewerkschaft aktiv, besteht dagegen die konkrete Gefahr, dass dieses die Informationen aus dem Aufsichtsrat auch ohne Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht bei seinen Entscheidungen berücksichtigt.

5. Pflicht zur Amtsniederlegung

Steht nach den bisherigen Ausführungen fest, dass die Rechte aus dem Aufsichtsratsmandat der Gewerkschaftsvertreter und Gewerkschaftsmitglieder in Tarifkonflikten nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden dürfen, so stellt sich die Frage, ob die Interessenkollision zwischen Aufsichtsratsmandat und Betätigung für die Koalition, eine Pflicht zur Niederlegung des Mandats begründen kann. Eine solche Lösung wird mit der Begründung vertreten, die Amtsniederlegung sei deshalb das einzige taugliche Mittel, da alle anderen Überlegungen hinsichtlich Stimmrechts- oder Teilnahmeausschlüssen nicht geeignet seien, den Konflikt zu entschärfen.⁷³⁹ Voraussetzung für die Begründung einer Pflicht zur Amtsniederlegung wäre mindestens ein dauernder, schwerwiegender und nicht anders auflösbarer Interessenkonflikt.⁷⁴⁰ Eine Pflicht zur Amtsniederlegung wird schon deshalb in den hier interessierenden Fällen der Tarifauseinandersetzungen nicht bestehen, weil der Konflikt nicht dauerhaft ist. Arbeitskämpfe sind in aller Regel, genauso wie Tarif-

⁷³⁷ Hüffer, § 90 Rn. 12a.

⁷³⁸ Vgl. Hüffer, § 90 Rn. 12a; Kort in: GroßkommAktG, § 90 Rn. 110; Lutter, Information, S. 44; Bruder, S. 11, Sina, NJW 1990, S. 1016ff., 1019; Oltmanns in: Heidel, § 90 AktG, Rn. 1; Klein, AG 1982, S. 7ff., 9.

⁷³⁹ Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 458.

⁷⁴⁰ Rudzik, NZG 2004, S. 455ff., 458.; Hopt, ZGR 2004, S. 1ff., 34; Möllers in: Hommelhoff/Hopt/v.Werder, S. 405ff., 424; Krebs, S. 180ff.; vgl. auch Hoffmann/Preu, Rn. 719.1; Überblick auch bei Hanau/Wackerbarth, S. 47f.; ablehnend gegenüber einer Pflicht zur Amtsniederlegung etwa Dreher, JZ 1990, S. 896ff., 902.

verhandlungen, nur von begrenzter Dauer. In den meisten Fällen wird der Arbeitskampf auf einen Zeitraum zwischen zwei Aufsichtsratssitzungen begrenzt sein. Selbst wenn das Aufsichtsratsmitglied einen Streik gegen das mitbestimmte Unternehmen organisiert, liegt zwar unter Umständen ein schwerwiegender Interessenkonflikt vor, aber dauerhaft ist er auch dann noch nicht.⁷⁴¹ Nach dem Ende der Tarifverhandlungen oder des Arbeitskampfes ist das Aufsichtsratsmitglied ohne Einschränkungen wieder in der Lage sein Mandat auszuüben. Eine Pflicht zur Amtsniederlegung kommt deshalb in den hier interessierenden Fällen in aller Regel nicht in Betracht.⁷⁴²

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Teil D

Hinsichtlich der Einschränkungen der Rechte von Gewerkschaftsvertretern und -mitgliedern während eines Arbeitskampfes oder in anderen Konfliktfällen lässt sich damit Folgendes festhalten:

Ein Stimmverbot kommt nur in den in § 34 BGB aufgezählten Fällen in Betracht. Sofern bei einem Arbeitskampf um einen Sozialtarifvertrag diese Stimmverbote nicht ausreichen sollten, um die Verhandlungsparität der Arbeitgeberseite sicherzustellen, können darüber hinaus sämtliche Arbeitnehmervertreter von der Beschlussfassung ausgeschlossen werden, wobei dies allerdings nur in Extremfällen relevant werden dürfte.

Sind Aufsichtsratsmitglieder gleichzeitig in der Streikleitung der Gewerkschaft tätig und verhandelt diese mit dem Unternehmen über einen Tarifvertrag, so sind diese Aufsichtsratsmitglieder von der Sitzung auszuschließen, soweit über das Verhalten des Unternehmens in der Tarifaueinsetzung gesprochen werden soll. Andere Gewerkschaftsvertreter oder -mitglieder unterliegen nur dann einem Teilnahmeausschluss, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ihre Teilnahme das Wohl der Gesellschaft gefährdet oder einen störungsfreien Sitzungsverlauf verhindert.

Auch eine Verweigerung von Berichten an den Aufsichtsrat auf Grund der Interessenkollision bei Gewerkschaftsvertretern und -mitgliedern während eines Arbeitskampfes kommt nur bei konkreten Anhaltspunkten für einen drohenden Informationsmissbrauch in Betracht.

⁷⁴¹ Thüsing, Sozialer Fortschritt 2006, S. 50ff., 53.

⁷⁴² A.A. Rudzik, NZG 2004, S. 355ff., 358.

F. Rechtsfolgen bei Pflichtverstößen

Von nicht zu unterschätzender Relevanz ist die Frage nach den Reaktionsmöglichkeiten des Unternehmens auf Pflichtverletzungen. Wie kann das Unternehmen auf Pflichtverstöße reagieren bzw. deren Wiederholung verhindern?

I. Unterlassungsanspruch der Gesellschaft

Ein Unterlassungsanspruch der Gesellschaft ergibt sich bei der Teilnahme am rechtswidrigen Streik aus § 1004 BGB i.V.m. § 823 I BGB i.V.m. Art. 9 III GG. In Betracht zu ziehen ist daneben ein Unterlassungsanspruch aus §§ 93, 116 AktG. Ob § 93 AktG überhaupt einen Unterlassungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Organmitglied gewährt, ist ungeklärt. Der Wortlaut des § 93 Abs. 2 AktG umfasst jedenfalls nur einen Schadensersatzanspruch. Teilweise wird außerdem argumentiert, ein Unterlassungsanspruch scheide aus, da ein solcher die eigenverantwortliche Ausübung der Aufgaben durch das Organmitglied gefährden würde.⁷⁴³ In der Tat spricht einiges dafür einen Unterlassungsanspruch abzulehnen, wenn dadurch die Wahrnehmung der Rechte aus dem Aufsichtsratsmandat erschwert würde. Das Aufsichtsratsmitglied muss seine Kontrollaufgabe ohne Beeinflussung durch den Vorstand ausüben können. Dieses Ziel wäre gefährdet, wenn der Vorstand das Aufsichtsratsmitglied mit Unterlassungsklagen bedrängen könnte. Geht es jedoch um die Einhaltung der gesellschaftlichen Treuepflicht außerhalb der Aufsichtsratsarbeit, so besteht diese Gefahr nicht. Das Aufsichtsratsmitglied wird hier nicht in der Wahrnehmung seiner Aufgaben beeinträchtigt. Es steht der Gesellschaft vielmehr wie jeder andere Dritte gegenüber. In diesen Fällen ist der Gesellschaft nicht zuzumuten, erst den durch die Verletzung der Treuepflicht entstehenden Schaden abzuwarten und das Aufsichtsratsmitglied dann auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Ihr steht vielmehr bereits im Vorfeld der Pflichtverletzung durch das Aufsichtsratsmitglied ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 93, 116 AktG zu.⁷⁴⁴

II. Schadensersatzansprüche

Hat das Aufsichtsratsmitglied die Pflichtverletzung bereits begangen, so wird es in erster Linie darum gehen, ob es den entstandenen Schaden zu ersetzen hat.

743 Mertens in: KK, § 93 Rn. 190; für Unterlassungsanspruch aus § 93 AktG dagegen Hopt in: GroßkommAktG, § 93 Rn. 453.

744 Vgl. Lehmann/Heinsius, S. 34; Boesebeck, AG 1961, S. 117ff., 119.

1. Ansprüche der Gesellschaft gegen das einzelne Aufsichtsratsmitglied

Relevanter als ein Unterlassungsanspruch dürften deshalb die Schadensersatzansprüche gegen das Aufsichtsratsmitglied sein. Gerade im Rahmen von kurzfristigen Warnstreiks wird ein Unterlassungsanspruch oft aus zeitlichen Gründen zumindest nicht durchsetzbar sein. In einem solchen Fall erlangt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eine erhöhte Bedeutung. Im weiteren Verlauf wird deshalb ein Blick auf die möglichen Anspruchsgrundlagen und ihre Voraussetzungen geworfen und, soweit wie möglich, eine Übertragung der allgemeinen Überlegungen auf die bereits oben genannten Fälle der pflichtwidrigen Streikteilnahme und des Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht erfolgen.

a. Vertragliche Ansprüche

Zunächst ist zu prüfen, ob vertragliche Anspruchsgrundlagen für eine Haftung des Aufsichtsratsmitgliedes auf Schadensersatz bestehen. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied durch die Annahme der Wahl ein auftragsähnliches Schuldverhältnis (§§ 670, 675 BGB) entsteht.⁷⁴⁵ Daraus ließe sich dann eine Haftung auf schuldrechtlicher Grundlage konstruieren. Andere gehen dagegen nur von dem Bestehen eines Amtsverhältnisses aus.⁷⁴⁶ Möglicherweise kommt auch ein Vertrag *sui generis* in Betracht, für den sich die zivilrechtlichen Konsequenzen aus dem Aktiengesetz ergeben. Ohne eine Vereinbarung eines schuldrechtlichen Verhältnisses kann man allerdings in der Regel nicht davon ausgehen, dass ein solches besteht.⁷⁴⁷ Alles andere würde zu einer Fiktion von Willenserklärungen führen, wie sie in der Praxis nicht gewollt sind. Außerdem ist zu beachten, dass die §§ 93, 116 AktG einen speziellen Sorgfaltsmaßstab vorsehen. Eine Anwendung von vertraglichen Schadensersatznormen würde dazu führen, dass dieser spezielle Sorgfaltsmaßstab unterlaufen würde. Eine vertragliche Haftung muss deshalb ausscheiden.

b. §§ 116, 93 AktG

Für die Haftung des Aufsichtsratsmitgliedes bei pflichtwidrigem Handeln sind damit in erster Linie §§ 116, 93 AktG Anspruchsgrundlage. Im Folgenden sollen die einzelnen Voraussetzungen dieser Anspruchsgrund-

⁷⁴⁵ Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 81; Wilhelm, Rn. 1122; Säcker, NJW 1979, S. 1521ff., 1521, ders. FS Rebmann, S. 781ff., 783; HWK/Seibt, § 26 MitbestG Rn. 3.

⁷⁴⁶ Vgl. vor allem Jacklofsky, S. 54f.; Schilling, FS Robert Fischer, S. 68off; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 171; Meissinger, DB 1957, S. 259ff., 260; Singhof, AG 1998, S. 318ff., 318f.

⁷⁴⁷ Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 171.

lage analysiert werden. Es wird sich zeigen, dass die Hürden für eine Haftung schwer zu überwinden sind.

aa. Pflichtwidrigkeit

Relevant in dem hier erörterten Zusammenhang mit den Gewerkschaftsvertretern und den bereits oben thematisierten Problemkreisen sind in erster Linie Verstöße gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bzw. die Verschwiegenheitspflicht als Unterfall der Treuepflicht. Demgegenüber werden Verstöße im Rahmen der Wahrnehmung der Organfunktion seltener sein, zum Beispiel ein dem Unternehmensinteresse widersprechendes Abstimmungsverhalten. Nachdem bereits im Rahmen der Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder erörtert wurde, wann unter Umständen eine Pflichtverletzung vorliegt, so sollen nun die weiteren Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht des Aufsichtsratsmitgliedes dargestellt werden.

bb. Kausalität

Daneben muss zwischen der Vermögensminderung und der Handlung des Aufsichtsratsmitgliedes ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.⁷⁴⁸

(1.) Bei pflichtwidriger Streikteilnahme

Auf die pflichtwidrige Teilnahme eines Aufsichtsratsmitgliedes an einem Streik gegen die „eigene“ Aktiengesellschaft übertragen, müsste die Vermögensminderung auf die pflichtwidrige Streikteilnahme zurückzuführen sein. Die Aktiengesellschaft hat in jedem Fall die Beteiligung des Gewerkschaftsvertreters an den Streikhandlungen nachzuweisen. Bei der Frage des Kausalzusammenhangs stellt sich das Problem, dass von einer Beteiligung des Gewerkschaftsvertreters an einem Arbeitskampf in der Regel noch nicht zwingend auf einen konkreten Schaden geschlossen werden kann. Bei der Vermögensminderung wird es sich um den allgemeinen Streikschaden handeln, der durch den gesamten Streik verursacht worden ist und möglicherweise nicht durch die Beteiligung des Gewerkschaftsvertreters. Es geht mit anderen Worten um die Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Die Beweislast für das Vorliegen eines rechtmäßigen Alternativverhaltens – gleicher Schaden bei Nichtbeteiligung oder angemessener Beteiligung – trifft das Aufsichtsratsmitglied.⁷⁴⁹

Geht man mit der hier gefundenen Lösung hinsichtlich der Pflichtverletzung davon aus, dass eine solche nur dann vorliegt, wenn das Aufsichtsratsmitglied gestaltend auf den Arbeitskampf einwirken kann, so wird man von Folgendem ausgehen können: Den Nachweis für die Beteiligung

⁷⁴⁸ Hüffer, § 93 Rn. 15; Laue-Streblow, S. 171.

⁷⁴⁹ Zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens vgl. Riegger, S. 90f.

des Aufsichtsratsmitgliedes in einer wesentlichen Funktion im Arbeitskampf wird man der Gesellschaft auferlegen müssen, denn dies ist zunächst Voraussetzung, um überhaupt einen Kausalitätszusammenhang herstellen zu können. Ein solcher Nachweis dürfte der Gesellschaft nicht schwerfallen, da eine Beteiligung in der Streikleitung in der Regel offenkundig ist. Sollte der Gesellschaft der Nachweis des Kausalitätszusammenhangs gelingen, könnte das Aufsichtsratsmitglied unter Berufung auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens vorbringen, dass seine Zustimmung zu Streikaktionen in der Streikleitung irrelevant gewesen sei, da sich die anderen Mitglieder einig gewesen seien. Für diesen Einwand trägt dann der Schädiger die Beweislast.

(2.) Bei pflichtwidriger Informationsweitergabe

Als genauso schwierig stellt es sich dar, einen Kausalitätszusammenhang zwischen einer pflichtwidrigen Informationsweitergabe und dem Vermögensschaden der Gesellschaft festzustellen.⁷⁵⁰ Auch hier ist die Aktiengesellschaft als Anspruchstellerin in der Beweispflicht und hat andere Ursachen für die Vermögensminderung als die pflichtwidrige Informationsweitergabe grundsätzlich auszuschließen. Gelingt ein solcher Nachweis nicht, ist eine Anwendung von § 287 ZPO in Betracht zu ziehen, was zu Erleichterungen der Darlegungslast führt.⁷⁵¹

cc. Verschulden

Wird die Hürde des Kausalzusammenhangs genommen, so bedarf es noch eines Verschuldens des Schädigers.⁷⁵² Hier gilt für die Aufsichtsratsmitglieder der spezielle Sorgfaltsmaßstab des § 93 I 1 AktG. Verschulden liegt deshalb nur vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich handelt oder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitgliedes bzw. mit anderen Worten Überwachers und Beraters außer Acht lässt.⁷⁵³ Schuldhaftes Handeln liegt immer dann vor, wenn der Schaden der Gesellschaft bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vorhersehbar war.⁷⁵⁴ Grundsätzlich umstritten ist auch heute noch, welcher Maßstab zur Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit anzulegen ist. Um unbillige Ergebnisse, gerade für die Arbeitnehmervertreter zu vermeiden, könnte man die Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten des Auf-

⁷⁵⁰ So auch Claussen, AG 1981, S. 57ff., 58, der den Schadensersatzanspruch deshalb für ein „stumpfes Schwert“ hält.

⁷⁵¹ Dazu noch unter cc.

⁷⁵² Riegger, S. 91.

⁷⁵³ Raiser in: Kießler/Kittner/Nagel, S. 39ff., 42; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 117.

⁷⁵⁴ Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 298.

sichtsratsmitgliedes für notwendig halten.⁷⁵⁵ Eine solche Haftungsmilderung würde bei der, ohnehin schon in höchstem Maße schwierigen, Bestimmung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs, zu noch mehr Rechtsunsicherheit führen. Deshalb geht der überwiegende Teil der Literatur von einem objektiven Maßstab für das Handeln des Schädigers aus.⁷⁵⁶ Eine Haftung kommt folglich immer dann in Betracht, wenn das Aufsichtsratsmitglied die Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Überwachers vorsätzlich oder fahrlässig außer Acht lässt.⁷⁵⁷ Mit anderen Worten wird man von einem Aufsichtsrat diejenige Sorgfalt verlangen müssen, die in der konkreten Gesellschaft erforderlich ist, um den Vorstand ordnungsgemäß überwachen zu können.⁷⁵⁸ Für die Ausgestaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs kommt es unter anderem auf die Größe und die Art des Unternehmens an.⁷⁵⁹ In einem internationalen Konzern sind höhere Sorgfaltsanforderungen zu stellen als in einem mittelständischen Unternehmen.⁷⁶⁰ Daneben bleibt hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden, und damit die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Sorgfaltspflicht, die gesetzliche Beweislastumkehr gem. § 93 II S. 2 AktG zu beachten, welcher über § 116 AktG auch für die Aufsichtsratsmitglieder gilt. Danach trifft im Streitfall das Aufsichtsratsmitglied die Beweislast dafür, dass es den Sorgfaltsmaßstab eingehalten hat.

In subjektiver Hinsicht ist von den Aufsichtsratsmitgliedern ein Mindestmaß an berufstypischer Erkenntnisfähigkeit zu verlangen.⁷⁶¹ Sofern das Aufsichtsratsmitglied die Mindestqualifikation für das Aufsichtsratsamt

755 So wohl Kust, WM 1980, S. 758ff., 762; ähnlich auch Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 417ff., der die jeweilige Funktion des Aufsichtsratsmitgliedes bei der Überwachungstätigkeit berücksichtigen will.

756 Riegger, S. 91; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 118f.; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 70; Schwark, FS Werner, S. 841ff., 852f.; Dürr, S. 158ff.; Buchta/van Kann, DStR 2003, S. 1665ff., 1669; Hüffer, § 116 Rn. 2; Pielorz/Sieg, PHi 2000, S. 77ff., 80. Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 52; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 31; Meier/Budde, DB 1974, S. 1271ff., 1274; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 57f.; anders dagegen LG Hamburg, ZIP 1981, S. 194ff. 197; Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 351ff., 357; wohl auch Mertens in: KK, § 116 Rn. 57, der eine Haftung nach „Maßgabe ihrer individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse“ annimmt.

757 MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 70; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 61.

758 Meier/Budde, DB 1974, S. 1271ff., 1274; Dürr, S. 166.

759 Vgl. etwa Riegger, S. 92; Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 418; Eisenhardt, Jura 1982, S.289ff., 298; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, §29 Rn.58; so wohl auch schon RGZ 163, S. 200ff.; Häuser, S. 10.

760 Vgl. Schwark, FS Werner, S. 841ff., 849.

761 Vgl. Hoffmann/Preu, Rn. 519.1f.; ähnlich MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 70.

erfüllt, ist bei einem objektiv pflichtwidrigen Handeln in der Regel auch die Erkenntnisfähigkeit zu bejahen.⁷⁶² Weniger ausgeprägte individuelle Fähigkeiten können damit nicht entlastend wirken.⁷⁶³ Der Vorwurf liegt dann darin, trotz fehlender individueller Fähigkeiten das Aufsichtsratsmandat übernommen zu haben.⁷⁶⁴

(1.) Haftungserleichterung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs?

Möglicherweise könnte man auch eine Haftungsmilderung für die Arbeitnehmervertreter nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs in Betracht ziehen.⁷⁶⁵ Eine solche kommt von vorneherein nicht für die externen Gewerkschaftsmitglieder im Aufsichtsrat in Betracht, weil diese nicht Arbeitnehmer des mitbestimmten Unternehmens sind. Eine Haftungserleichterung ist aber auch für die Gewerkschaftsmitglieder unter den anderen Arbeitnehmervertretern abzulehnen, weil die Aufsichtsrats Tätigkeit keine abhängige Arbeit ist.⁷⁶⁶ Sinn und Zweck des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ist der Ausgleich des Haftungsrisikos zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Seine Prämisse ist zum einen, dass der Arbeitnehmer etwa beim täglichen Umgang mit teuren Maschinen großen Haftungsrisiken ausgesetzt ist, die er im Schadensfall kaum zu tragen fähig ist. Auf der anderen Seite ist der Arbeitnehmer aber auf die abhängige Arbeit angewiesen und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen. Er kann das Risiko eines Schadenseintritts nur bedingt beherrschen.⁷⁶⁷ Demgegenüber kann sich der Arbeitgeber leicht gegen etwaige Schäden an Maschinen absichern, etwa durch Abschluss einer entsprechenden Versicherung. Diese Prämissen kommen ersichtlich für die Aufsichtsratsarbeit nicht zum Tragen. Das Aufsichtsratsamt ist als Nebenamt ausgestaltet, so dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht auf die Tätigkeit im Aufsichtsrat zur Deckung seines

⁷⁶² Vgl. Hopt in: GroßkommAktG, § 93 Rn. 255.

⁷⁶³ Buchta/van Kann, DStR 2003, S. 1665ff., 1669; Riegger, S. 91; Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 110; Mertens in: KK, § 116 Rn. 57; Hopt in: GroßkommAktG, § 93 Rn. 255; Langenbacher, § 5 Rn. 90; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 70; Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 299.

⁷⁶⁴ Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 110; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 70; Eisenhardt, Jura 1982, S. 289ff., 299; Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 993; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 806.

⁷⁶⁵ Vgl. wenn auch ablehnend Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 54; Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 994; vgl. zum innerbetrieblichen Schadensausgleich Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 236ff.; ErfK/Preis, § 619a BGB, Rn. 9ff.

⁷⁶⁶ Ablehnend auch Altmeyen in: Roth/Altmeyen, § 52 Rn. 60; Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 416; Dürr, S. 212ff.

⁷⁶⁷ Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 995.

Lebensunterhalts angewiesen ist.⁷⁶⁸ Es handelt sich nicht um eine abhängige Tätigkeit.⁷⁶⁹ Die Aufsichtsratsmitglieder gehören zur Leitungsebene des Unternehmens und sind weisungsunabhängig.⁷⁷⁰ Es kann danach nicht von einer „betrieblich veranlassten Tätigkeit“ im Sinne des innerbetrieblichen Schadensausgleichs gesprochen werden.⁷⁷¹ Daneben widerspricht jede Differenzierung im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs zwischen Arbeitnehmervertretern und Anteilseignervertretern dem Grundsatz gleicher Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder.⁷⁷² Auch wenn die Haftungsfolgen für das Aufsichtsratsmitglied durchaus umfangreich sein können, erscheint die Verweigerung einer Haftungserleichterung nicht unbillig. Das Aufsichtsratsmitglied hat es selbst in der Hand, sich für den Ernstfall zu versichern.⁷⁷³

(2.) Haftungserleichterung nach den Grundsätzen der eingeschränkten Betriebsratshaftung?

Genauso wenig wie die Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich kommt eine Haftungsbegrenzung nach Maßgabe der Einschränkung der Betriebsratshaftung in Betracht. Auch hier ist die unterschiedliche Ausgestaltung des Amtes von Bedeutung. Es ist nur gerecht, einen Betriebsrat nicht einer unbegrenzten Haftung auszusetzen, da es sich um ein Ehrenamt handelt. Die Motivation zur Übernahme eines Betriebsratsamtes soll nicht schon deswegen gemindert werden, weil dem Fehlen einer Vergütung für die Tätigkeit eine unbeschränkte Haftung gegenübersteht. Im Gegensatz zum Betriebsratsmitglied erhält das Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung für seine Arbeit.⁷⁷⁴ Außerdem ist zu bedenken, dass die Funktion des Betriebsrats, wie bereits erwähnt, grundlegend anders ausgestaltet ist als diejenige des Aufsichtsrats. Der Betriebsrat darf zu Gunsten der Arbeitnehmerinteressen im Härtefall die Konfrontation mit dem Arbeitgeber, notfalls bis hin zu einem Einstellungsverfahren, suchen, solange er nicht gegen § 2 BetrVG verstößt. Die Institution Betriebsrat würde zu einem stumpfen Schwert, wenn er bei seiner Arbeit jedes Mal eventuelle Haftungsfolgen im Auge haben müsste.

768 Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 995; Dürr, S. 217

769 Dürr, S. 214 und 218; Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 54.

770 Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 54; Dürr, S. 218; Hoffmann/Preu, Rn. 519; vgl. auch Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 997; auf die Organstellung abstellend auch Spindler in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 110.

771 So auch Dürr, S. 216.

772 Edenfeld/Neufang, AG 1999, S. 49ff., 54; Häuser, S. 12.

773 Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 997; zur Möglichkeit der Versicherung etwa Hoffmann/Preu, Rn. 522; in der Praxis werden solche Versicherungen in zahlreichen Fällen abgeschlossen, vgl. Dürr, S. 217.

774 Vgl. Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 999; auf den Ehrenamtscharakter des Betriebsratsamts abstellend auch Dürr, S. 220.

Dagegen ist der Aufsichtsrat auf eine Integration der verschiedenen Interessen innerhalb des Organs ausgerichtet. Mit der Ausübung eines Aufsichtsratsamts übernimmt der Betreffende eine größere Verantwortung für das Unternehmen als ein Betriebsrat.⁷⁷⁵ Auch dies spricht gegen eine Haftungsbegrenzung. Somit bleibt festzuhalten, dass sich jedes Aufsichtsratsmitglied an einem objektiven Sorgfaltsmaßstab messen lassen muss.

dd. Schaden

Zweite wesentliche Voraussetzung neben der Pflichtwidrigkeit ist der Schaden. Der Schaden ist – wie allgemein im Zivilrecht – nach der Differenzhypothese zu bestimmen. Auf unseren Fall des pflichtwidrigen Verhaltens des Aufsichtsratsmitgliedes gewendet würde dies bedeuten: Ein Schaden liegt immer dann vor, wenn die Vermögensbilanz der Gesellschaft ohne das pflichtwidrige Verhalten einen höheren Wert aufweisen würde als es mit diesem Verhalten tatsächlich der Fall ist – anders gewendet: bei jeder Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens.⁷⁷⁶ Einschränkend wird dagegen von Teilen der Literatur noch verlangt, dass die Minderung des Gesellschaftsvermögens gerade typischerweise mit der pflichtwidrigen Handlung des Aufsichtsratsmitgliedes in Verbindung zu bringen sei.⁷⁷⁷ Daraus wird abgeleitet, dass die Vermögensminderung gerade dem Unternehmensinteresse widersprechen müsse, da es ansonsten an der Pflichtwidrigkeit fehle. Diese Ansicht vermischt jedoch die Tatbestandsmerkmale Pflichtwidrigkeit und Schaden. Sie ist deshalb zu Recht auf Ablehnung gestoßen.⁷⁷⁸ Es bleibt somit dabei, dass es für das Vorliegen eines Schadens nur auf eine negative Veränderung im Gesellschaftsvermögen ankommt.

Bei dem Schaden wird es sich in den hier thematisierten Fällen um diejenige Vermögensminderung handeln, die durch den Streik verursacht worden ist. Lässt sich der Schaden der Höhe nach nicht konkret ermitteln, so kann das Gericht ihn gem. § 287 ZPO schätzen. Zu beachten ist, dass § 287 ZPO nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur auf die konkrete Schadenshöhe, sondern auch auf die Kausalität zwischen schädigender Handlung und dem konkreten Schaden anwendbar ist.⁷⁷⁹ Voraussetzung ist jedoch, dass Anhaltspunkte vorgetragen werden, aufgrund derer eine Schätzung überhaupt möglich wird.⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ Vgl. Schlüter, FS Baetge, S. 981ff., 1000.

⁷⁷⁶ Hüffer, § 93 Rn. 15; Pielorz/Sieg, PHi 2000, S. 77ff., 80.

⁷⁷⁷ Mertens in: KK, § 93 Rn. 23.

⁷⁷⁸ Riegger, S. 90.

⁷⁷⁹ St. Rechtsprechung, vgl. etwa BGH NJW 1992, S. 3298f. m.w.N.

⁷⁸⁰ Reichold in: Thomas-Putzo, § 287 Rn. 6.

ee. Verjährung

Für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus §§ 116, 93 I 2 AktG gilt gem. § 93 VI AktG eine fünfjährige Verjährungsfrist. Das Gesetz verlangt für den Beginn der Frist keine Kenntnis vom geltend zu machenden Anspruch, sondern gem. § 200 BGB die Entstehung des Anspruchs.⁷⁸¹

ff. Prozessuale Geltendmachung

Wie bereits in der Einleitung angeklungen ist, scheiterte früher die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig daran, dass der Vorstand von einer Rechtsverfolgung absah. Entweder aus Furcht, dadurch könnten eigene Versäumnisse ans Licht kommen oder um keinen Streit mit dem Aufsichtsrat aufkommen zu lassen.⁷⁸² Die Hürden für eine Aktionärsklage oder eine Klageerzwingung durch die Aktionäre waren außerordentlich hoch. Dieses Problem hat der Gesetzgeber im UMAG aufgegriffen und dafür gesorgt, dass eine Rechtsverfolgung durch die Aktionäre bzw. eine Klageerzwingung erleichtert wird. Insbesondere die Herabsetzung des für die Einleitung eines Klagezulassungsverfahrens erforderlichen Quorums auf 1% des Grundkapitals oder 100.000 Euro wird zu vermehrten gerichtlichen Auseinandersetzungen führen. Folgend soll deshalb kurz aufgezeigt werden, wie die Aktionäre und die Gesellschaft vertreten durch den Vorstand, die oben erläuterten möglichen Ansprüche wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gerichtlich durchsetzen können. Hinzugewiesen sei zudem noch darauf, dass § 147 AktG seinem Wortlaut nach nur auf Ansprüche aus § 117 AktG und §§ 93 II, 116 AktG aus Geschäftsführung anwendbar ist. § 147 I AktG erfasst in erweiterter Auslegung aber auch die mittelbar in §§ 93, 116 AktG angesprochenen Ansprüche sowie Unterlassungsansprüche.⁷⁸³ Dies hat zur Folge, dass auch Ansprüche wegen Verletzung der Treue- oder Verschwiegenheitspflicht im Wege der Aktionärsklage durchgesetzt werden können. Nicht erfasst sind dagegen etwaige deliktsrechtliche Ansprüche.

(1.) Durch die Gesellschaft

Ansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder aufgrund einer Verletzung ihrer Amtspflichten sind solche der Gesellschaft und nicht der Aktionäre. Es ist somit in erster Linie Sache der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand (§ 78 AktG), diese Ansprüche, notfalls auch gerichtlich, durchzusetzen.

781 Hüffer, § 93 Rn. 37; Fleischer in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 259; Krieger/Sailer in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 63.

782 Vgl. Spindler in: Schmidt/Lutter, § 147 Rn. 1.

783 Hüffer, § 147 Rn. 2; Bezzenger in: GroßkommAktG, § 147 Rn. 12; Holzborn in: HK-AktG, § 147 Rn. 3.

Grundsätzlich hat der Vorstand nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob er einen Anspruch geltend macht oder nicht.⁷⁸⁴ Kommt der Vorstand bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass das Interesse der Gesellschaft an einem Verzicht auf die Geltendmachung überwiegt, darf er von einer weiteren Verfolgung der Ansprüche absehen. Er läuft jedoch Gefahr, sich bei Nichteinhaltung der Ermessensgrenzen schadensersatzpflichtig zu machen.⁷⁸⁵ Ein Verzicht auf die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung ist nur in engen Grenzen zulässig und sollte die Ausnahme bleiben.⁷⁸⁶ Gem. § 147 I AktG ist der Vorstand dann zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen verpflichtet, wenn die Hauptversammlung dies mit einfacher Mehrheit beschließt. Ein solcher Beschluss bedarf keiner sachlichen Rechtfertigung.⁷⁸⁷ Hat die Hauptversammlung Zweifel an einer unvoreingenommenen Geltendmachung des Anspruchs durch den Vorstand, so kann sie gem. § 147 II AktG einen besonderen Vertreter mit der Durchsetzung beauftragen. Der besondere Vertreter kann entweder durch Beschluss der Hauptversammlung oder auf Antrag einer Aktionärsminderheit, die zusammen 10% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 1 Million Euro hält, vom Gericht bestellt werden. Der Einfluss der Aktionäre auf den besonderen Vertreter ist denkbar gering. Er ist weder weisungsabhängig noch auskunftspflichtig.⁷⁸⁸

(2.) Durch eine Aktionärsminderheit

Wesentlich bedeutsameres Instrument für die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft durch die Aktionäre ist das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG. Der Gesetzgeber hat mit diesem Verfahren einer Aktionärsminderheit, die zusammen 10% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 1 Million Euro hält, das Recht eingeräumt, selbst ein gerichtliches Verfahren einzuleiten. Das Gericht hat vor Zulassung der Klage die in § 148 I 2 Nr. 1-4 AktG genannten Voraussetzungen zu prüfen. Liegen diese vor, ist die Klage zuzulassen. Wird die Klage zugelassen, hat die Gesellschaft trotzdem weiterhin noch die Möglichkeit ihren Anspruch selbst einzuklagen und damit ein Verfahren der Aktionäre zu beenden (§ 148 III 1 AktG). Andererseits kann die Gesellschaft auch ein Klageverfahren der Aktionäre übernehmen (§ 148 III 2 AktG).

784 Vgl. die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGHZ 135, S. 244ff. = NJW 1997, 1926ff., deren Grundsätze in gleicher Weise für Vorstand und Aufsichtsrat gelten; Mock in: Spindler/Stilz, § 147 Rn. 10; Zieglmeier, ZGR 2007, S. 144ff., 147.

785 Vgl. Mock in: Spindler/Stilz, § 147 Rn. 10.

786 Zieglmeier, ZGR 2007, S. 144ff., 147.

787 Spindler in: Schmidt/Lutter, § 147 Rn. 6; Mock in: Spindler/Stilz, § 147 Rn. 17.

788 Mock in: Spindler/Stilz, § 147 Rn. 27ff.

(3.) Die Geltendmachung im Recht der GmbH

Mangels eines Verweises in § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG auf die §§ 147ff. AktG bleibt in der GmbH ausschließlich die Geschäftsführung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zuständig (§ 35 GmbHG).

c. Deliktsrechtliche Ansprüche

Ein Schadensersatzanspruch gegen ein Aufsichtsratsmitglied gem. § 823 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt nur in Betracht, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied an einem rechtswidrigen Streik beteiligt. Eine gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit genügt nicht. Ist ein Streik nach den Grundsätzen des Arbeitskampfrechts zulässig, scheiden Schadensersatzansprüche auch gegen das Aufsichtsratsmitglied aus §§ 823 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus.

Als eine weitere Anspruchsgrundlage ist § 826 BGB in Betracht zu ziehen. Die Hürden sind freilich immens hoch. Ein Blick auf die bei Palandt/Sprau aufgeführten Einzelfälle zeigt, dass es hier um Extremfälle geht. Genannt werden hetzerische Propaganda, Gewaltanwendung oder -duldung, die beabsichtigte wirtschaftliche Vernichtung des sozialen Gegenspielers oder ein unerträgliches Missverhältnis von Mittel und Zweck des Arbeitskampfes.⁷⁸⁹ Eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht kann erst dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn Umstände dazu kommen, die eine besondere sittliche Verwerflichkeit begründen. Hier kann nichts anderes gelten, als bei der Verletzung vertraglicher Treuepflichten.

Liegt ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vor, so könnte sich des Weiteren ein Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 404 AktG oder § 85 GmbHG ergeben. § 404 AktG ist Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft.⁷⁹⁰ Gleiches gilt für § 85 GmbHG.⁷⁹¹ Beide Bestimmungen setzen vorsätzliches Handeln voraus, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist.⁷⁹² Die Hürden für eine Inanspruchnahme sind damit auch hier formal gesehen höher als für den aktienrechtlichen Anspruch aus §§ 116, 93 S. 2 AktG.

Aufgrund des umfassenden aktienrechtlichen Schadensersatzanspruchs spielen die deliktsrechtlichen Vorschriften kaum eine Rolle. Wichtig ist allerdings auf den unterschiedlichen Beginn der Verjährungsfristen für die

789 Vgl. Palandt/Sprau, § 826 Rn. 26.

790 MüKoAktG/Schaal, § 404 Rn. 4; OLG Koblenz, DB 1987, S. 1036.

791 OLG Koblenz, DB 1987, S. 1036; Dannecker in: Michalski, § 85 Rn. 12.

792 MüKoAktG/Schaal, § 404 Rn. 53; Dannecker in: Michalski, § 85 Rn. 59.

Anspruchsgrundlagen hinzuweisen. Die Verjährungsfrist für deliktsrechtliche Ansprüche beginnt erst mit Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen (vgl. § 199 I, III BGB). Die deliktsrechtlichen Ansprüche können folglich unter Umständen auch dann noch durchsetzbar sein, wenn die Verjährungsfrist für den Anspruch aus §§ 116, 93 S. 2 AktG bereits abgelaufen ist.

2. Ansprüche gegen die Gewerkschaft

Nach der Erörterung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen das Aufsichtsratsmitglied selbst soll nun noch ein Blick auf die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gewerkschaft geworfen werden. In Betracht kommen solche Ansprüche dann, wenn die Gewerkschaft das von ihr benannte Aufsichtsratsmitglied zu einem pflichtwidrigen Verhalten bestimmt – in den Worten des Aktiengesetzes ausgedrückt, wenn die Gewerkschaft „unter Benutzung ihres Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied (...) des Aufsichtsrats (...) dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln“ (vgl. § 117 AktG).

a. § 117 AktG

Als Anspruchsgrundlage kommt, mangels Verweises in § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG und § 52 GmbHG allerdings nur für die Aktiengesellschaft, § 117 I AktG in Betracht. Die Anspruchsvoraussetzungen erscheinen unproblematisch, soweit sie die beeinflusste Person und den Einflussnehmer betreffen. Aufsichtsratsmitglieder sind ausdrücklich in § 117 I AktG genannt. Das Einflussnahmeverbot des § 117 AktG gilt gegenüber jedermann.⁷⁹³ Insbesondere ist hier festzustellen, dass ein tatsächlicher Einfluss auf das Aufsichtsratsmitglied genügt, so dass auch Gewerkschaften als „Wer“ im Sinne von § 117 AktG in Betracht kommen.⁷⁹⁴

Bei den weiteren Voraussetzungen des § 117 I AktG ist noch vieles unklar. Umstritten ist insbesondere, an welcher Stelle ein pflichtgemäßes Handeln des Beeinflussten zu berücksichtigen ist. Entweder man berücksichtigt es auf der Ebene des Schadens in dem Sinne, dass nach einem normativen Schadensbegriff nur dann ein Schaden der Gesellschaft vorliegt, wenn die Vermögensminderung auch dem Unternehmensinteresse widerspricht.⁷⁹⁵ Andererseits erscheint es naheliegend, die fehlende Pflichtwidrigkeit des Handelns des Beeinflussten im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen und diese entfallen zu lassen.⁷⁹⁶ Wie man

⁷⁹³ Ulmer, FS Stimpel, S. 705ff., 714.

⁷⁹⁴ Kort in: GroßkommAktG, § 117 Rn. 100; Brüggemeier, AG 1988, S. 93ff., 95; vgl. auch Schall in: Spindler/Stilz, § 117 Rn. 15.

⁷⁹⁵ Insbesondere Mertens in: KK, § 93 Rn. 22.

⁷⁹⁶ So Kort in: GroßkommAktG, § 117 Rn. 150f.

sich auch entscheidet, eindeutig ist jedenfalls, dass in einem solchen Fall ein Schadensersatzanspruch nach § 117 I AktG ausscheidet. Daneben setzt der Anspruch aus § 117 AktG Vorsatz des Einflussnehmers voraus.⁷⁹⁷ Liegt ein Schaden der Gesellschaft vor, so muss daneben noch eine doppelte Kausalität nachgewiesen werden. Die Einflussnahme muss für das Handeln des Aufsichtsratsmitgliedes kausal gewesen sein, genauso wie das Handeln für den entstandenen Schaden. Hier dürfte es der Gesellschaft noch schwerer fallen diesen doppelten Kausalzusammenhang zu beweisen als beim Anspruch gegen das Aufsichtsratsmitglied.

b. § 31 BGB analog

Für den Fall, dass, wie mit Herrn Bsirske, ein Vorstandsmitglied der Gewerkschaft handelt, könnte außerdem eine Haftung der Gewerkschaft gem. § 31 BGB in Betracht kommen. Fraglich ist aber vor allem, ob das Aufsichtsratsmitglied sein Amt in Verrichtung der Vorstandstätigkeit für die Gewerkschaft ausübt. Zwar ist, wie bereits oben erwähnt, die Beteiligung an der Unternehmensmitbestimmung eine koalitionsspezifische Tätigkeit. § 31 BGB setzt allerdings voraus, dass es sich um eine speziell dem Vorstand zugewiesene Verrichtung handelt.⁷⁹⁸ Zumindest darf sich der Vorstand bei der schadensverursachenden Tätigkeit nicht so weit von seinen Aufgaben entfernt haben, dass er für einen Außenstehenden erkennbar außerhalb des allgemeinen Rahmens der ihm übertragenen Tätigkeit handelt.⁷⁹⁹ Bei der Wahrnehmung eines Aufsichtsratsmandats handelt es sich gerade nicht um spezifische Vorstandsaufgaben. Auch wenn die Gewerkschaftsvertreter als Repräsentanten ihrer Körperschaft in den Aufsichtsrat gewählt werden, so spricht doch die eigenverantwortliche und unabhängige Ausübung des Aufsichtsratsmandats gegen eine Anwendung von § 31 BGB.⁸⁰⁰

III. Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 103 III AktG

Weitere Folge eines pflichtwidrigen Handelns könnte für das Aufsichtsratsmitglied seine gerichtliche Abberufung sein. Ein Aufsichtsratsmitglied kann nicht nur von den Wahlberechtigten abberufen werden, sondern es kann gem. § 103 III AktG auf Beschluss des Aufsichtsrats mit einfacher Mehrheit hin auch ein Antrag auf Abberufung des betreffenden Aufsichtsratsmitgliedes aus wichtigem Grund bei Gericht gestellt werden.⁸⁰¹ Wann

797 Ulmer, FS Stimpel, S. 705ff., 714.

798 Vgl. Reichert, Rn. 3503; BGH WM 1984, S. 1119.

799 BGH NJW 1980, S. 115ff., 115f.

800 BGHZ 36, S. 296ff., 309ff.; BGHZ 90, S. 381ff., 398; a.A. Ulmer, FS Stimpel, S. 704ff., 719ff.

801 Eines wichtigen Grundes bedarf es nur dann nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied von einem Gericht bestellt worden ist, vgl. ArbG Charlottenburg, DB

ein wichtiger Grund vorliegt, erscheint weiterhin ungeklärt. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Auslegung durch das Gericht bedarf. In jedem Fall ist der Ultima-Ratio-Charakter der Vorschrift zu beachten.⁸⁰² Dagegen bedarf es weder eines Schadens der Gesellschaft noch eines Verschuldens des Aufsichtsratsmitgliedes.⁸⁰³ Daraus ergibt sich, vergleichbar zum wichtigen Grund bei einer außerordentlichen Kündigung, dass eine Fortsetzung des Organverhältnisses bis zum Ende der Amtszeit des Aufsichtsratsmitgliedes der Gesellschaft nicht zumutbar sein darf.⁸⁰⁴ Zweifellos ist die Beteiligung an einem rechtswidrigen Streik ein wichtiger Grund im Sinne der Vorschrift,⁸⁰⁵ genauso wie die wiederholte Verletzung der Verschwiegenheitspflicht.⁸⁰⁶ Allerdings wird ein einmaliger und fahrlässiger Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht noch keinen wichtigen Grund darstellen.⁸⁰⁷ Schwieriger wird die Beurteilung schon bei einer gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßenden Beteiligung an einem rechtmäßigen Streik. Hier wird es unter Berücksichtigung der ungeklärten Rechtslage zweifelhaft sein, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass eine starke Literaturmeinung eine aktive Streikbeteiligung zulässt, wird man wohl eher geneigt sein, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zumindest bei einem erstmaligen Verstoß zu verneinen.⁸⁰⁸ Andererseits kann eine aktive und insbesondere eine öffentlichkeitswirksame Streikbeteiligung eines Aufsichtsratsmitgliedes dem Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit schaden. Auch dies kann ein wichtiger Grund zur Abberufung sein.⁸⁰⁹ Daneben wird eine allgemein politische Tätigkeit eines

2004, S. 2630; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 103 Rn.1; a.A. Vetter, DB 2005, S. 875ff., 877.

802 Vgl. Mertens in: KK, § 103 Rn. 32; Breuer/Fraune in: Heidel, § 103 AktG Rn. 14.

803 Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 152; Breuer/Fraune in: Heidel, § 103 AktG Rn. 15; Mertens in: KK, § 103 Rn. 35.

804 MüKoAktG/Habersack, § 103 Rn. 39; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 152; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 103 Rn. 11; Hoffmann/Kirchhoff, FS Beusch, S. 377ff., 381f.; Mertens in: KK, § 103 Rn. 32; HWK/Seibt, § 23 MitbestG Rn. 3; Münch.Hdb. GesR Band III/Marsch-Barner/Diekman, § 48 Rn. 115; Vetter, DB 2005, S. 875ff., 876; Hanau/Wackerbarth, S. 48; abweichend Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 6 Rn. 48: Verbleiben des Aufsichtsratsmitglied muss die Arbeit des Aufsichtsrats wesentlich erschweren oder behindern.

805 Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 103 Rn. 12.

806 Lutter/Krieger, Rn. 933; MüKoAktG/Habersack, § 103 Rn. 41; Spindler in: Spindler/Stilz, § 103 Rn. 34.

807 AG München, ZIP 1985, S. 1139ff., 1140f.; Bedenken gegen dieses Urteil lässt Hüffer, § 103 Rn. 11 anklingen.

808 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 100 Rn. 160 halten eine Abberufung im Falle einer aktiven Streikteilnahme für möglich.

809 Hopt/Roth in: GroßkommAktG, § 103 Rn. 53.

Gewerkschaftsvertreter, die gegen wesentliche Interessen des Unternehmens verstößt, als wichtiger Grund für eine Abberufung genannt.⁸¹⁰ Man wird meines Erachtens in solchen Fällen verlangen müssen, dass sich die allgemein politische Tätigkeit, mit anderen Worten die öffentliche Kritik am Unternehmen, nicht mehr in einem sachlichen Rahmen bewegt oder dass sie sich über einen erheblichen Zeitraum erstreckt. Gerade im letzten Fall muss sich das Aufsichtsratsmitglied fragen lassen, warum es eine Organstellung in einem Unternehmen bekleidet, dessen Politik es über Monate hin nur kritisiert. Nicht ausreichend ist dagegen selbstverständlich eine sachliche Kritik im Einzelfall, sofern darin keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zu sehen ist. Letztlich müssen allerdings auch in solchen Fällen die Gegebenheiten des Einzelfalls entscheiden.

Daneben ist noch zu klären, ob vor der Einleitung des Abberufungsverfahrens, parallel zur außerordentlichen Kündigung gem. § 314 BGB, eine Abmahnung des Aufsichtsratsmitgliedes erforderlich ist. Geht man mit Teilen der Literatur davon aus, dass das vertragliche Verhältnis zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft, das durch die Abberufung aufgelöst werden soll, als Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter anzusehen ist,⁸¹¹ so läge es nahe, die Parallele zur außerordentlichen Kündigung gem. § 314 BGB zu ziehen. Die Erforderlichkeit einer vorherigen Abmahnung bei der außerordentlichen Kündigung ergibt sich aber auch schon aus dem Kriterium der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Übertragen auf das Aufsichtsratsmandat würde dies, wie bereits oben erwähnt, bedeuten: bis zum Ende der Amtszeit. Insofern ist dem Ultima-Ratio-Charakter der Abberufung grundsätzlich durch eine vorherige Abmahnung Rechnung zu tragen. Im Rahmen der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses muss grundsätzlich sowohl im Leistungs- als auch im Vertrauensbereich eine Abmahnung in Betracht gezogen werden.⁸¹² Im Leistungsbereich muss grundsätzlich immer abgemahnt werden, es sei denn, dass aufgrund besonderer Umstände nicht zu erwarten ist, dass die Abmahnung dazu geeignet ist, zukünftigen Pflichtverstößen vorzubeugen.⁸¹³ Im Vertrauensbereich geht man dagegen davon aus, dass hier eine Abmahnung nur dann erforderlich ist, wenn das Fehlverhalten durch den Arbeitnehmer abgestellt werden kann und die Abmahnung dazu geeignet erscheint, die Vertrauensgrundlage wiederherzustellen.⁸¹⁴ Daneben scheidet eine Abmahnung schon dann aus, wenn der Pflichtverstoß derart gravierend ist, dass der Arbeitnehmer offensichtlich nicht mit einer Ab-

810 HWK/Seibt, § 23 MitbestG Rn. 3.

811 Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 810.

812 HWK/Sandmann, § 626 BGB Rn. 116.

813 Dütz, Rn. 334.

814 Dütz, Rn. 334; Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 282.

mahnung rechnen durfte.⁸¹⁵ Dies kann insbesondere bei strafbarem Verhalten des Arbeitnehmers der Fall sein.⁸¹⁶ Diese Grundsätze können wie folgt auf die Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes übertragen werden, da auch hier das Unzumutbarkeitskriterium gilt.⁸¹⁷ Bei Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht ist in der Regel keine Abmahnung erforderlich, wenn es sich gleichzeitig um einen Verstoß gegen die Strafvorschriften des § 404 AktG oder § 85 GmbHG handelt. Sofern ein Verstoß gegen diese Vorschriften nicht vorliegt, wird man zu differenzieren haben. Liegt nur ein fahrlässiger Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vor, so erscheint eine Abmahnung als milderes und gleich geeignetes Mittel, in Zukunft die Verschwiegenheit zu sichern. Dem Aufsichtsratsmitglied wird noch einmal vor Augen geführt, dass es beim nächsten Mal vorsichtiger mit seinen Äußerungen zu sein hat und eventuell Rücksprache mit dem Geschäftsführungsorgan oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden suchen muss. Verstößt das Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich gegen die Verschwiegenheitspflicht, so sprechen die besseren Gründe für die Entbehrlichkeit der Abmahnung. In diesem Fall wird eine für die Zusammenarbeit zwischen Geschäftsführungsorgan und Aufsichtsratsmitglied bzw. im Aufsichtsrat selbst erforderliche Vertrauensbasis nicht mehr herzustellen sein. Daran ändert sich auch nichts, wenn das Aufsichtsratsmitglied nicht noch einmal speziell auf die Vertraulichkeit der Information hingewiesen worden ist. Es fällt in den alleinigen Verantwortungsbereich des Aufsichtsratsmitgliedes, das Bestehen der Verschwiegenheitspflicht zu prüfen. Ist es sich nicht sicher, ob eine Angabe vertraulich ist oder ein Geheimnis vorliegt, so kann es Rücksprache mit seinen Aufsichtsratskollegen oder dem Vorstand halten und sich von einem Sachverständigen, der selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, beraten lassen. Wobei zu beachten ist, dass etwa ein Rechtsgutachten von einem externen Berater, nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung entbindet.

Anders sieht es dagegen im Fall einer rechtswidrigen Streikteilnahme aus. Hier liegt zwar auch eine Beeinträchtigung des Vertrauensbereichs in Gestalt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht vor. Jedoch handelt es sich nicht nur um ein steuerbares Verhalten des Aufsichtsratsmitgliedes, sondern es ist auch eine Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses möglich. Es ist denkbar, dass sich das betroffene Aufsichtsratsmitglied in Zukunft nicht mehr unter Verstoß gegen die Treuepflicht an einem Streik beteiligt. Dieses Verhalten ist ohne Weiteres überprüfbar. Auch wird man die Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsratsmitgliedes schon aufgrund der un-

815 Dütz, Rn. 334; HWK/Sandmann, § 626 BGB Rn. 135f.; Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 282.

816 Schaub-Linck, § 132 Rn. 28.

817 So auch Säcker, NJW 1986, S. 803ff., 810f.; für Abmahnung bei leichteren Verstößen wohl Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 2286.

sicheren Rechtslage als weniger gravierend einzustufen haben, so dass eine Abmahnung der Gesellschaft zumutbar ist.

Abschließend sei noch bemerkt, dass es sich bei dem Beschluss des Aufsichtsrats über die Einleitung eines Abberufungsverfahrens um die Einleitung eines Rechtsstreits mit dem Aufsichtsratsmitglied handelt, so dass dieses bei der Beschlussfassung vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.⁸¹⁸

IV. Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit des Aufsichtsratsbeschlusses bei Verstoß gegen ein Stimmverbot

Eingegangen werden soll noch kurz auf die Frage, welche Rechtsfolgen der Verstoß gegen ein Stimmverbot für den Beschluss des Aufsichtsrats haben kann. War die Problematik der fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüsse lange Zeit heftig umstritten, so geht der BGH mittlerweile in ständiger Rechtsprechung von folgenden Grundsätzen aus.⁸¹⁹ Beschlüsse, die inhaltlich oder verfahrensrechtlich gegen zwingendes Gesetzesrecht oder Satzungsrecht verstoßen, sind im Grundsatz nichtig und nicht nur anfechtbar.⁸²⁰ Die Nichtigkeit kann grundsätzlich jederzeit und von jedermann geltend gemacht werden, sofern ein Rechtsschutzinteresse besteht.⁸²¹ Möglich ist allerdings, jedenfalls bei weniger schwerwiegenden Mängeln, eine Verwirkung der Klagebefugnis, wenn der Mangel des Aufsichtsratsbeschlusses nicht mit der „unter den gegebenen Verhältnissen zumutbaren Beschleunigung“⁸²² eingeklagt wird.⁸²³ Zu richten ist die Klage

818 Vgl. oben unter E. III. 2.; MüKoAktG/Habersack, § 103 Rn. 35; Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 155; Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 151; Spindler in: Spindler/Stilz, § 103 Rn. 29; a.A. Hoffmann/Kirchhoff, FS Beusch, S. 377ff., 380f; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 29 Rn. 19 und § 6 Rn.45.

819 Aus Platzgründen erfolgt hier eine Beschränkung auf die Darstellung der, für die Praxis ausschlaggebenden, ständigen Rechtsprechung des BGH; zu abweichenden Meinungen: etwa für Analogie zu §§ 241ff. AktG: Meilicke, FS W.Schmidt, S. 70ff., 80ff.; OLG Hamburg, DB 1992, S. 774; differenzierend auch Naendrup in: GK-MitbestG § 25 Rn. 81ff.

820 BGH, DB 1993, S. 1609ff. = BGHZ 122, S. 344ff. = DZWIR 1993, S. 503ff. mit Anmerkung von Raiser; Kindl, DB 1993, S. 2065ff., 2066f.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 35; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 36.

821 Vgl. Hoffmann/Preu, Rn. 603; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 35; Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 90; Raiser/Veil, § 25 Rn. 40.

822 BGH, DB 1993, S. 1609ff., 1611; Raiser/Veil, § 25 Rn. 40; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 35.

823 Vgl. auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 35; Raiser/Veil, § 25 Rn. 40; Kindl, DB 1993, S. 2065ff., 2067 geht von einer regelmäßigen zeitlichen Grenze für die Geltendmachung von einem Monat nach der Aufsichtsratssitzung aus.

gegen die Gesellschaft.⁸²⁴ Im Fall des Verstoßes gegen ein Stimmverbot ist der Beschluss des Aufsichtsrats nach diesen Grundsätzen dann nichtig, wenn die Stimme des nicht stimmberechtigten Aufsichtsratsmitgliedes kausal für das Beschlussergebnis war.⁸²⁵ Sofern die Stimme des Aufsichtsratsmitgliedes nicht kausal für das Beschlussergebnis war, handelt es sich um einen minderschweren Mangel. In einem solchen Fall fehlt das Rechtsschutzinteresse für eine Nichtigkeitsfeststellungsklage.

V. Zusammenfassende Betrachtung zu Teil F

Wie bereits oben im Rahmen der Diskussion des Kausalzusammenhangs angeklungen ist,⁸²⁶ hängt die Messlatte für Schadensersatzansprüche gegen ein Aufsichtsratsmitglied in den hier interessierenden Konfliktsituationen hoch. Es mag daher durchaus einleuchten, wenn ein Unternehmen entsprechende Vorkommnisse nicht vor Gericht bringt. Bei der Abwägung zwischen den Erfolgchancen und dem Imageverlust in der Öffentlichkeit bzw. den daraus resultierenden internen Konflikten wird daher in der Regel zugunsten des Verzichts auf eine Klage entschieden. Bessere Erfolgchancen dürfte dagegen ein Abberufungsantrag gem. § 103 III AktG haben.

824 St. Rspr vgl. etwa BGH, DB 1993, S. 1609ff., 1609; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 38; Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 90; Raiser/Veil, § 25 Rn.44.

825 Hoffmann/Preu, Rn. 602; Mertens in: KK, § 108 Rn. 74; Lutter, FS Priester, S. 417ff., 425; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 41; so schon RGZ 106, S. 258ff., 263; für generelle Unwirksamkeit Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 85.

826 Vgl. oben unter F. II. 1. b. cc.

G. Sonstige rechtliche Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschaft

Wurde im vorhergehenden Abschnitt erläutert, welche Auswirkungen Interessenkonflikte etwa im Rahmen von Tarifaueinandersetzungen auf die Rechte der Gewerkschaftsvertreter und der Gewerkschaftsmitglieder unter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat haben können, so sollen nun darüber hinaus noch weitere Maßnahmen zur Begrenzung des Einflusses der genannten Aufsichtsratsmitglieder in Konfliktfällen untersucht werden. Es ist an dieser Stelle zu betonen, dass es nicht darum gehen soll, Mitbestimmung abzuschwächen oder gar auszuhöhlen. Es soll vielmehr versucht werden, die Grenzen aufzuzeigen, denen gesellschaftsrechtliche Gestaltungen unterliegen, die Mitbestimmung einschränken. Da Stimmrechts- und Teilnahmeausschluss nach den oben gefundenen Ergebnissen⁸²⁷ nur in engen Grenzen zulässig sind, erscheint es naheliegend, dass Unternehmen versuchen, über die innergesellschaftliche Organisation befürchtete Konfliktlagen zu umgehen. Dass solche Versuche schnell an ihre rechtlichen Grenzen stoßen, ist offensichtlich. Sie sind geeignet, den Sinn und Zweck der Unternehmensmitbestimmung infrage zu stellen.

Im Folgenden soll es zunächst um den Konflikt zwischen dem Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter und den Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH gehen. Außerdem wird die Frage zu klären sein, ob insbesondere tarifliche Fragen in Aufsichtsratsausschüsse verlagert werden können, in denen keine Gewerkschaftsmitglieder vertreten sind. Zum Schluss soll noch auf die Möglichkeit der abschließenden Regelung von Zustimmungsvorbehalten in der Satzung eingegangen werden.

I. Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter

Wie bereits oben angeklungen ist,⁸²⁸ besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der AG und der GmbH darin, dass den GmbH-Gesellschaftern gegenüber dem Geschäftsführer bzw. den Geschäftsführern ein Weisungsrecht zusteht.⁸²⁹ Seine rechtliche Grundlage findet das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung mittelbar in §§ 6 III, 37 I, 38 I, 46 Nr. 5 und 6 GmbH.⁸³⁰ Es umfasst nicht nur ungewöhnliche Geschäfte (etwa im Sinne

827 Vgl. oben unter E. III.

828 Unter C.

829 Baumann, ZHR 142, S. 557ff., 558; vgl. zum Weisungsrecht Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 37 Rn. 20.

830 Vgl. Altmeppen in: Roth/Altmeppen, § 37 Rn. 3.

von § 116 HGB), sondern die Gesellschafterversammlung kann auch in einem bestimmten Umfang auf die laufende Geschäftsführung Einfluss nehmen, solange sie den Gesellschaftern noch einen angemessenen Frei- raum für eigenes Handeln lässt.⁸³¹ Eine Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung, wie sie der Vorstand der Aktiengesellschaft aus- übt (§ 76 AktG), steht den Geschäftsführern der GmbH nicht zu.⁸³²

Für die im Kontext dieser Untersuchung interessierenden Problemkreise könnte das Weisungsrecht bedeuten, dass die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat und die Gewerkschaftsmitglieder kaum oder gar keinen Ein- fluss auf tarifpolitische Entscheidungen einer mitbestimmten GmbH nehmen könnten, sofern die Gesellschafter gegenüber der Geschäfts- führung eine verbindliche Weisung erteilen könnten. Es stellt sich damit die Frage, wie das Verhältnis zwischen dem Weisungsrecht der Ge- sellschafterversammlung und möglichen Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrats im Bereich der mitbestimmten GmbH ausgestaltet ist.⁸³³ Weitgehende Einigkeit besteht heute darüber, dass auch in der mit- bestimmten GmbH der Gesellschafterversammlung gegenüber den Ge- sellschaftern ein Weisungsrecht zusteht.⁸³⁴ Dass der Mitbestimmungs- gesetzgeber an der Kompetenz der Gesellschafterversammlung nichts ändern wollte, zeigt der fehlende Verweis auf § 119 II AktG, welcher die Geschäftsführungskompetenz der Hauptversammlung einer Aktiengesell- schaft weitgehend ausschließt.⁸³⁵ Die Gesellschafter bleiben damit auch im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes das zentrale Ent- scheidungsorgan der GmbH.⁸³⁶

831 Zöllner, ZGR 1977, S. 319ff., 326.

832 Vgl. Schmidt, GesR, § 36 IV 2c.

833 Schmidt, GesR, § 36 II 2d.

834 Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 64; Raiser/Veil, § 25 Rn. 88; Scholz/U.H.Schneider, § 37 Rn. 42; Hoffmann/Lehmann/ Weinmann, § 30 Rn. 26; Ulmer, Einfluss, S. 46; Hommelhoff, ZGR 1978, S. 119ff., 137ff.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 63; Säcker, DB 1977, S. 1845ff., 1845; Deilmann, BB 2004, S. 2253ff., 2253; Bau- mann, ZHR 142, S. 557ff., 576; Zöllner, AG 1981, S. 13ff., 15; Hoffmann/ Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152 und 183ff., 183; Kübler/Assmann, GesR, § 33 IV 2 b; anders offenbar Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 353ff., 355, die die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung in Geschäftsführungsangelegen- heiten ausschließen wollen; Vollmer, ZGR 1979, S. 135ff., 142ff., beschränkt die Gesellschafterversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten auf eine „kontrollierende Einflussnahme“; a.A. auch Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 143ff.; ders. AuR 1977, S. 225ff., 232; S. 268ff., 272f.

835 U.H.Schneider in: Scholz, § 37 Rn. 42; Ulmer, Einfluss, S. 46; Baumann, ZHR 142, S. 557ff., 559.

836 BGH, NJW 1997, S. 1985ff., 1986f.

Problematisch ist dann allerdings, wie der Aufsichtsrat in diese Kompetenzverteilung einzupassen ist. Teilweise wurde angenommen, das Weisungsrecht der Gesellschafter dürfe nicht dazu führen, dass der Sinn und Zweck des MitbestG ausgehöhlt würde.⁸³⁷ Ein Zustimmungsvorbehalt sei deshalb auch bei Gesellschafterweisung zu beachten.⁸³⁸ Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird dagegen überwiegend darauf verwiesen, dass das Mitbestimmungsrecht die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung unberührt lassen wollte.⁸³⁹ Auch umfasse § 111 IV 2 AktG nur die Möglichkeit, für Geschäftsführungsmaßnahmen einen Zustimmungsvorbehalt zu statuieren. Gesellschafterentscheidungen könnten einem solchen dagegen nicht unterstellt werden.⁸⁴⁰ Es wird darauf hingewiesen, dass es sich um eine unnötige Förmerei handle, da die Gesellschafterversammlung ohnehin die Entscheidung des Aufsichtsrats mit einem erneuten Beschluss ersetzen könne.⁸⁴¹ Vielmehr sei eine in Kenntnis des Zustimmungsvorbehalts ergehende Entscheidung der Gesellschafter in der Regel als endgültige gewollt.⁸⁴² Aufgrund der vorgenannten Argumente werden angewiesene Geschäftsführungsmaßnahmen von den Vertretern dieser Auffassung als „zustimmungsvorbehaltsresistent“ bezeichnet.⁸⁴³ Auch bedürfe eine Weisung der Gesellschafterversammlung keiner Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter, wie sie in § 111 IV 4 AktG für die Ersetzung der Zustimmung des Aufsichtsrats in der AG vorgeschrieben ist.⁸⁴⁴ Das Verfahren des § 111 IV AktG passe von vorneherein nicht auf die GmbH. Es sei im Aktienrecht die logische Konsequenz daraus, dass § 119 II AktG eine Geschäftsführungskompetenz der Hauptversammlung nur dann zulässt, wenn der Vorstand einen entsprechenden Beschluss verlangt.⁸⁴⁵ Für die GmbH fehlt ein entsprechender Verweis des MitbestG auf § 119 II AktG. Daraus könnte man

837 Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 149.

838 Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 261ff., 272; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, § 25 Rn. 68f.; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 65; Eder, GmbHR 1978, S. 217ff., 218.

839 Scholz/Uwe H.Schneider, § 52 Rn. 130; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 37 Rn. 28, und § 52 Rn. 100 und 242; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, § 52 Rn. 55ff.

840 So Hommelhoff, ZGR 1978, S. 119ff., 145f.

841 Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152.

842 Altmeppen in: Roth/Altmeppen, § 52 Rn. 56.

843 Scholz/Uwe H.Schneider, § 52 Rn. 133; Hommelhoff, ZGR 1978, S. 119ff., 146; für Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts bei Gesellschafterweisung auch Jürgenmeyer, S. 186.

844 Giedinghagen in: Michalski, § 52 Rn. 233; Zöllner, ZGR 1977, S. 319ff., 328; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 92; a.A. Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 35 Rn. 16.

845 Zöllner, ZGR 1977, S. 319ff., 328.

in der Tat schließen, das Verfahren des § 111 IV AktG sei überflüssig. Allerdings lässt sich genauso anführen, dass das MitbestG in § 25 I Nr. 2 ausdrücklich auf § 111 AktG als Ganzes verweist. Damit hat der Gesetzgeber unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass das Verfahren des § 111 IV AktG auch in der mitbestimmten GmbH Anwendung finden soll. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass der Aufsichtsrat gar keinen Zustimmungsvorbehalt ausüben könnte. Dies wäre mit der zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Kontrolle der Geschäftsführung nicht in Einklang zu bringen.⁸⁴⁶ § 111 IV 2 AktG enthält nicht nur eine Möglichkeit, sondern auch die Pflicht des Aufsichtsrats, einen Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen vorzusehen. Daraus lässt sich ableiten, dass die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats in den Augen des Gesetzgebers eine bedeutende Rolle spielt. Zudem ist zu beachten, dass die Geschäftsführung vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen wird (vgl. § 31 MitbestG). Es wäre wenig nachvollziehbar, wenn diese zwar nach Weisung der Gesellschafterversammlung handeln müsste, aber vom Aufsichtsrat jederzeit abberufen werden könnte. Eine solche Konstruktion würde die Geschäftsführung in einen erheblichen Loyalitätskonflikt bringen.⁸⁴⁷ Ein uneingeschränktes Weisungsrecht der Gesellschafter erscheint schon deshalb bedenklich.

Auch die Annahme, in der GmbH bedürfe es für die Ersetzung einer Zustimmungsverweigerung durch den Aufsichtsrat nur einer einfachen Mehrheit der Gesellschafterversammlung, ist abzulehnen. Für eine solche Reduktion des Wortlautes von § 111 IV 4 AktG ergeben sich keine Anhaltspunkte aus dem Gesetz. Vielmehr spricht der eindeutige Verweis von § 25 Nr. 2 MitbestG auf § 111 AktG als Ganzes gegen eine solche Auslegung.⁸⁴⁸ Die Ersetzung der Zustimmung des Aufsichtsrates durch die Gesellschafter bedarf deshalb auch in der GmbH einer Dreiviertelmehrheit.⁸⁴⁹ An dem gefundenen Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn die Gesellschafter die Weisung oder ihren Entschluss zu einer bestimmten Maßnahme bereits mit Dreiviertelmehrheit getroffen haben. Mag man es auch als unnötige Förmerei ansehen, wenn in einem solchen Fall bei Ver-

846 Vgl. Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 139; zur Kontrolle der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH vgl. Zöllner, ZGR 1977, S. 319ff., 323.

847 Vgl. Lieb, JA 1978, S. 261ff., 266.

848 Vgl. Baumann, ZHR 142, S. 557ff., 576.

849 So die mittlerweile wohl überwiegende Auffassung vgl. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 25 Rn. 69; Raiser/Veil, § 25 Rn. 89; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 66; Säcker, DB 1977, S. 1845ff., 1849 Fn. 35; Baumann, ZHR 142, S. 557ff., 576; Ulmer, Einfluss, S. 47. Kübler/Assmann, GesR, § 33 IV 3; a.A. Deilmann, BB 2004, S. 2253ff., 2256; Lutter/Krieger, Rn. 1128; wohl auch Hoffmann/Preu, Rn. 305; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, § 52 Rn. 56.

weigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat eine erneute Entscheidung der Gesellschafter herbeigeführt werden müsste. Die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats, die auch in der GmbH ernst genommen werden muss, macht es notwendig, dass die Gesellschafter ihren Entschluss in Kenntnis der entgegenstehenden Argumente des Aufsichtsrats noch einmal ausdrücklich bekräftigen. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird man hier einen formellen Beschluss verlangen müssen. Berücksichtigt man außerdem, dass eine GmbH im Normalfall aus einem übersichtlichen Gesellschafterkreis besteht, so wird es den Gesellschaftern auch keine allzu große Mühe bereiten, den notwendigen Beschluss – gegebenenfalls auch im schriftlichen Umlaufverfahren – herbeizuführen.

An dieser Stelle ist einmal mehr zu konstatieren, dass die zur Entscheidung des Meinungsstreits aufgefahrenen Geschützte außer Verhältnis zur praktischen Relevanz des Problems stehen. Nach Altmeyen haben sich in der Praxis wohl kaum Kompetenzkonflikte ergeben.⁸⁵⁰ Im Regelfall wissen die Gesellschafter der GmbH die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat inklusive dem Vorsitzenden hinter sich, so dass sie bei Einbeziehung des Aufsichtsrats keine Ablehnung befürchten müssen. Dann erscheint es aus Sicht der Gesellschafter sinnvoller, eine Entscheidung des Aufsichtsrats einzuholen, als sich auf ein langes Kompetenzgerangel auch mit den von ihnen gewählten Aufsichtsratsmitgliedern einzulassen.

II. Aufsichtsratsausschüsse

Die Vorschriften zur Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§ 7 I, II MitbestG) sind abschließend und zwingend.⁸⁵¹ Daneben bleibt dem Aufsichtsrat jedoch ein erheblicher Gestaltungsspielraum bezüglich seiner inneren Organisation. Gem. § 107 III 1 AktG kann der Aufsichtsrat beschließen, Ausschüsse zu bilden und diesen spezielle Aufgaben übertragen.⁸⁵² Die Ausschüsse können grundsätzlich auch mit der Beschlussfassung über Einzelfragen betraut werden.⁸⁵³ Die Übertragung von einzelnen Aufgaben auf Ausschüsse hat den Vorteil, dass in einem kleineren Gremium eine effektivere und unbefangene Arbeit möglich ist.⁸⁵⁴ Letzteres gilt umso mehr, seit das LG München I in einer neueren Entscheidung angemerkt hat, in Betracht komme grundsätzlich auch eine

850 Altmeyen in: Roth/Altmeyen, § 52 Rn. 56.

851 Naendrup in: GK-MitbestG, § 7 Rn. 9.

852 Auf die GmbH findet § 107 AktG über die Verweisung in § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG Anwendung.

853 Vgl. OLG Hamburg, AG 1996, S. 84ff.; vgl. auch Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 107 Rn. 19; Nagel, DB 1982, S. 2677ff., 2677; Kübler/Assmann, GesR, § 15 IV 5b; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 1112; Lutter/Krieger, Rn. 745.

854 Vgl. Ulrich/Lippert, S. 31, abrufbar unter: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2005/iii05-301.pdf>.

Verschwiegenheitspflicht der Ausschussmitglieder gegenüber den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern.⁸⁵⁵ Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass ein Aufsichtsratsausschuss gem. § 107 III 3 AktG verpflichtet ist, dem Aufsichtsrat regelmäßig über seine Arbeit zu berichten.

Die Entscheidung, ob ein Ausschuss gebildet wird, wie er besetzt sein soll, bzw. welches Wahlverfahren für die Ausschussmitglieder gilt, mit welchen Themen der Ausschuss befasst wird und wie weit seine Entscheidungsbefugnisse gehen, obliegt alleine dem Aufsichtsrat, soweit zwingende gesetzliche Regelungen nicht entgegenstehen (z.B. § 27 III MitbestG nach dem zwingend ein Präsidialausschuss mit der vorgeschriebenen Besetzung gebildet werden muss). Ein Aufsichtsratsausschuss kann allerdings nur durch Beschluss des Aufsichtsrats gebildet werden.⁸⁵⁶ Die Einrichtung eines Aufsichtsratsausschusses durch die Satzung der Aktiengesellschaft ist nicht möglich. Eine solche Satzungsbestimmung würde in die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats eingreifen.⁸⁵⁷ Dem Satzungsorgan ist es verwehrt, durch statutarische Regelungen die innere Ordnung des Aufsichtsrats auszugestalten.⁸⁵⁸ Im Folgenden soll erörtert werden, inwiefern es dem Aufsichtsrat möglich ist, tarifpolitische Fragen in einen Aufsichtsratsausschuss zu verlagern, der nur mit Anteilseignervertretern oder zumindest nicht mit Gewerkschaftsmitgliedern besetzt ist. Der Aufsichtsrat hätte es mit einer solchen Maßnahme in der Hand, zu erwartenden Interessenkonflikten vorzubeugen.

1. Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen

Zunächst ist der Frage nachzugehen, wie die Aufsichtsratsausschüsse besetzt sein müssen. Insbesondere nach Erlass des MitbestG 1976 wurde verstärkt darüber diskutiert, ob Aufsichtsratsausschüsse paritätisch besetzt sein müssen, um nicht die Aushöhlung des Mitbestimmungszwecks zu begünstigen. Nach der Rechtsprechung des BGH begründet die Besetzung eines Aufsichtsratsausschusses für die Personalplanung alleine mit Vertretern der Anteilseignerseite eine widerlegliche Vermutung für

855 LG München I, WM 2007 S. 1975ff., 1977; so auch Bruder, S. 89; Hofmann/Preu, Rn. 270; a.A. Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 29 Rn. 15; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 914.

856 Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 124; Bürgers/Israel in: HK-AktG, § 107 Rn. 21; Säcker, Aufsichtsratsausschüsse, S. 32; Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 1113.

857 Münch.Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 16; Uwe H. Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 450.

858 Oetker in: GroßkommAktG § 25 MitbestG, Rn. 11; Semler, AG 1988, S. 60ff., 63; Säcker, Aufsichtsratsausschüsse, S. 33.

eine Diskriminierung aufgrund der Gruppenzugehörigkeit.⁸⁵⁹ Nach Ansicht von Raiser wird diese Vermutung wohl kaum jemals zu widerlegen sein. Allerdings drücke sich der BGH betont vorsichtig aus.⁸⁶⁰ Diese Überlegung muss für jeden Aufsichtsratsausschuss unabhängig von seinen Aufgaben gelten.⁸⁶¹ Eine vollständige Ausklammerung der Arbeitnehmervertreter aus dem Aufsichtsratsausschuss würde eine gegen den Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten aller Aufsichtsratsmitglieder verstößende Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter darstellen.⁸⁶² Unbedenklich könnte ein vollständiger Ausschluss der Arbeitnehmervertreter aus einem Ausschuss nur dann sein, wenn sie im Einvernehmen mit diesen erfolgt.⁸⁶³ Deshalb hat sich in Rechtsprechung und Literatur mittlerweile durchgesetzt, dass ein völliger Ausschluss der Arbeitnehmervertreter gegen deren Willen nicht möglich ist.⁸⁶⁴

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass jeder Aufsichtsratsausschuss paritätisch besetzt sein muss.⁸⁶⁵ Auch eine unterparitätische Beteiligung sichert den Informationsfluss für die Arbeitnehmerseite.⁸⁶⁶ Wird ein Ausschuss gebildet, so sind die Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, trotzdem gem. § 109 II AktG berechtigt, an den Ausschusssitzungen teilzunehmen, solange der Aufsichtsratsvorsitzende nichts anderes beschließt.⁸⁶⁷ Aus einer Studie des Berliner Instituts für Sozialforschung hat sich zwar ergeben, dass der Informationsfluss aus den

859 BGHZ 122, S. 342ff., 361 = DZWIR 1993, S. 503ff., 508f.; so auch schon Semler, AG 1988, S. 60ff., 63; schwächer Bürgers/Israel in: HK-AktG, §107 Rn. 24, nur Nichtbeteiligung in mehreren Ausschüssen begründet widerlegliche Vermutung für Diskriminierung; Canaris, DB Beilage Nr. 14 zu Heft 26 1981, S. 1ff., 15, der nur von einer Indizwirkung ausgeht und den Beweis für das Nichtvorliegen von Sachgründen fordert.

860 Raiser, DZWIR 1993, S. 510ff., 512.

861 Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 397; Raiser, DZWIR 1993, S. 510ff., 512.

862 Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 397.

863 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski § 29 Rn. 38.

864 Kindl, DB 1993, S. 2065ff, 2068; Raiser, DZWIR 1993, S. 510ff, 511; OLG Hamburg AG 1996, S. 84f., 85; LG Frankfurt a.M. ZIP 1996, S. 1161ff; Fickel, AG 1977, S. 134ff., 135; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 12; kritisch Zöllner in: FS Zeuner, S. 161ff.; Wiedemann, GesR I, S. 625; a.A. wohl Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 450; auch Langenbucher, § 5 Rn. 29 und Spindler in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 128 bei mangelnder Fachkompetenz der Arbeitnehmervertreter.

865 So aber Nagel, Unternehmensmitbestimmung, S. 124; wohl auch Köstler/Zachert/Müller, Rn. 388.

866 Henssler, 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft – Band II, S. 387ff, 397; vgl. auch Zöllner, FS Zeuner, S. 161ff., 174f.

867 Vgl. zum Ausschluss den Fall LG München I, WM 2007, S. 1975ff.

Aufsichtsratsausschüssen aus Sicht der leitenden Angestellten schlechter bewertet wird, als der Informationsfluss vom Vorstand zum Aufsichtsrat,⁸⁶⁸ jedoch sind die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder an dieser Stelle auch auf ihr Teilnahmerecht aus § 109 II AktG zu verweisen. Halten sie die Information aus den Ausschüssen für ungenügend, so liegt es an ihnen, dem durch Teilnahme an den Ausschusssitzungen vorzubeugen. Daraus ergibt sich, dass ein Aufsichtsratsausschuss nicht zwingend spiegelbildlich zum Gesamtaufichtsrat besetzt sein muss.⁸⁶⁹ Soll von der zahlenmäßig paritätischen Besetzung abgewichen werden, so bedarf es dafür allerdings in jedem Fall eines sachlichen Grundes.⁸⁷⁰ Es soll verhindert werden, dass Aufsichtsratsausschüsse willkürlich als Instrument zur Abschwächung der Unternehmensmitbestimmung zweckentfremdet werden.⁸⁷¹

Geht man davon aus, dass der BGH in der Tat ausdrücken wollte, dass mindestens ein Arbeitnehmervertreter in jedem Ausschuss beteiligt sein muss, so erscheint es denkbar, dass die Anteilseignerseite mit ihrem Übergewicht im Aufsichtsrat beschließt, einen Ausschuss für tarifpolitische Fragen zu gründen.⁸⁷² Dieser könnte dann zum Beispiel mit

868 Vgl. Ulrich/Lippert, S. 27, abrufbar unter: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2005/iii05-301.pdf>.

869 Drygala in: Lutter/Schmidt, § 107 Rn. 45; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 126; Hüffer, § 107 Rn. 21; Hoffmann/Preu, Rn. 156f.; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 28 Rn. 18; Semler, AG 1988, S. 60ff., 63; Richardi, S. 250; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 76; HWK/Seibt, § 25 MitbestG Rn. 5; so auch, wenn auch kritisch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 29 Rn. 38; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 282 Rn. 12; ähnlich Fickel, AG 1977, S. 134ff., 135, der allerdings eine durchgehend unterparitätische Ausschussbesetzung für unzulässig hält; für analoge Anwendung von § 27 MitbestG bei der Besetzung Naendrup in: GK-MitbestG, § 25 Rn. 35; Säcker, Aufsichtsratsausschüsse, S. 56ff.; ihm folgend Nagel, DB 1982, S. 2677ff., 2680; a.A. Reich/Lewerenz, AuR 1976, S. 261ff., 271.

870 Uwe H.Schneider in: Scholz, § 52 Rn. 452; Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 76; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 3; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil 4 B Rn. 105; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 28 Rn. 18; ähnlich Canaris, DB Beilage Nr.14 zu Heft 26 1981, S. 1ff., 15 der Rechtsmißbräuchlichkeit annimmt, wenn die Arbeitnehmerseite gänzlich von der Ausschussarbeit ausgeschlossen würde oder für sämtliche bedeutsame Entscheidungen Ausschüsse eingesetzt und diese durchweg imparitätisch besetzt würden.

871 Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, § 15 Rn. 76; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 123.

872 Wobei in der Praxis zu beachten ist, dass ein Einsatz der Zweitstimme beim Beschluss über die Besetzung eines Aufsichtsratsausschusses zumindest zu strengen Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung für die unterparitätische

zwei Anteilseignervertretern und einem leitenden Angestellten als Vertreter der Arbeitnehmer besetzt werden oder zumindest mit einem Arbeitnehmervertreter, der nicht Gewerkschaftsmitglied ist und auch nicht für die Gewerkschaftsseite an den Tarifverhandlungen teilnimmt. Das hätte den Vorteil, dass Entscheidungen zum Beispiel über Arbeitskampfmaßnahmen oder Tarifverträge in einem kleineren, unbefangeneren Rahmen und damit schneller getroffen werden könnten. Außerdem bietet ein leitender Angestellter eine größere Gewähr für die erforderliche Beachtung des Unternehmensinteresses im Arbeitskampf als die anderen Arbeitnehmervertreter. Die Diskussionen im Aufsichtsrat wären nicht von vorneherein durch die Teilnahme der externen Gewerkschaftsvertreter, sofern diese auch aufseiten der Gewerkschaft in die Tarifverhandlungen involviert sind oder ihre Interessen als Gewerkschaftsmitglied verfolgen, belastet. Mit dieser Begründung ließe sich eine unterparitätische Besetzung eines Aufsichtsratsausschusses rechtfertigen.

2. Übertragung von Beschlussgegenständen an Aufsichtsratsausschüsse

Allerdings bleibt zu prüfen, inwieweit dem Ausschuss Beschlussgegenstände übertragen werden können. Die Zulässigkeit der Übertragung von Gegenständen zur endgültigen Beschlussfassung an Aufsichtsratsausschüsse ergibt sich schon aus einem Umkehrschluss zu § 107 III 2 AktG.⁸⁷³ Wenn der Gesetzgeber Beschlussgegenstände nennt, die einem Aufsichtsratsausschuss nicht zur Beschlussfassung übertragen werden, so ist daraus zu folgern, dass er grundsätzlich davon ausgeht, dass Aufsichtsratsausschüsse auch endgültige Beschlüsse fassen können.⁸⁷⁴ Nach Hoffmann-Becking⁸⁷⁵ ist der Katalog des § 107 III 2 AktG abschließend, so dass darüber hinaus grundsätzlich keine weiteren Einschränkungen bei der

Besetzung führt, vgl. Raiser/Veil, § 25 Rn. 56; Westhoff in: Tschöpe (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Teil 4 B Rn. 105; nach Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, § 29 Rn. 41 ist der Einsatz der Zweitstimme in einem solchen Fall allerdings rechtsmißbräuchlich; Bedenken auch bei Wißmann in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, § 380 Rn. 16; ähnlich Lux, S. 162. und Fickel, AG 1977, S. 134ff., 135 sofern eine nicht sach- und relationsgerechte Besetzung des Aufsichtsrats angestrebt wird; teilweise a.A. Lieb, JA 1978, S. 318ff., 321, wenn er davon ausgeht, zumindest die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden dürfe nicht dafür eingesetzt werden um einen unterparitätisch besetzten Aufsichtsratsausschuss zu bilden.

873 Hüffer, § 107 Rn. 18.

874 Für die Möglichkeit der endgültigen Beschlussfassung auch Köstler/Zachert/Müller, Rn. 382f.; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 2; Bellavite-Hövermann/Lindner/Lüthje, S. 79.

875 Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 3.

Übertragung von Beschlussgegenständen an Aufsichtsratsausschüsse zu beachten sind. Eine Ausnahme ergibt sich allerdings für Beschlüsse über die innere Organisation des Aufsichtsrats und damit insbesondere für die Entscheidung, ob Ausschüsse gebildet werden oder nicht.⁸⁷⁶ Ein solcher Beschluss kann nur vom Aufsichtsratsgremium selbst getroffen werden. Folglich muss der Aufsichtsrat als Ganzes darüber beschließen, ob ein Ausschuss für tarifliche Fragen gebildet wird oder nicht und wie er gegebenenfalls zu besetzen ist. Außerdem muss auch der Aufsichtsrat selbst darüber beschließen, ob der Tarifausschuss selbstständig beschlussfähig ist. Mit derselben Mehrheit, die für die Delegation der Beschlussfassung auf den Ausschuss notwendig ist, kann der Aufsichtsrat jederzeit die Entscheidung wieder an sich ziehen.⁸⁷⁷ Außerdem wird man dem OLG Hamburg zustimmen können, wenn es feststellt, dass der Aufsichtsrat sich zumindest eines Kernbereichs seiner Überwachungsaufgabe nicht durch die Übertragung auf Aufsichtsratsausschüsse entledigen kann.⁸⁷⁸ Ob hier eine Orientierung an § 90 AktG stattfinden sollte, wie es das OLG annimmt,⁸⁷⁹ mag dahingestellt sein. Jedenfalls bleibt eine Übertragung von Einzelentscheidungen auf Aufsichtsratsausschüsse auch nach Rechtsprechung des OLG Hamburg zulässig.⁸⁸⁰

III. Abschließende Regelung der Zustimmungsbedürftigkeit durch Satzung?

Nach Erlass des Mitbestimmungsgesetzes wurde verstärkt darüber diskutiert, ob es der Hauptversammlung möglich sei, die im Sinne von § 111 IV S.2 AktG zustimmungspflichtigen Maßnahmen abschließend festzulegen.⁸⁸¹ Die gleiche Frage stellt sich nicht nur in der Aktiengesellschaft, sondern auch in der GmbH. Würde man eine solche abschließende Regelungskompetenz der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung anerkennen, so wäre es den Anteilseignern möglich,⁸⁸² Einflüsse der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat in arbeitskampf- und tarifpolitischen Fragen schon dadurch auszuschließen, dass eine Zustimmungsbedürftigkeit für entsprechende Maßnahmen in der Satzung

876 Köstler/Zachert/Müller, Rn. 383; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 3a; Drygala in: Schmidt/Lutter, § 107 Rn. 37.

877 Hüffer, § 107 Rn. 18; Münch.Hdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 4; vgl. auch OLG Hamburg, AG 1996, S. 84ff., 85.

878 OLG Hamburg, AG 1996, S. 84ff., 84f.; vgl. auch Potthoff/Trescher/Theissen, Rn. 1113; Marsch-Barner/Schäfer-Vetter, § 28 Rn. 11; Münch.Hdb.GesR Band III/Marsch-Barner/Diekmann, § 48 Rn. 137.

879 Ähnlich auch Mertens in: KK, § 108 Rn. 132.

880 OLG Hamburg, AG 1996, S. 84ff., 85; so auch Zöllner, FS Zeuner, S. 161ff., 169.

881 Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 259ff.

882 So etwa Hölters, BB 1975, S. 797ff., 798. ders. BB 1978, S. 640ff., 643.; Wiedemann, BB 1978, 1ff., 8; ders. ZGR 1975, S. 385ff., 426.

nicht geregelt oder explizit ausgeschlossen wird.⁸⁸³ Es stellt sich also die Frage, ob der Satzungscompetenz der Vorrang gebührt oder ob beide Kompetenzen gleichberechtigt nebeneinanderstehen.

1. In der Aktiengesellschaft

Aus dem Gesetz lässt sich kein Rangverhältnis ableiten, spricht es doch sowohl der Hauptversammlung als auch dem Aufsichtsrat die Kompetenz zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten zu (§ 111 IV S. 2 AktG). Hölters leitet den Vorrang der Satzungscompetenz aus dem Vorrang der Gesellschaftsinteressen ab.⁸⁸⁴ Die Bestimmung des Unternehmensziels sei in erster Linie Aufgabe und Kompetenz der Gesellschafter.⁸⁸⁵ Derjenige, der das Unternehmensziel festlege, müsse auch die Mittel zu dessen Erreichung festlegen können.⁸⁸⁶ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.⁸⁸⁷ In der Aktiengesellschaft kann eine Abweichung von der Regelung des § 111 IV 2 AktG schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil § 23 V AktG Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen durch die Satzung nur insoweit zulässt, als dies durch das Gesetz gestattet ist. Ergänzende Satzungsbestimmungen sind nur zulässig, soweit das Gesetz keine abschließenden Regelungen enthält. Bei einer Satzungsregelung, die einen abschließenden Katalog der Zustimmungsvorbehalte enthält, würde es sich um eine von § 111 IV S. 2 AktG abweichende Bestimmung handeln; schließt sie doch die Begründung anderweitiger Zustimmungsvorbehalte durch den Aufsichtsrat aus. Eine Abweichung von § 111 IV 2 AktG ist gesetzlich nicht ausdrücklich gestattet, so dass eine entsprechende Satzungsklausel gegen § 23 V AktG verstoßen würde.

2. In der GmbH

Eine dem § 23 V AktG entsprechende Norm besteht im GmbH-Recht allerdings nicht, so dass weitere Argumente gegen eine Abweichung von § 111 IV S. 2 AktG gefunden werden müssen. Die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der GmbH-Gesellschafter bedarf einer weitergehenden Begründung. Leicht fällt diese Begründung vom Standpunkt derjenigen aus, die einen überschießenden Mitbestimmungstelos aus dem Mit-

883 Für die Abdingbarkeit von § 111 IV 2 AktG durch die Satzung in der GmbH Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152; für einen abschließenden Katalog von Zustimmungsvorbehalten in der Satzung der GmbH auch Lutter/Krieger, Rn. 1126.

884 BB 1978, S. 640ff., 642.

885 BB 1978, S. 640ff., 641.

886 BB 1978, S. 640ff., 642.

887 So auch die ganz h.M. Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 263ff.; Lutter/Krieger, Rn. 105; Raiser/Veil, § 25 Rn. 77.

bestimmungsgesetz und seinem Sinn und Zweck herauslesen.⁸⁸⁸ Nach dieser Ansicht würde eine die Kompetenz des Aufsichtsrats zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten beschränkende Satzungsregelung den Zweck des Mitbestimmungsgesetzes, eine gleichgewichtige Teilhabe der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung zu ermöglichen, unterlaufen. Ein abschließender Katalog von Zustimmungsvorbehalten in der Satzung wäre damit nichtig. Dass es einen solchen materiell-rechtlichen Gehalt eines, wie auch immer gearteten, Mitbestimmungstelos nicht gibt, wurde bereits oben dargelegt. Diese Argumentation kann folglich auch hier nicht überzeugen. Befürworter eines abschließenden Kataloges zustimmungsbedürftiger Geschäftsführungsmaßnahmen in der Satzung begründen dies bei der GmbH mit deren in der Regel personalistischer Struktur und dem Weisungsrecht der Gesellschafter.⁸⁸⁹ Gerade hier spiele die Ableitung des Gesellschaftsinteresses aus der, von den Gesellschaftern getroffenen Zielbestimmung, eine bedeutende Rolle.⁸⁹⁰ Auch diese Argumentation erweist sich als nicht stichhaltig. Sie geht davon aus, dass die GmbH in der Regel als mittelständisches Unternehmen oder Familiengesellschaft, im Gegensatz zur grundsätzlich als Publikumsgesellschaft mit vielen Gesellschaftern ausgestalteten Aktiengesellschaft, nur wenige Gesellschafter hat. Daraus kann man durchaus die Annahme ableiten, dass sich bei der Aktiengesellschaft die Anteilseigner in der Regel mehr als Geldgeber denn als Teil der Gesellschaft sehen und ihre Interessen oft vielschichtiger und weiter vom Gesellschaftsinteresse entfernt sind, als bei der GmbH. Geht man nun aber von der Prämisse aus, dass es sich bei der GmbH um eine Gesellschaft mit wenigen Gesellschaftern handelt, so wird der Gesellschaftsvertrag in aller Regel für die Beschlussfassung ein Einstimmigkeitserfordernis oder eine Dreiviertelmehrheit vorsehen. Folglich könnten die Gesellschafter auch mit der gleichen Mehrheit eine erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats ersetzen. Es ist nicht ersichtlich, warum den Gesellschaftern hier der Weg über den Aufsichtsrat erspart bleiben soll.⁸⁹¹ Sind sie sich einig über die Durchführung einer bestimmten Maßnahme, können sie diese letztlich auch durchsetzen. Geht man dagegen von der Publikums-GmbH aus, so wird ein Beschluss mit Dreiviertelmehrheit in der Regel deutlich schwerer zu erreichen sein. Die Struktur der Gesellschaft ähnelt mehr einer AG. In einem solchen Fall ist aber auch die Geschäftsleitungskompetenz des einzelnen Gesellschafters nur noch von geringer Bedeutung. Die Unzulässigkeit einer Satzungsbestimmung, die die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats auf einen

888 Siehe Fußnote 287.

889 Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 93.

890 Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152.

891 A.A. Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152, die dies für Förmelei halten.

bestimmten Katalog beschränkt, lässt sich aus der Verfassung der GmbH bzw. der AG herleiten. In der heutigen Zeit wird verstärkt über die Effektivität der Überwachung von Unternehmen durch den Aufsichtsrat diskutiert und nicht gerade selten deren Ineffektivität bemängelt.⁸⁹² Sollte dies tatsächlich so sein, muss auch die Gesetzesauslegung soweit wie möglich zur Steigerung der Effektivität der Aufsichtsrats Tätigkeit beitragen. Bereits bei der Darstellung der Kompetenzen des Aufsichtsrats wurde betont, dass die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gerade auch eine präventive Kontrolle umfasst. Eine effektive Überwachung der Unternehmensleitung kann sich nicht nur auf das Aufdecken von Fehlern und deren Korrektur beziehen. Vielmehr sorgen die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats dafür, dass der Vorstand oder die Geschäftsführung die Entscheidung, gerade wenn der Aufsichtsrat Zweifel anklingen lässt, noch einmal überdenkt und dadurch Fehlentscheidungen vermeidet. Nach Immenga ist die Präventivkontrolle durch die Ausübung von Zustimmungsvorbehalten vor allem nach der gravierenden Einschränkung der Kontrollmöglichkeiten der Hauptversammlung 1937 ein „unverzichtbarer Bestandteil der Kontrollfunktion“.⁸⁹³ Die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats kann ihm auch nicht durch die Satzung entzogen werden.⁸⁹⁴ Nun mag man einwenden, dass bei Bestehen eines Kataloges von Geschäftsführungsmaßnahmen, die dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats unterliegen, der Aufsichtsrat ja nicht gänzlich seiner Kontrollfunktion beraubt werde. Schließlich bestünden ja gerade die genannten Zustimmungsvorbehalte. Abgesehen davon, dass im Extremfall ein ausdrücklich in der Satzung aufgeführter Zustimmungsvorbehalt ausreichen würde, um sämtliche andere Geschäftsführungsmaßnahmen zustimmungsfrei zu stellen, ist es für eine effektive Kontrolle der Unternehmensleitung von wesentlicher Bedeutung, dass Zustimmungsvorbehalte auch in aktuell werdenden, brisanten und für den Vorstand unbequemen Fragen jederzeit ad hoc statuiert werden können. Dies wäre im Rahmen des umständlichen Verfahrens zum Erlass oder der Änderung der Satzung kaum möglich.⁸⁹⁵ Die Wichtigkeit der Zustimmungsvorbehalte für die effektive Ausübung der Überwachungstätigkeit ist durch die Änderung des Wortlauts des § 111 IV 2 AktG durch das TransPuG bestätigt worden.⁸⁹⁶ § 111 IV 2 AktG verpflichtet nun den Aufsichtsrat dazu, Zustimmungsvorbehalte festzulegen. Die ursprüngliche Fassung sah lediglich die Möglichkeit zur Bestimmung von zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen vor. Zudem bestätigt auch § 107 III 2 a.E.

892 Vgl. insbesondere v.Werder, AG 2004, S. 166ff., 170f.; Schwalbach, AG 2004, S. 186ff., 188.

893 Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 261.

894 Vgl. Mertens, ZGR 1977, S. 270ff., 283f.; ähnlich Wank, GmbHR, S. 121ff., 124.

895 So auch Immenga, ZGR 1977, S. 249ff., 262.

896 Ulmer/Habersack in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn.61.

AktG, der verhindert, dass die Beschlussfassung über den Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen einem Aufsichtsratsausschuss übertragen wird, die hervorgehobene Position der Zustimmungsvorbehalte im Kompetenzgefüge des Aktien- und GmbH-Rechts. Die Aufstellung eines abschließenden Katalogs von Zustimmungsvorbehalten ist sowohl in der AG als auch in der GmbH in der Satzung unzulässig.⁸⁹⁷

897 So auch die ganz hM, vgl. Ulmer/Henssler/Habersack, § 25 Rn. 61; Raiser/Veil, § 25 Rn. 77; Hüffer, §111 Rn. 17; Mertens, ZGR 1977, S. 270ff., 284; Wank, GmbHR 1980, S. 121ff., 124; a.A. Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, S. 149ff., 152; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 Rn. 93 für die GmbH.

H. Die Rechte der Gewerkschaften gegenüber ihren Vertretern im Aufsichtsrat

Nachdem nun die Rechts- und Pflichtenstellung der Gewerkschaftsvertreter und Gewerkschaftsmitglieder gegenüber der mitbestimmten Gesellschaft ausführlich dargestellt wurde, soll nun noch das Verhältnis derselben als Aufsichtsratsmitglieder zur Gewerkschaft betrachtet werden. Diese Konstellation wurde bisher, soweit ersichtlich, wenig beachtet. Man stelle sich den Fall vor, das externe Aufsichtsratsmitglied handelt nicht dem Unternehmensinteresse zuwider, sondern den Interessen der Gewerkschaft, von der es vorgeschlagen wurde. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat aus welchen Gründen auch immer die Arbeitskampfstrategie seiner Gewerkschaft preisgibt. Hat die Gewerkschaft eine Möglichkeit, das von ihr vorgeschlagene Aufsichtsratsmitglied sozusagen zu disziplinieren? Dieser Frage soll im Folgenden noch nachgegangen werden.

I. Abberufungsmöglichkeit

Ein von Gewerkschaftsseite vorgeschlagenes Aufsichtsratsmitglied kann vor Ende der Amtszeit gem. § 23 I S.1 MitbestG auf Antrag der vorschlagenden Gewerkschaft abberufen werden. Dazu bedarf es keiner Angabe von Gründen.⁸⁹⁸ Jedoch kann die Gewerkschaft nicht alleine über die Abberufung entscheiden, sondern der Antrag muss vielmehr zunächst vom zuständigen Betriebsrat geprüft werden.⁸⁹⁹ Ist der Antrag nicht offensichtlich unbegründet, so beruft der Betriebsrat den Wahlvorstand ein (§ 100 II 1. WO, § 107 II 2. WO, § 103 II 3. WO).⁹⁰⁰ Dieser hat dann die Aufgabe, das weitere Abberufungsverfahren zu organisieren. Er erlässt unverzüglich ein Abberufungsausschreiben mit allen wesentlichen Informationen.⁹⁰¹ Der weitere Ablauf hängt dann davon ab, ob die Gewerkschaftsvertreter in unmittelbarer Wahl oder durch Delegierte gewählt worden sind. Sind sie von der Belegschaft unmittelbar gewählt worden, so muss auch die Belegschaft wieder unmittelbar über ihre Abberufung entscheiden. Bei einer Wahl durch Delegierte sind auch diese wieder für die Abberufung zuständig. Der Wahlvorstand hat dann die Wahlmännerver-

898 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 23 Rn. 9; Matthes in: GK-MitbestG, § 23 Rn. 23; Koch, S. 131; kritisch zum Verhältnis der Abberufungsregelungen untereinander Ballerstedt, ZGR 1977, S. 133ff., 146.

899 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 23 Rn. 13f.

900 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 23 Rn. 14.

901 Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 23 Rn. 15.

sammlung einzuberufen.⁹⁰² Daraus ergibt sich, dass die Gewerkschaft zwar einen Abberufungsantrag stellen kann und diesen noch nicht einmal begründen muss, im Ergebnis bleibt aber das jeweilige Wahlorgan auch für die Abberufung zuständig, so dass die Gewerkschaft gehalten ist zumindest dem Abberufungsorgan gegenüber den Antrag zu begründen. Die Gewerkschaften verfügen mit dem Recht, ohne Angabe von Gründen ein Abberufungsverfahren beantragen zu können, über ein starkes Druckmittel gegenüber den von ihnen vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedern. Auch wenn sie letztendlich nicht über die Abberufung entscheiden können, so ist doch alleine schon die Drohung mit der Einleitung eines solchen Verfahrens durchaus geeignet, die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat zu disziplinieren.

II. Unterlassungsanspruch

Weiterhin soll untersucht werden, ob die Gewerkschaft die von ihr vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichten kann, bestimmte Handlungen zu unterlassen.

Hier ist zu berücksichtigen, dass auch die Gewerkschaftsvertreter, wie alle anderen Aufsichtsratsmitglieder auch, bei ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat nicht an Weisungen der Gewerkschaft gebunden sind. Das Verlangen der Gewerkschaft, zum Beispiel ein bestimmtes Stimmverhalten zu unterlassen, wäre deswegen rechtswidrig und dürfte nicht befolgt werden. Anderes kann auch nicht aus dem Bestehen eines Schuldverhältnisses oder eines mitgliedschaftlichen Verhältnisses zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gewerkschaft geschlossen werden. Zwar ergeben sich aus diesen Bindungen Treuepflichten⁹⁰³ gegenüber der Gewerkschaft, diese müssen gegenüber der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitgliedes jedoch zurückstehen.⁹⁰⁴

Anders ist dies jedoch in dem Bereich, in dem die Weisung nicht die Tätigkeit als Aufsichtsrat betrifft. Hier überwiegen die vereinsrechtlichen oder eventuellen zusätzlichen schuldrechtlichen Bindungen zur Gewerkschaft. Von Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang sein, inwiefern die Gewerkschaft verlangen kann, dass bestimmte Informationen über sie nicht in den Aufsichtsrat getragen werden, etwa wenn sie befürchten muss, dass ein ihr angehörendes Aufsichtsratsmitglied aus welchen Gründen auch immer Informationen über bevorstehende Arbeitskampfmaßnahmen weitergibt. Die gesellschaftliche Treuebindung verlangt nicht

902 Vgl. § 23 III MitbestG; zum Verfahren auch Matthes in: GK-MitbestG, § 23 Rn. 38ff.

903 Zu den Treuepflichten im Vereinsrecht Lutter, AcP 180, S.84ff.; Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 35ff.

904 Schuelper, S. 13.

die Preisgabe von Informationen aus dem Hauptamt. Eine solche Informationsweitergabe würde die Gewerkschaft in ihrem Recht auf koalitionsspezifische Betätigung und damit ihrer Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG verletzen. Gegen Eingriffe in die Koalitionsfreiheit gewährt die Rechtsprechung einen Unterlassungsanspruch, der sich aus §§ 1004 I BGB i.V.m. § 823 II BGB i.V.m. Art. 9 III GG ergibt.⁹⁰⁵

III. Ausschluss aus der Gewerkschaft

In Betracht zu ziehen ist daneben vor allem ein Ausschluss des Aufsichtsratsmitgliedes aus der Gewerkschaft. Dieser erscheint im Gegensatz zu den Unterlassungsansprüchen als deutlich praxisrelevanter, so dass es sich lohnt, einen genaueren Blick auf seine Voraussetzungen zu werfen.

1. Allgemeine Voraussetzungen des Gewerkschaftsausschlusses

Die Gewerkschaften sind überwiegend in der Rechtsform eines nicht-rechtsfähigen Vereins organisiert.⁹⁰⁶ Demnach richtet sich der Ausschluss eines Mitglieds nach den Vorschriften des Vereinsrechts. Zu unterscheiden ist hier zwischen zwei möglichen Instituten. Zum einen dem Ausschluss als schärfste Form der Vereinsstrafe,⁹⁰⁷ zum anderen der Kündigung des mitgliedschaftlichen Verhältnisses. Unter letztgenannte Kategorie fällt der Ausschluss bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Auch ohne eine entsprechende Satzungsregel kann ein Vereinsmitglied bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgeschlossen werden.⁹⁰⁸ Eines Verschuldens des Auszuschließenden bedarf es dabei nicht.⁹⁰⁹ Ausreichend, aber auch zwingend notwendig, ist, dass der Ausschlussgrund konkret benannt wird.⁹¹⁰ Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Fortbestand der Mitgliedschaft unzumutbar ist und die Gründe dafür in der Person oder

905 Vgl. etwa BAG, NZA 1999, S. 887ff. = BB 1999, S. 1657ff.

906 Palandt/Ellenberger, § 54 Rn. 5; Staudinger/Weick, Einl. zu §§ 21ff. Rn. 9; Schaub-Schaub, § 187 Rn. 8; vgl. zu den Gründen Schöpflin, S. 70.

907 Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 368; Schöpflin, S. 291f.

908 Ständige Rechtsprechung seit BGH, NJW 1959, S. 982ff; vgl. auch Erman/H.P. Westermann, § 39 Rn. 6. Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 350; Schwarz/Schöpflin in: Bamberger/Roth, § 25 Rn. 78; Flume, Allgemeiner Teil I/2, S. 282; Schöpflin, S. 291.

909 Palandt/Ellenberger, § 25 Rn. 27; Erman/H.P. Westermann, § 39 Rn. 4; Friedrich, DStR 1994, S. 61ff., 66; so auch schon BGH NJW 1959, S. 982ff., 983; Benecke, WM 2000, S. 1173ff., 1176 weist jedoch zurecht darauf hin, dass es kaum denkbar ist, bei einem schuldlosen Verhalten einen Ausschluss als sachlich gerechtfertigt anzusehen; differenzierend Reichert, Rn. 2975.

910 Palandt/Ellenberger, § 25 Rn. 27.

dem Verhalten des Mitglieds liegen.⁹¹¹ Liegt ein solcher wichtiger Grund nicht vor, kommt noch ein Ausschluss aufgrund von Satzungsbestimmungen in Betracht. Hierbei handelt es sich um das Institut der Vereinsstrafe.⁹¹² Als Vereinsstrafe ist ein Ausschluss grundsätzlich als Ultima Ratio möglich.⁹¹³ In den Satzungen der Gewerkschaften findet sich meist eine Aufzählung der zur Ausschließung eines Mitglieds führenden Gründe.⁹¹⁴ Danach können unter anderem Satzungsverstöße, gewerkschaftsschädigendes Verhalten, die Mitgliedschaft in einer gegnerischen Organisation oder die Nichtbefolgung von Vorstandsweisungen zum Ausschluss aus der Gewerkschaft führen. In der Satzung vorgesehene Ausschlussgründe müssen nicht die Schwelle zum wichtigen Grund erreichen.⁹¹⁵ Enthält die Satzung einen solchen Katalog, so ist er als abschließend anzusehen, soweit nichts anderes bestimmt ist.⁹¹⁶ Die in der Satzung geregelten Tatbestände müssen klar, eindeutig bestimmbar und durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein.⁹¹⁷ Es gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so dass zu prüfen ist, ob nicht weniger einschneidende Maßnahmen gegenüber dem Mitglied in Betracht kommen, um den angestrebten Zweck zu erreichen.⁹¹⁸

Der Ausschluss aus der Gewerkschaft kann also entweder Vereinsstrafe oder Kündigung sein.⁹¹⁹ Diese Grundsätze gelten auch für nichtrechtsfähige Vereine.⁹²⁰ Das Ausschlussverfahren selbst wird in aller Regel durch die Satzung der Gewerkschaft ausgestaltet. Insbesondere regelt die Satzung in vielen Fällen, welches Organ intern für den Ausschluss zuständig ist. Fehlt eine solche Regelung, ist die Mitgliederversammlung zuständig.⁹²¹

911 Benecke, WM 2000, S. 1173ff., 1176; Reichert, Rn. 2969ff.; BGH NJW 1990, S. 40ff., 41; OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, S. 1276.

912 Vgl. dazu Friedrich, DStR 1994, S. 61ff., 66f.; kritisch Flume, Allgemeiner Teil I/2, S. 334ff.

913 Vgl. Gaumann, NJW 2002, S. 2155ff., 2157.

914 § 10 Nr. 9 und 10 der Satzung der NGG Hessen/Rheinland-Pfalz/Saar; § 6 I der Satzung der GdP Hessen; § 12 Nr. 1 der Satzung der ver.di; § 10 der Satzung der IG Metall.

915 So zumindest die h.M. vgl. Benecke, WM 2000 S. 1173ff., 1175; jurisPK-BGB/Otto, § 39 Rn. 14; Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 32.

916 Benecke, WM 2000, S. 1173ff., 1174; vgl. auch Reichert, Rn. 2961.

917 jurisPK-BGB/Otto, § 39 Rn. 14.

918 Popp, JuS 1980, S. 798ff., 803.

919 So die h.M. vgl. BGHZ 21, 370ff., 374; OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, S. 1276.; Schwarz/Schöpflin in: Bamberger/Roth, § 25 Rn. 74.

920 Schöpflin, S. 292; Erman/H.P.Westermann, § 54 Rn. 6.

921 Erman/H.P.Westermann, § 39 Rn. 4.

Es kommt auch immer wieder zu Gerichtsentscheidungen über einen Gewerkschaftsausschluss.⁹²² Grundsätzlich räumen die Gerichte den Vereinen einen weiten Ermessensspielraum bei der Ausübung ihrer Vereinsautonomie und somit auch beim Ausspruch von Vereinsstrafen ein.⁹²³ Die Prüfungskompetenz der Gerichte wird dort zugunsten der Verbandsautonomie zurückgenommen. Der Ausschluss ist in solchen Fällen nur auf offenbare Unbilligkeit oder Willkür überprüfbar.⁹²⁴ Überprüft werden außerdem die Rechtmäßigkeit der Satzung, die Feststellung der Tatsachen und die Subsumtion der Tatsachen unter die Satzungsnorm.⁹²⁵ Eine vollständige Überprüfung erfolgt allerdings dort, wo es sich nicht um eine Vereinsstrafe, sondern um einen sonstigen wichtigen Grund handelt.⁹²⁶

Daneben gilt es, bei den Gewerkschaften weitere Besonderheiten zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung kann ein Vereinsausschluss auch dann umfassend gerichtlich überprüft werden, wenn es sich bei dem Verein um einen Monopolverband oder eine Vereinigung mit einer übertragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich handelt.⁹²⁷ Darunter sind zumindest in aller Regel die DGB-Mitglieds-Gewerkschaften zu subsumieren.⁹²⁸ Der Ausschluss aus einer Gewerkschaft muss damit durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein.⁹²⁹ Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass solche Verbände grundsätzlich verpflichtet sind, beitrittswillige Personen aufzunehmen. Spiegelbildlich dazu darf nach Ansicht des BGH dann auch der Ausschluss nicht im freien Ermessen des Verbandes liegen.⁹³⁰ Andererseits billigt die Rechtsprechung auch den Gewerkschaften einen Wert- und Zielsetzungsspielraum zu. Die Wertmaßstäbe des Verbandes sind auch für die Gerichte bei

922 Stellvertretend etwa OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00; BGH NJW 1991, S. 485ff.; BVerfG, NZA 1999, S. 713ff.

923 Vgl. Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 31ff.

924 OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn.36; BGH NJW 1988, S. 552ff., 555; dazu Hadding/van Look, ZGR 1988, S. 270ff.; BGH NJW 1984, S. 918ff., 919; BGH NJW 1991, S. 485ff., 485; BGHZ 13, S.5ff.; Reichert, Rn. 3342ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 380; kritisch Schöpflin, S. 292f.

925 Vgl. BGH, NJW 1984, S. 918ff., 919; zu den Einzelfragen Benecke, WM 2000, S. 1173ff., 1176; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 376f.

926 Reichert, Rn. 3106; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 379 jeweils m.w.N.

927 BGH NJW 1988, S. 552ff., 555; OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn. 37; BGH, NJW 1997, S. 3368ff., 3370; jurisPK-BGB/Otto, § 39 Rn. 15; Reichert, Rn. 3342; kritisch dazu Hadding/van Look, ZGR 1988, S. 277f.

928 OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn. 38.

929 OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn. 37; BGH NJW 1988, S. 522ff., 555; BGH, NJW 1997, S. 3368ff., 3370; vgl. auch Benecke, WM 2000, S. 1173ff., 1176; jurisPK-BGB/Otto, § 39 Rn. 15.

930 BGH NJW 1988, S. 552ff., 555.

ihrer Überprüfung zwingend und können nicht durch eigene Erwägungen ersetzt werden.⁹³¹

2. Auswirkungen auf die gewerkschaftlichen Funktionsträger im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung

Welche Auswirkungen hat nun dieser Befund für die Arbeit eines Gewerkschaftsvertreters im Aufsichtsrat? Konfliktpotential könnte sich insbesondere im Arbeitskampf ergeben, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied unter Verweis auf die Verschwiegenheitspflicht weigert, einem allzu detaillierten Berichtsverlangen der Gewerkschaft nachzukommen oder auch im Rahmen von Wahlen zum Aufsichtsrat.

Zunächst ist klarzustellen, dass ein Ausschluss aus der Gewerkschaft keine Auswirkungen auf das Aufsichtsratsmandat des betroffenen Mitglieds hat.⁹³² Das ergibt sich schon daraus, dass als „Vertreter der Gewerkschaften“ nicht zwingend Gewerkschaftsmitglieder gewählt werden müssen.⁹³³ Natürlich wird der Verlust der Gewerkschaftsmitgliedschaft durch einen Ausschluss dazu führen, dass der Mandatsträger bei der nächsten Wahl von seiner ehemaligen Gewerkschaft nicht mehr für diesen Posten vorgeschlagen wird oder eventuell von der Gewerkschaft ein Abberufungsverfahren eingeleitet wird. Andererseits ist zu beachten, dass es sich bei der Einleitung eines gewerkschaftlichen Ausschlussverfahrens um ein gewichtiges Druckmittel gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied handelt. Gerade höherrangige Gewerkschaftsfunktionäre sind im Regelfall entweder bereits hauptberuflich bei der Gewerkschaft angestellt oder für ihr berufliches Fortkommen ganz erheblich auf die Unterstützung der Gewerkschaft angewiesen. Stellt man nun den Bezug zu den in der Satzung oft geregelten Ausschlussgründen wie Nichtbefolgung von Weisungen oder gewerkschaftsschädigendes Verhalten her, so lässt sich mit Recht die Unabhängigkeit der gewerkschaftlich organisierten Aufsichtsratsmitglieder anzweifeln. Das gilt in verstärktem Maße für die Aufsichtsratsmitglieder, die von den Gewerkschaften vorgeschlagen werden. In der Regel handelt es sich bei ihnen um hauptamtliche Funktionäre. Ihr Ausschluss aus der Gewerkschaft würde in aller Regel auch eine Kündigung des Dienstverhältnisses nach sich ziehen. Inwieweit die Gewerkschaft in einer Konfliktsituation Einfluss auf ein von ihr vorgeschlagenes Aufsichtsratsmitglied nimmt und ob sich dieses von Weisungen beeinflussen lässt, ist zum einen von außen kaum ersichtlich, zum anderen wesentlich von

931 BGH NJW 1988, S. 522ff., 555; OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn.37; so auch Popp, JuS 1980, S. 798ff., 803.

932 Westerath in: GK-MitbestG, § 16 Rn. 23; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, §16 Rn.8; vgl. auch MüKoAktG/Gach, § 16 MitbestG, Rn. 8.

933 Vgl. oben unter B I.

den beteiligten Personen abhängig. Identifiziert sich das Gewerkschaftsmitglied schon vollends mit seiner Rolle als Aufsichtsratsmitglied, wird es auch eventuellen informellen Einflussnahmen widerstehen, auch wenn es dadurch zu Konflikten mit der Gewerkschaft kommen könnte. Ob dies, zum Beispiel auch bei Drohung mit einem Gewerkschaftsausschluss der Fall sein wird, kann jedoch bezweifelt werden. Jedenfalls droht allzu „unbequemen“ Aufsichtsratsmitgliedern die Nichtberücksichtigung bei den Wahlvorschlägen für die nächste Aufsichtsratswahl. Es besteht folglich zumindest eine unterschwellige politische Abhängigkeit besonders der von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder.⁹³⁴

Natürlich sind die Gewerkschaften immer wieder bestrebt, die Unabhängigkeit „ihrer“ Aufsichtsräte zu betonen.⁹³⁵ Im Ergebnis ist jedoch gerade in Konfliktsituationen, wie zum Beispiel dem Arbeitskampf, die Gefahr einer Einflussnahme nicht zu leugnen. Auch an dieser Stelle stellt sich die Arbeit der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat erneut als schwieriger Balanceakt zwischen der Gewerkschaftsarbeit und den Pflichten als Aufsichtsrat dar.

a. Unzulässigkeit eines Gewerkschaftsausschlusses nach § 26 MitbestG analog?

Es stellt sich die Frage, ob es eine rechtliche Möglichkeit gibt, einen Ausschluss aus der Gewerkschaft wegen dessen Verhaltens als Aufsichtsrat von vorneherein auszuschließen, um das Aufsichtsratsmitglied dieser Sorge zu entheben. Vor einer missbräuchlichen Einflussnahme durch den Arbeitgeber oder sonstigen Personen sind die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter umfassend durch § 26 S. 1 MitbestG geschützt. § 26 S. 2 MitbestG enthält ein Verbot der Benachteiligung wegen der Tätigkeit im Aufsichtsrat. Der Unterschied zwischen § 26 S. 1 MitbestG und S. 2 besteht im Wesentlichen darin, dass S. 1 die Organtätigkeit schützt, während S. 2 in erster Linie Schutz außerhalb der Organtätigkeit bietet. Jedermann ist es verboten, einen Arbeitnehmervertreter wegen dessen Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens, dessen Arbeitnehmer es ist, schlechter zu stellen als andere Arbeitnehmer. Vereinzelt ist in der Literatur angedeutet worden, dass auch Gewerkschaften als Verpflichtete dieses Benachteiligungsverbotes im Bezug zum Beispiel auf einen eventuellen Gewerkschaftsausschluss in Betracht kommen.⁹³⁶ Dies ist in der Tat für die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder

934 So auch Ensich, S. 127.

935 Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Nr. 10, herausgegeben von der Hans-Boeckler-Stiftung, unter B. 9. abzurufen unter http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_araete_10.pdf; Schmoldt in: Rieble, S. 141ff., 144.

936 Naendrup in: GK-MitbestG, § 26 Rn. 19, der jedoch bereits davon ausgeht, dass sich das Benachteiligungsverbot an jedermann richtet.

zutreffend. Eine unmittelbare Anwendung von § 26 S. 2 MitbestG scheidet dagegen hinsichtlich der externen Aufsichtsratsmitglieder und damit insbesondere einer Mehrheit der Gewerkschaftsvertreter auf Grund des eindeutigen Wortlautes aus.

Es ist somit zu prüfen, ob § 26 S. 2 und 3 MitbestG insofern im Wege einer Analogie auf die externen Gewerkschaftsfunktionäre ausgedehnt werden kann. Dafür spricht der Sinn und Zweck der Regelung des § 26 S. 2 und 3 MitbestG. Der Gesetzgeber wollte mit ihr vor allem die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitgliedes sichern.⁹³⁷ Nicht zu übersehen ist die Parallele zum aktienrechtlichen Organschutz in § 117 AktG. Mag der Gesetzgeber bei Erlass der Vorschrift in erster Linie die offensichtliche Möglichkeit der Einflussnahme des Arbeitgebers auf die unternehmensangehörigen Gewerkschaftsmitglieder im Auge gehabt haben, so besteht durch die Möglichkeit des Gewerkschaftsausschlusses auch ein nicht unwesentlicher Einfluss auf die externen Gewerkschaftsvertreter. Zudem bleibt zu berücksichtigen, dass die nicht unternehmensangehörigen Gewerkschaftsvertreter häufig in einem dienstvertraglichen Verhältnis zu der vorschlagenden Gewerkschaft stehen. Sie sind damit ebenso von der Gewerkschaft abhängig wie die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter vom Unternehmen als Arbeitgeber. Sie bedürfen damit ebenso eines Diskriminierungsschutzes wie die anderen Arbeitnehmervertreter.

Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass ein gewerkschaftlich organisiertes und nicht unternehmensangehöriges Aufsichtsratsmitglied gem. § 26 S. 2 und S. 3 MitbestG analog, dann nicht wegen seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat aus der Gewerkschaft ausgeschlossen werden darf, wenn das zur Begründung des Ausschlusses herangezogene Verhalten in den Tätigkeitsbereich der Aufsichtsratsarbeit fällt. Ein Ausschluss wegen eines Verhaltens, das nicht mit der Aufsichtsrats Tätigkeit in Zusammenhang steht, bleibt dagegen weiterhin möglich.

b. Ausschluss wegen gewerkschaftsschädigenden Verhaltens im Rahmen von Aufsichtsratswahlen

Besonders problematisch ist der Gewerkschaftsausschluss, wenn das Anstoß erregende Verhalten im Zusammenhang mit einer Aufsichtsratswahl steht. Häufig Gegenstand von Gerichtsentscheidungen waren Fälle, in denen Gewerkschaftsmitglieder bei Betriebsratswahlen auf konkurrierenden Listen kandidiert haben, weil sie mit der Politik ihrer Gewerkschaft nicht mehr zufrieden waren.⁹³⁸ Unter dem Strich stand dann letzten Endes oft der Ausschluss aus der Gewerkschaft wegen gewerk-

937 Naendrup in: GK-MitbestG, § 26 Rn. 2.

938 Vgl. BGH, NJW 1988, S. 552ff; BGHZ 45, S. 314ff.; BVerfG, NZA 1999, S. 713ff.

schaftsschädigenden Verhaltens. Ein solcher Ausschluss ist vom BVerfG im Jahre 1999 entgegen der langjährigen Rechtsprechung des BGH gebilligt worden.⁹³⁹

Aber fangen wir vorne an. Die Rechtsprechung ist bisher mit dieser Problematik nur im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts konfrontiert worden. § 20 II BetrVG verbietet die Beeinflussung der Betriebsratswahl durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen. Das Beeinflussungsverbot wendet sich dem Wortlaut nach („niemand“) nicht nur an die Unternehmensleitung, sondern ebenso an außenstehende Dritte, so dass auch Gewerkschaften darunter fallen.⁹⁴⁰ Danach ist es Gewerkschaften etwa verwehrt, durch Drohung mit einem Ausschluss aus dem Verband die Mitglieder zur Wahl der Gewerkschaftsliste zu zwingen.⁹⁴¹ Der Verlust der Gewerkschaftsmitgliedschaft stellt schon deshalb einen Nachteil dar, weil das betroffene Mitglied dadurch die Möglichkeit verliert, sich an der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aktiv zu beteiligen.⁹⁴² Daraus hat der BGH in langjähriger Rechtsprechung geschlossen, dass ein Gewerkschaftsausschluss aufgrund der Kandidatur auf einer gewerkschaftsfremden Liste wegen Verstoßes gegen das Beeinflussungsverbot des § 20 II BetrVG unzulässig sei, solange das Gewerkschaftsmitglied die Kandidatur nicht über die allgemeine Stimmenwerbung hinaus zur Verunglimpfung der Gewerkschaft missbraucht.⁹⁴³ Das Bundesverfassungsgericht ist dem 1999 entgegengetreten und hat im Ergebnis die Rolle der Gewerkschaften bei der Betriebsratswahl aufgrund der Koalitionsbetätigungsfreiheit als schutzwürdiger angesehen.⁹⁴⁴ Es knüpft damit an die ältere Rechtsprechung des BAG zu dieser Frage an.⁹⁴⁵ Die Gewerkschaften seien auf die Solidarität ihrer Mitglieder und ein geschlossenes Auftreten nach außen angewiesen. Nur so seien sie dazu in der Lage die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder nachhaltig und effektiv zu fördern.⁹⁴⁶ Die Kandidatur auf einer gewerkschaftsfremden Liste sei geeignet, das Bild der Geschlossenheit innerhalb der Gewerkschaft zu erschüttern.⁹⁴⁷ Das BVerfG begründet seine Entscheidung weiter damit, dass auch die Gegnerfreiheit der Gewerkschaften wesentliches

939 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff.

940 Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 14.

941 Raiser/Veil, § 20 Rn. 9.

942 Sachse, AuR 1999, S. 387ff., 387; vgl. auch Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 9.

943 BGH, NJW 1988, S. 852ff., 855; BGH, NJW 1978, S. 1370ff., 1371.

944 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff.

945 BAG, Beschluss vom 02.12.1960, AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1952.

946 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

947 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

Element für ihre Durchsetzungsfähigkeit und folglich im Ergebnis auch für ihre Tariffähigkeit sei.⁹⁴⁸ Daraus schließt es dann, dass den Gewerkschaften nicht verwehrt werden können, sich vor gegnerischen Einflüssen etwa durch Regelungen in der Satzung zu schützen.⁹⁴⁹ Hinter diesen Gedanken trete die individuelle Koalitionsfreiheit der einzelnen Mitglieder der Gewerkschaft zurück, insbesondere weil diese sich mit ihrem Beitritt freiwillig der Satzungsautonomie des Verbandes unterworfen hätten.⁹⁵⁰ An dem gefundenen Ergebnis ändere auch der Zweck des § 20 II BetrVG nichts. Eine unbeeinflusste Betriebsratswahl sei zwar im Hinblick auf die Machtstellung des Betriebsrats ein hochrangiges Ziel, die Legitimität der Wahl des Betriebsrats sei jedoch durch eine innergewerkschaftliche Disziplinierung nicht beeinträchtigt.⁹⁵¹ Die Entscheidung des Gerichts hat in der Literatur zum Teil erhebliche Kritik erfahren.⁹⁵²

Nun soll allerdings die Ebene des Betriebsverfassungsrechts auch schon wieder verlassen werden. Im Mitbestimmungsgesetz regelt § 20 II MitbestG einen – dem Wortlaut nach § 20 II BetrVG entsprechenden – Wahlschutz im Rahmen der Aufsichtsratswahlen. Kann die Rechtsprechung des BVerfG nun auch auf das MitbestG und die Gewerkschaftsmitglieder im Aufsichtsrat übertragen werden?

Die Meinungen in dieser Frage gehen in der Literatur auseinander. Während Raiser die Differenzierung der BGH-Rechtsprechung zu dieser Frage für sachgerecht hält,⁹⁵³ sehen Köstler/Fuchs in der Sanktionierung der Kandidatur auf gewerkschaftsfremden Listen oder deren Unterstützung keine unzulässige Wahlbeeinflussung.⁹⁵⁴ Keine Gefahr für eine Wahlbeeinflussung in dieser Hinsicht besteht bezüglich der von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder. Die Verbände haben es ja von vornherein in der Hand, wen sie aufstellen. Dies ist auch vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt. Dass ein Gewerkschaftsmitglied von einer konkurrierenden Gewerkschaft vorgeschlagen wird, ist kaum denkbar.⁹⁵⁵ Praktisch relevant geworden ist allerdings der Fall, dass Gewerkschaftsmitglieder den Wahlvorschlag ihrer eigenen Gewerkschaft be-

948 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

949 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

950 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

951 BVerfG, NZA 1999, S. 713ff., 714.

952 Reuter, RdA 2000, S. 101ff.; Gaumann, NJW 2002, S. 2156ff.; zustimmend Sachse, AuR 1999, S. 387ff.; Gamillscheg, KollArbR, Band II, S. 451; Wißmann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 280 Rn. 34.

953 Raiser/Veil, § 20 Rn. 10; so auch Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 20 Rn. 31.

954 Fuchs/Köstler, Rn. 596; so auch Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 41.

955 Vgl. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 38.

kämpfen. Werden solche Mitglieder deswegen aus dem Verband ausgeschlossen, liegt keine unzulässige Wahlbeeinflussung vor.⁹⁵⁶ In einem solchen Fall ist die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften höher zu bewerten. Die Mitglieder haben den Vorschlag ihres Verbandes zu akzeptieren.⁹⁵⁷ Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn er in einem fehlerhaften Verfahren zustande gekommen ist.⁹⁵⁸

Relevant wird das Problem der Kandidatur auf einer konkurrierenden Liste aber vor allem bei den von der Belegschaft vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedern. Dass bei dieser Wahl, genauso wie bei der Betriebsratswahl, den Gewerkschaftslisten von der Belegschaft ein erhöhter Stellenwert beigemessen wird, wurde bereits oben angedeutet.⁹⁵⁹ Auch hier ist der Fall vorstellbar, dass ein Gewerkschaftsmitglied auf einer konkurrierenden Liste kandidiert, um seiner Unzufriedenheit mit der Politik der eigenen Gewerkschaft Ausdruck zu verleihen. Ist die Gewerkschaft auch in diesem Fall berechtigt, das betroffene Mitglied auszuschließen? Die Argumentation des BVerfG zum Betriebsverfassungsrecht kann auf den ersten Blick auf die Unternehmensmitbestimmung übertragen werden. Schon das BAG ist in einer frühen Entscheidung davon ausgegangen, dass die Wahlen zum Betriebsrat und zum Aufsichtsrat nach dem BetrVG 1952 vergleichbar seien.⁹⁶⁰ Auch hier hat die Gewerkschaft ein Interesse an einem einheitlichen Auftreten in der Öffentlichkeit. Eine Kandidatur auf einer konkurrierenden Liste würde, genauso wie im Rahmen der Betriebsverfassung, in den Augen der Arbeitnehmer Schwäche und Uneinheitlichkeit darstellen und die gewerkschaftliche Durchsetzungskraft, insbesondere auf tariflicher Ebene, in Frage stellen. Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass die Rechtsstellung der Gewerkschaften im Rahmen der Aufsichtsratswahl anders und vor allem schwächer ausgestaltet ist als im Rahmen der Betriebsratswahl. Die Gewerkschaft hat im Rahmen der Betriebsverfassung das Recht, Wahlvorschläge bzgl. aller Betriebsratsmitglieder einzureichen (vgl. § 14 III BetrVG). Zur Zeit der Entscheidung des BAG zu § 19 BetrVG gab es dieses Recht der Gewerkschaften noch nicht. Insofern war die Auffassung des Gerichts durchaus berechtigt, die Rechtslage sei mit derjenigen bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nach dem BetrVG 1952 vergleichbar.⁹⁶¹ Zum heutigen Zeitpunkt kann sie allerdings nicht mehr überzeugen. Zu beachten sind die Unterschiede zwischen der Funktion der Gewerkschaften im Rahmen der Betriebsverfassung und der Unternehmensmit-

956 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 38.

957 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 38.

958 Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 43.

959 Oben unter B I.

960 BAG, Beschluss vom 02.10.1960, AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG.

961 BAG, Beschluss vom 02.10.1960, AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG, Bl. 522.

bestimmung. Während in der Betriebsverfassung die Beteiligung der Gewerkschaften so wesentlich ist, dass sich ein Funktionieren der Betriebsratsarbeit ohne sie in Zweifel ziehen lässt,⁹⁶² so könnte ein Aufsichtsrat auch ohne die Beteiligung der Gewerkschaften effektiv arbeiten. Das MitbestG und die Montanmitbestimmungsgesetze sehen ein Vorschlagsrecht der Gewerkschaften nur für einen Teil der Arbeitnehmervertreter, der „Vertreter der Gewerkschaften“, vor. Ansonsten sind sie darauf angewiesen, dass ihre Mitglieder sich im Rahmen der Wahl organisieren und einen mit dem Namen der Gewerkschaft überschriebenen Wahlvorschlag einreichen. Dass dies in der Praxis der Regelfall ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber den Gewerkschaften bewusst kein Vorschlagsrecht eingeräumt, sondern der Belegschaft die Aufstellung von Kandidatenlisten überantwortet hat. Wenn den Gewerkschaften schon nicht das Recht zusteht, eigene Wahlvorschläge für die Arbeitnehmervertreter einzureichen, dann kann ihnen erst recht nicht das Recht zustehen, ihre Mitglieder zu zwingen, auf der von ihren Mitgliedern freiwillig mit ihrem Namen gekennzeichneten Liste zu kandidieren. Die Gewerkschaften sind schließlich darauf angewiesen, dass ihre Mitglieder im Unternehmen ihren Wahlvorschlag mit dem Namen der Gewerkschaft kennzeichnen. Erzwingen können sie dies nicht. Der Koalitionsfreiheit in Form des Rechts auf Beteiligung an den Einrichtungen der Mitbestimmung ist durch das ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften bzgl. der zwei bzw. drei „Vertreter der Gewerkschaften“ und der Möglichkeit der Gewerkschaftsmitglieder, ihren Wahlvorschlag mit dem Namen der Gewerkschaft zu versehen, genüge getan.⁹⁶³ Auch die Gegnerfreiheit wird nicht tangiert, sofern das betreffende Gewerkschaftsmitglied sich unsachlichen Angriffen auf seine Gewerkschaft enthält. Eine sachliche Kritik an der bisherigen Politik der Gewerkschaften muss im Kampf um Wählerstimmen jedoch erlaubt sein. Außerdem besagt der Grundsatz der Gegnerfreiheit nur, dass die Gewerkschaften, um tariffähig zu sein, nicht vom sozialen Gegenspieler beeinflusst werden dürfen. Der soziale Gegenspieler der Gewerkschaften heißt aber immer noch Arbeitgeber, und nicht „kritisches Mitglied“. Auch würde eine Übertragung der Rechtsprechung des BVerfG auf die Unternehmensmitbestimmung Minderheiten innerhalb der Gewerkschaft, deren Politik aber die überwiegende Zustimmung der Belegschaft im Unternehmen findet, die Möglichkeit nehmen Wahlvorschläge einzureichen.⁹⁶⁴

962 Vgl. Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 18ff, der im Ergebnis daraus eine einschränkende Interpretation von § 20 II BetrVG ableitet und die Androhung eines Gewerkschaftsausschlusses gar nicht von der Regelung als erfasst ansieht.

963 In diese Richtung wohl auch: Oetker in: GroßkommAktG, § 20 MitbestG, Rn. 16; a.A. Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 41.

964 Vgl. Henssler in: Ulmer/Henssler/Habersack, § 20 Rn. 31.

Eine andere Bewertung ergibt sich im Rahmen der Aufsichtsratswahlen auch nicht aus der verbandsrechtlichen Loyalitäts- und Förderpflicht.⁹⁶⁵ Eine solche Begründung für einen Gewerkschaftsausschluss wird man im Bereich der Betriebsratswahlen für zulässig erachten können, da es dort in der Tat um einen Wahlkampf der Gewerkschaften selbst geht. Die Loyalitäts- und Förderpflicht zugunsten der Verbandsinteressen kann in einem solchen Fall das betriebsverfassungsrechtliche Beeinflussungsverbot einschränken.⁹⁶⁶ Dies kann jedoch nicht für die Aufsichtsratswahl gelten. Auch hier ist wiederum auf die schwache Stellung der Gewerkschaften im Rahmen der Aufsichtsratswahl zu verweisen. Es soll sich gerade nicht um einen Wahlkampf der Gewerkschaften, sondern zwischen Vorschlägen der Arbeitnehmer handeln, so dass den Gewerkschaften allenfalls eine Unterstützungsfunktion zukommen kann. Insofern beansprucht das gesetzliche Verbot des § 20 II MitbestG hier auch gegenüber den Gewerkschaften Geltung. Somit lässt sich letztendlich feststellen, dass im Rahmen der Aufsichtsratswahlen auch nach dem Urteil des BVerfG ein Gewerkschaftsausschluss wegen Kandidatur auf einer gewerkschaftsfremden Liste oder der Werbung für eine solche nur dann in Betracht kommt, wenn das betroffene Mitglied über eine sachliche Werbung um Wählerstimmen hinaus seine Gewerkschaft generell angegriffen hat.⁹⁶⁷

Man wird meines Erachtens deshalb zwischen der Kandidatur oder der Werbung für eine Liste einer anderen Gewerkschaft und einer „freien Liste“ differenzieren müssen. Die Kandidatur auf der Liste einer gegnerischen Gewerkschaft verstößt gegen die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft, der das betroffene Mitglied angehört. Die Interessen des einzelnen Mitglieds müssen dann hinter die Koalitionsfreiheit und damit das Recht der Gewerkschaften, die Solidarität der Mitglieder mit dem Verband sicherzustellen, zurücktreten, wenn das Mitglieder auf der Liste einer anderen Gewerkschaft kandidieren will. Hier muss es sich fragen lassen, warum es nicht der anderen Gewerkschaft beitrifft, wenn es doch deren Politik für vorzugswürdig hält. Aus Gründen des Minderheitenschutzes darf jedoch die Kandidatur auf einer „freien Liste“ nicht mit einem Verbandsausschluss geahndet werden. Eine solche Maßnahme wäre

965 So aber Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, § 20 Rn. 38.

966 Vgl. dazu Zöllner, Gewerkschaftsausschluss, S. 35ff.

967 A.A. unter Verweis auf unpassende Urteile Fuchs/Köstler, Rn. 596: die Urteile BAG AP Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 zu § 19 BetrVG 1952 befassen sich ausschließlich mit der Betriebsratswahl; das Urteil BGH Betr 1991, S.252ff. = EWiR Nr. 1 zu § 20 MitbestG = NJW-RR 1992, S. 246ff. befasste sich mit gewerkschaftsfeindlichem Verhalten durch Kritik an gewerkschaftlichen Kandidaten ohne eigene Kandidatur zum Aufsichtsrat, so dass der Wahlschutz nicht zugunsten der ausgeschlossenen Gewerkschaftsmitglieder eingreifen konnte; daneben Kehrman in: PraxiskommMitbestG, § 20 Rn. 13.

wegen Verstoßes gegen § 20 II MitbestG unzulässig. Unzulässig ist ein Gewerkschaftsausschluss auch dann, wenn die Liste der eigenen Gewerkschaft nicht unter Einhaltung von demokratischen Prinzipien zustande gekommen ist. Hier überwiegt der Schutz der Aufsichtsratswahlen.⁹⁶⁸

Liegt ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 20 II MitbestG vor, so ist die Aufsichtsratswahl nach den §§ 21, 22 MitbestG anfechtbar.

c. Ausschluss wegen Nichtabführung von Aufsichtsrats-tantiemen

Praktische Relevanz haben Gewerkschaftsausschlüsse auch im Bereich der Tantiemenabführung erlangt.⁹⁶⁹ Die Rechtsprechung musste entscheiden, ob in der Satzung einer Gewerkschaft eine Verpflichtung zur Abführung eines Teils der Aufsichtsratsvergütung geregelt werden kann.⁹⁷⁰ Das OLG Frankfurt hat diese Praxis gebilligt.⁹⁷¹ Das LG München hat allerdings zusätzlich darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Satzungsbestimmung der Zustimmung des Aufsichtsratsmitgliedes bedürfe.⁹⁷²

Der DGB hat am 19.10.2005 beschlossen, dass unter anderem bei Aufsichtsratswahlen nur solche Mitglieder unterstützt werden, die sich verpflichten, die von ihm aufgestellten Abführungsregeln zu beachten. Damit lässt sich die momentane Rechtslage wie folgt zusammenfassen: Eine Pflicht zur Abführung eines Teils der Aufsichtsratsvergütung besteht nur, soweit das Gewerkschaftsmitglied dem zugestimmt hat. Ohne eine entsprechende Zustimmungserklärung erhält das Mitglied jedoch keine Unterstützung bei den Wahlen zum Aufsichtsrat. Man wird also davon ausgehen können, dass die Gewerkschaften nur solche Mitglieder für Aufsichtsratsposten vorschlagen, die eine Zustimmungserklärung abgegeben haben. Andererseits besteht ohne Zustimmungserklärung derzeit wohl keine Verpflichtung für Gewerkschaftsmitglieder, die als unternehmensangehörige Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat gewählt werden, ihre Vergütung an die in der Satzung der Gewerkschaft genannten Institutionen abzuführen.

968 Vgl. ErfK/Eisemann/Koch, § 20 BetrVG Rn. 7.

969 Vgl. zur praktischen Handhabung Hans-Jürgen Moritz, Aufseher unter laxer Aufsicht, in: Focus Nr. 14 2008.

970 LG München, NJW 2005, S. 1724ff.; OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 3 U 177/00 juris Rn. 39ff.

971 OLG Frankfurt, Urt. vom 22.08.2001, Az. 23 U 177/00 juris Rn. 39ff.; so auch LG Ellwangen, Urt. vom 03.09.2005, Az. 2 O 505/04 und LG Stuttgart, NZG 2008, S. 558ff.

972 LG München, NJW 2005, S. 1724ff., 1725.

IV. Schadensersatzansprüche

Im Extremfall kann die Gewerkschaft sogar ein Interesse daran haben, einen ihr durch die Aufsichtsratsarbeit ihres Vertreters entstandenen Schaden ersetzt zu bekommen. Auch hier gilt, dass Schadensersatzansprüche nicht wegen eines Verhaltens im Bereich der Aufsichtsratsarbeit in Betracht kommen. Selbst wenn ein Aufsichtsratsmitglied einer Maßnahme zustimmt, die der Gewerkschaft einen Schaden zufügt, so führt doch der Vorstand die Maßnahme aus. Es haftet dann die Gesellschaft für die Maßnahmen ihres Vorstandes. Eine Ausnahme bildet entsprechend wieder eine Weitergabe von Informationen aus der Gewerkschaft an die Gesellschaft, welche die Gewerkschaft in ihrem Recht auf koalitionspezifische Betätigung beeinträchtigen würden. Allerdings werden auch diese theoretisch denkbaren Ansprüche in der Praxis kaum durchzusetzen sein. Große Schwierigkeiten wird alleine schon das Beziffern des Schadens bereiten.

I. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für zwei bzw. drei Aufsichtsratsmitglieder gem. § 7 II i.V.m. § 16 II MitbestG verstößt gegen Art. 9 I GG. Eine Rechtfertigung für den Eingriff in die Vereinigungsfreiheit der Gesellschaft ist nicht ersichtlich. Ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände, der einzelnen Gesellschaft als Arbeitgeber oder der nichtorganisierten Arbeitnehmer liegt nicht vor.
2. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und damit auch der Gewerkschaftsrepräsentanten gilt auch gegenüber dem Betriebsrat, der Gewerkschaft und der Belegschaft.
3. Ein Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat darf sich in einem gewissen Umfang auch aktiv an der Durchführung von Streiks gegen das mitbestimmte Unternehmen beteiligen. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo das Aufsichtsratsmitglied einen wesentlichen Einfluss auf die Streikdurchführung nimmt. Eine solche Beteiligung etwa an der Streikleitung oder durch öffentlichkeitswirksame Streikaufrufe ist mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht zu vereinbaren.
4. Ein Ausschluss des Stimmrechts im Aufsichtsrat kommt nur in den engen Grenzen des § 34 BGB, welcher analog anzuwenden ist, in Betracht. Danach ist ein Gewerkschaftsvertreter etwa dann von der Beschlussfassung ausgeschlossen, wenn über einen Tarifvertrag abgestimmt werden soll, den er als rechtsgeschäftlicher Vertreter der Gewerkschaft mit dem Vorstand ausgehandelt hat. Kein Stimmrechtsausschluss kommt dagegen bei der Abstimmung über Gegenmaßnahmen im Arbeitskampf in Betracht.
5. Auch der Ausschluss des Teilnahme- und Informationsrechts kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. In jedem Fall bedarf es der konkreten Gefahr eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht, es sei denn, das Aufsichtsratsmitglied kann die Informationen etwa bei Tarifverhandlungen unmittelbar zum Schaden der Gesellschaft verwerten, ohne gegen die Verschwiegenheitspflicht zu verstoßen.

Ein Teilnahmeausschluss kommt außerdem dann in Betracht, wenn die Teilnahme des Gewerkschaftsvertreters eine sachliche Beratung im Aufsichtsrat unmöglich machen würde.
6. Verstößt das Aufsichtsratsmitglied gegen seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, so kommen sowohl Unterlassungs- als auch Schadensersatzansprüche in Betracht. Der Nachweis der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen gestaltet sich insbesondere hinsichtlich der Schadensersatzansprüche allerdings schwierig. Daneben besteht gegebenenfalls die

Möglichkeit, das betroffene Aufsichtsratsmitglied gem. § 103 III AktG durch ein Gericht abberufen zu lassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

7. Die vorschlagende Gewerkschaft ist gegenüber ihrem Aufsichtsratsmitglied nicht weisungsberechtigt. Schadensersatzansprüche gegen ein vorgeschlagenes Aufsichtsratsmitglied kommen wegen eines Verhaltens im Rahmen der Aufsichtsrats Tätigkeit nicht in Betracht. Nur bei einer gegen die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft oder eine verbandsrechtliche Verschwiegenheitspflicht verstoßenden Informationsweitergabe sind Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche möglich.

8. Ein Ausschluss eines Gewerkschaftsmitgliedes aus dem Verband wegen dessen Verhaltens im Aufsichtsrat kann gegen § 26 S. 2 MitbestG (analog) verstoßen. Möglich ist ein Gewerkschaftsausschluss allerdings dann, wenn das Gewerkschaftsmitglied den Wahlvorschlag seiner Gewerkschaft bekämpft oder auf der Liste einer anderen Gewerkschaft kandidiert. Nicht dagegen, wenn es statt auf einer gewerkschaftlich unterstützten Liste auf einer sog. „freien Liste“ kandidiert.

J. Epilog

Die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat können sicherlich nicht als Märchenprinzen der Unternehmer bezeichnet werden. Dementsprechend dürfte die Beteiligung der Gewerkschaften aus Sicht der Anteilseigner auch kaum die Bezeichnung jener literarischen Gattung verdient haben, an deren Ende grundsätzlich alle glücklich und zufrieden den Rest ihres Lebens verbringen. Ob diese Sicht berechtigt ist, bedarf einer kontinuierlichen und vor allem sachlichen Diskussion in der Zukunft. Wenn diese Arbeit zu einem eben solchen Austausch von Argumenten anregen konnte, so hat der Verfasser ein gestecktes Ziel erreichen können. Wenn die Lösung von aktuell werdenden Interessenkonflikten der Gewerkschaftsvertreter in Zukunft auf Basis des geltenden Rechts und nicht in pauschalen, mehr politischen als rechtlichen, „Totschlagargumenten“ gesucht wird, ein weiteres. Ob sich jemals ein oberstes deutsches Gericht auf die Suche danach wird begeben müssen? Der Verfasser hegt in diesem Punkt doch gewisse Zweifel.

Vielleicht vermisst der Leser dieser Arbeit eine konkrete Antwort auf die Frage, ob der ver.di-Vorsitzende Bsirske nun pflichtwidrig gehandelt hat oder nicht. Der Verfasser sieht sich allerdings zu einer korrekten Antwort auf diese Frage außerstande, bleiben dem außenstehenden Betrachter doch die genauen Hintergründe und Geschehnisse seiner Zeit verborgen. Solche wären allerdings von Nöten, um die Vereinbarkeit des Streiks mit dem Unternehmensinteresse beurteilen zu können. Auch kann im Nachhinein kaum noch beurteilt werden, wie sich das Verhalten von Frank Bsirske auf den Arbeitskampf ausgewirkt hat. Er hätte aber in dem Fall seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verletzt, sollte er als Mitglied des Bundesvorstandes an einem gewerkschaftsinternen Beschluss über die Durchführung der schadensverursachenden Streikmaßnahmen beteiligt gewesen sein und dabei seine Zustimmung erteilt haben. Allerdings wird man dem Vorstand der Lufthansa AG keinen Vorwurf daraus machen können, dass er Schadensersatzansprüche gegen Frank Bsirske nicht geltend gemacht hat. Eine etwaige Pflichtwidrigkeit und einen darauf beruhenden Schaden an sich nachzuweisen, wäre in diesem Fall wohl nahezu aussichtslos gewesen.

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael: Das Ende der Mitbestimmung? in: ZIP 2006, S. 1561ff.
- Auffahrt, Fritz: Zur Bedeutung des Beteiligungsrechts des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 für eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, in: RdA 1976, S. 2ff.
- Baader, Franz Xaver, von: Über das dermalige Missverhältnis der Vermögenslosen oder Proletaires zu den Vermögen besitzenden Classen der Sozietät in Betreff ihres Auskommens sowohl in materieller als intellectueller Hinsicht aus dem Standpunkte des Rechts betrachtet, in: Hofmann, Franz/Hamberger, Julius/Lutterbeck, Anton/von Schaden, Emil August/Schlüter, Christoph/von der Osten, Friedrich (Hrsg.), Franz Xaver von Baader, Gesammelte Werke, Neudruck der Ausgabe von 1854, Aalen 1963
- Badura, Peter/Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz – Gemeinschaftsgutachten, München 1977
- Ballerstedt, Kurt: Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, in: ZGR 1977, S. 133ff.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, München 2007 (zit.: Bamberger/Roth-Bearbeiter, §... Rn. ...)
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen: „Firmentarifsozialplan“ als zulässiges Arbeitskampfziel?, in: NZA 2004, S. 1019ff.
- Baumann, Horst: GmbH und Mitbestimmung – Überlegungen zum Funktionszusammenhang zwischen Herrschaft, Haftung und Mitbestimmung im Mitbestimmungsgesetz 1976, in: ZHR 142 (1976), S. 557ff.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred: GmbH-Gesetz, 19. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Baumbach/Hueck, §... Rn. ...)
- Bayreuther, Frank: Der Streik um einen Tarifsozialplan – Konsequenzen des Urteils des BAG vom 24.04.2007 für die Tarifrrechtspraxis, in: NZA 2007, S. 1017ff.
- Behr, Volker: Teilnahmerecht und Mitwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsratsmitglieds bei der Aufsichtsratssitzung, in: AG 1984, S. 281ff.

- Bellavite-Hövermann, Yvette/Lindner, Grit/Lüthje, Bernd: Leitfaden für den Aufsichtsrat, Stuttgart 2005
- Benecke, Martina: Der Ausschluss aus dem Verein – zum Konflikt zwischen „Vereinsautonomie“ und Individualinteresse, in: WM 2000, S. 1173ff.
- Benze, Dieter/Föhr, Horst/Kehrmann, Karl/Kieser, Walter/Lichtenstein, Karl/Schwegler, Lorenz/Unterhinninghofen, Hermann: Praxiskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Hannover 1977 (zit.: *Bearbeiter* in: PraxiskommMitbestG, §... Rn. ...)
- Bertelsmann Stiftung (Hrsg.)/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.): Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bericht der Kommission Mitbestimmung, Gütersloh 1998
- Besgen, Nicolai: Handbuch Betriebsverfassungsrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2010
- Bockenförde, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Boesebeck, Ernst: Rechtsbehelfe der Aktiengesellschaft gegenüber untragbaren Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, in: AG 1961, S. 117ff.
- Boewer, Dietrich: Das Mitbestimmungsrecht im Rahmen des Gesellschaftsrechts und kollektiven Arbeitsrechts, in: DB 1980, S. 673ff.
- Boewer, Dietrich/ Gaul, Björn/ Otto, Björn: Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat und seine Auswirkungen auf die GmbH, in: GmbHR 2004, S. 1065ff.
- Brecht-Heitzmann, Holger: Verhinderung von Betriebsstillegungen durch Sozialtarifvertrag?, in: NJW 2007, S. 3617ff.
- Brinkmann, Tomas: Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, Diss. Frankfurt a.M. 1981
- Brinkmann-Herz, Dorothea: Die Unternehmensmitbestimmung in der BRD – Der lange Weg einer Reformidee, Köln 1975
- Brockner, Till: Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, Diss. München 2006
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd: Arbeitskampfrecht, 2. Auflage 1982 (zit.: Brox/Rüthers-Bearbeiter, Rn. ...)
- Bruder, Annette: Die Weitergabe von Insiderinformationen durch Arbeitnehmervertreter, Diss. München 2007

- Brüggemeier, Gert: Die Einflussnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft – Zur Struktur und zum Verhältnis der §§ 117 und 317 AktG, in: AG 1988, S. 93ff.
- Buchner, Herbert: Paritätische Mitbestimmung: Der Weg zu einer neuen Unternehmens- und Arbeitsordnung, in: ZfA 1974, S. 147ff.
- ders.: Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – auch ein verfassungsrechtliches Problem, in: ZfA 2006, S. 597ff.
- Buchta, Jens/van Kann, Jürgen: Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft – aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: DStR 2003, S. 1665ff.
- Bürgers, Tobias/Körber, Thorsten (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg (u.a.) 2007 (zit.: *Bearbeiter* in: HK-AktG, §... Rn. ...)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Mitbestimmungsgesetz und innergesellschaftliche Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft, in: DB Beilage Nr.14 zu Heft 26 1981, S. 1ff.
- Claussen, Carsten Peter: Über die Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, in: AG 1981, S. 57ff.
- Däubler, Wolfgang: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: BlStSozArbR 1976, S. 184ff.
- ders.: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2008
- ders. (Hrsg.): Arbeitskämpfrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1987 (zit.: *Bearbeiter* in: Däubler, Rn. ...)
- Deilmann, Barbara: Abgrenzung der Überwachungsbefugnisse von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat einer GmbH unter besonderer Berücksichtigung des mitbestimmten Aufsichtsrats, in: BB 2004, S. 2253ff.
- Dorndorf, Eberhard/Weiss, Manfred: Warnstreiks und vorbeugender Rechtsschutz gegen Streiks, Köln 1983
- Dreher, Meinrad: Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, in: JZ 1990, S. 896ff.
- Dürr, Simon: Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Taunusstein 2008
- Dütz, Wilhelm: Arbeitsrecht, 14. Auflage, München 2009
- Edenfeld, Stefan: Das Recht der Arbeitnehmermitbestimmung, 2. Auflage, Heidelberg 2005

- Edenfeld, Stefan/Neufang, Sebastian: Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: AG 1999, S. 49ff.
- Eder, Karl: Gesellschafter- und Aufsichtsratsautonomie bei der GmbH, in: GmbHR 1978, S. 217ff.
- Eiselt, Gerhard: Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und die Interessenlage im Unternehmen, in: JZ 1957, S. 204ff.
- Eisenhardt, Ulrich: Zum Problem der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder von AG und GmbH gegenüber der Gesellschaft, in: Jura 1982, S. 289ff.
- Ellenberger, Jürgen: in Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010 (zit.: Palandt/Ellenberger, §... Rn. ...)
- Engfer, Klaus: Der Ausschluss des organschaftlichen Stimmrechts, Diss. Frankfurt a.M., 1970
- Ensch, Jürgen: Institutionelle Mitbestimmung und Arbeitnehmereinfluss, Köln u.a., 1989
- Erdmann, Ernst-Gerhard: Die Bedeutung der Mitbestimmung des Betriebsrats für die unternehmerische Entscheidung: Der Weg zur Überparität, in: RdA 1976, S. 87ff.
- Eynern, Gert von: Tarifautonomie trotz Mitbestimmung? in: Wettbewerb, Konzentration und wirtschaftliche Macht, Festschrift für Helmut Arndt, Berlin 1976, S. 37ff.
- Fabricius, Fritz (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Neuwied 1977 (zit.: *Bearbeiter* in: GK-MitbestG, §... Rn. ...)
- Fahrtmann, Friedhelm/Coen, Martin: Tarifautonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage, Berlin, New York 1994, S. 851ff.
- Fangmann, Helmut D.: Rechtsprobleme der Kommunikation in mitbestimmten Unternehmen, AuR 1980, S. 129ff.
- Fertsch-Röver, Dieter: Mitbestimmung und Eigentum, in: RdA 1965, S. 335ff.
- Fickel, Friedrich: Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, in: AG 1977, S. 134ff.
- Fischer, Robert: Die Verantwortung des Aufsichtsrats bei Interessenkollisionen, in: Theorie und Praxis im Wirtschaftsrecht, In Memoriam Konrad Duden, Mannheim u.a. 1982, S. 55ff.

- Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 25. Auflage, München 2010 (zit.: Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, §... Rn. ...)
- Fleck, Hans-Joachim: Eigengeschäfte eines Aufsichtsratsmitglieds, in: Festschrift für Theodor Heinsius, Berlin (u.a.) 1991, S. 89ff.
- Flore, Ingo: Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: BB 1993, S. 133f.
- Flume, Werner: Die Mitbestimmung – Ideologie und Recht, in: ZGR 1978, S. 678ff.
- ders.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Teil 1, Band 2: Die juristische Person, Berlin (u.a.) 1983
- Fonk, Hans-Joachim: Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats, in: ZGR 2006, S. 841ff.
- Franz, Wolfgang: Die deutsche Mitbestimmung auf dem Prüfstand: Bilanz und Vorschläge für eine Neuausrichtung, in: ZAF 2005, S. 268ff.
- Friedrich, Walter J.: Grundlagen und ausgewählte Probleme des Vereinsrechts, in: DStR 1994, S. 61ff., 100ff.
- Fuchs, Harald/Köstler, Roland: Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2008
- Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht Band I, München 1997 (zit.: Gamillscheg, KollArbR, Band I, S. ...)
- ders.: Kollektives Arbeitsrecht, Band II, München 2008 (zit.: Gamillscheg, KollArbR, Band II, S. ...)
- Gaul, Dieter: Information und Vertraulichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH, in: GmbHR 1986, S. 296ff.
- Gaumann, Ralf: Gewerkschaftsausschluss wegen Betriebsratskandidatur auf konkurrierender Liste, in: NJW 2002, S. 2156ff.
- Gaumann, Ralf/Schafft, Marcus, Auswirkungen eines Arbeitskampfs auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: DB 2000, S. 1514ff.
- Gerum, Elmar: Das deutsche Corporate Governance System – Eine empirische Untersuchung, Stuttgart 2007
- Gerum, Elmar/Streinmann, Horst/Fees, Werner: Der mitbestimmte Aufsichtsrat, Stuttgart 1987

- Giesen, Hans-Michael: Organhandeln und Interessenkonflikt, Diss. Berlin 1984
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz – Band 2, 3. Auflage, München 2008 (zit.: *MüKoAktG/Bearbeiter*, §... Rn. ...)
- Guizetti, Manfred: Zur Frage der Haftung eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat, in: *AuR* 1956, S. 132ff.
- Hadding, Walther: in Soergel, Hans Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, Stuttgart 2000
- Hadding, Walther/van Look, Frank: Zur Ausschließung aus Vereinen des bürgerlichen Rechts – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1987, 1422, in: *ZGR* 1988, S. 270ff.
- Hanau, Peter: Lösungsmöglichkeiten mitbestimmungsbedingter Interessenkonflikte, in: *RdA* 1975, S. 23ff.
- ders.: Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht, in: *ZGR* 1977, S. 397ff.
- ders.: Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Mitbestimmungsurteils der Bundesverfassungsgerichts, in: *ZGR* 1979, S. 524ff.
- Hanau, Peter/Wackerbarth, Ulrich: Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 2004
- dies.: Aufsichtsratsmitglieder mit gleichem Maß messen, in: *Die Mitbestimmung* 2004, S. 66ff.
- Häuser, Helmut: Interessenkollisionen durch Wahrnehmung des Aufsichtsratsamtes in der unabhängigen Aktiengesellschaft, Steinbach/Taunus 1985
- Heidel, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2007
- Hengeler, Hans: Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, in: *Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht*, Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin u.a. 1973, S. 175ff.
- Henssler, Martin: Die Unternehmensmitbestimmung, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, Band II, München 2000, S. 377ff.
- ders.: Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht, in: Baums, Theodor/Ulmer, Peter (Hrsg.), *Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU-Mitgliedsstaaten*, Heidelberg 2004, S. 133ff.

- ders.: Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: RdA 2005, S. 330ff.
- ders.: Der „Arbeitgeber in der Zange“, in: Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007, S. 553ff.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht – Kommentar, 4. Auflage, Köln 2010 (zit.: HWK/*Bearbeiter*, §... Rn. ...)
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan (Hrsg.): in: juris Praxiskommentar BGB, Band I – Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Saarbrücken 2009 (zit.: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...)
- Herfs-Röttgen, Ebba: Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: NZA 2002, S. 358ff.
- Herzfelder, Franz: Stimmrecht und Interessenkollision bei den Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts, München 1927
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.)/Maunz, Theodor/Dürig, Günther (Begr.): Grundgesetz – Kommentar Band II (Art. 6-16a), Stand: 56. Lieferung Oktober 2009 (zit.: Maunz/Dürig-*Bearbeiter*, Art. ... Rn. ...)
- Heuking, Hans Günter/Jasper, Ute: Interessenkonflikte des Aufsichtsratsmitglieds der GmbH, in: DStR 1992, S. 1438ff.
- Hexel, Dietmar: Teilhabe durch Mitbestimmung – Argumente zur aktuellen Debatte von Unternehmenspolitik und Mitbestimmung, in: GMH 2004, S. 199ff.
- ders.: Referat zum 66. Deutschen Juristentag, Abteilung Arbeitsrecht, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Band II/1, München 2006
- Hirte, Heribert/Möllers, Thomas M.J. (Hrsg.): Kölner Kommentar zum WpHG, Köln u.a., 2007 (zit.: *Bearbeiter* in: KK-WpHG, §... Rn. ...)
- Höfling, Wolfram: Streikbewehrte Forderungen nach Abschluss von Tarifsozialplänen anlässlich konkreter Standortentscheidungen – Eine verfassungsrechtliche Kritik der arbeitsrechtlichen Judikatur, in: ZfA 2008, S. 1ff.
- Hölters, Wolfgang: Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung, in: BB 1975, S. 797ff.

- ders.: Die zustimmungspflichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen im Spannungsfeld zwischen Satzungs- und Aufsichtsratsautonomie, in: BB 1978, S. 640ff.
- Höpp, Gerhard: Mitbestimmungsgesetz: Vorschlagsmonopol und Außen-seiter, in: DB 1978, S. 2318f.
- Hoffmann, Dietrich/Kirchhoff, Wolfgang: Zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern durch das Gericht nach § 103 Abs.3 S. 1 AktG, in: Festschrift für Karl Beusch, Berlin, New York 1993, S. 377ff.
- Hoffmann, Dietrich/Lehmann, Jürgen/Weinmann, Heinz: Mitbestimmungsgesetz, München 1978
- Hoffmann, Dietrich/Neumann, Nikolaus: Mitbestimmung in der GmbH und GmbH & Co KG nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, in: GmbHR 1976, S. 149ff., S. 183ff.
- Hoffmann, Dietrich/Preu, Peter: Der Aufsichtsrat, 5. Auflage, München 2003
- Hoffmann, Rudolf: Das Unternehmenswohl bei den mitbestimmten Unternehmen und die angemessene Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der Arbeitnehmer im Betriebsverfassungsgesetz, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1977, S. 37ff.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV, 3. Auflage, München 2007 (zit.: Münch.Hdb. GesR Band IV/Bearbeiter, § ... Rn. ...)
- Hommelhoff, Peter: Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, S. 119ff.
- Hopt, Klaus J.: Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, in: ZGR 2004, S. 1ff.
- Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Berlin u.a., §§ 84-91: 26. Lieferung Stand 01.12.2006; §§ 92-94: 11. Lieferung Stand 01.01.1999; §§ 95-117: 24. Lieferung Stand 01.10.2005; Mitbestimmungsgesetz: 12. Lieferung Stand Juni 1999 (zit.: *Bearbeiter* in: GroßkommAktG, § ... Rn. ...)
- Hoyningen-Huene, Gerrick von: Die Information der Belegschaft durch Aufsichtsrats- und Betriebsratsmitglieder, in: DB 1979, S. 2422ff.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht, Band 2 – Kollektiv-arbeitsrecht und Arbeitsrechtsstreitigkeiten, 4. Auflage, Berlin u.a. 2007
- Hübner, Ulrich: Interessenkonflikt und Vertretungsmacht: eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB, München 1977

- Hueck, Götz: Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: RdA 1975, S. 35ff.
- Hüffer, Uwe: Leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, in: NZG 2007, S. 47ff.
- Hüffer, Uwe: Kommentar zum Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010
- Hulle, Karel van /Maul, Silja/Drinhausen, Florian: Handbuch zur Europäischen Gesellschaft, München 2007
- Immenga, Ulrich: Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, in: ZGR 1977, S. 249ff.
- Jacklofsky, Swantje: Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt – arbeitsrechtliche Aspekte hinsichtlich der unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, Diss. Berlin 2001
- Jahnke, Volker: Tarifautonomie und Mitbestimmung, München 1984
- Jannott, Dirk/Frodermann, Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Heidelberg 2005
- Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo: Grundgesetz, 10. Auflage, München 2009
- Jürgenmeyer, Michael: Das Unternehmensinteresse, Diss. Heidelberg 1981
- Junge, Werner: Das Unternehmensinteresse, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 547ff.
- Kallmeyer, Harald: Pflichten des Vorstands der Aktiengesellschaft zur Unternehmensplanung, in: ZGR 1993, S. 104ff.
- ders.: Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, in: ZIP 2004, S. 1442ff.
- Kastner, Walther: Aufsichtsrat und Realität, in: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für Rudolf Strasser, Wien 1983, S. 843ff.
- Kempen, Otto Ernst: Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf die Unternehmensmitbestimmung? (Der Fall Bsirske), in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 437ff.
- ders.: Unternehmensmitbestimmung, politische Demokratie und Öffnung der Märkte, in: Arbeitnehmermitbestimmung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt, Liber amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, S. 261ff.
- ders.: Das Rechtsverhältnis zwischen den Belegschaftsvertretern und den Gewerkschaften im Arbeitskampf, in: NZA 2005, S. 185ff.
- ders.: Der lange Weg der Unternehmensmitbestimmung in die Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007, S. 587ff.

- Kemper, Michael: Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG), Diss. Köln 1988
- Keusch, Sven/Rotter, Klaus: Wirksamer Beschluss über einen Abberufungsantrag gem. § 103 III, 108 AktG durch dreiköpfigen Aufsichtsrat? in: NZG 2003, S. 671ff.
- Kindl, Johann: Die Geltendmachung von Mängeln bei aktienrechtlichen Aufsichtsratsbeschlüssen und die Besetzung von Ausschüssen in mitbestimmten Gesellschaften, in: DB 1993, S. 2065ff.
- Kissel, Otto Rudolf: Arbeitskampfrecht, München 2002
- Kittner, Michael: Unternehmensverfassung und Information – Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, in : ZHR 136 (1972), S. 208ff.
- ders.: Arbeitskampf – Geschichte - Recht – Gegenwart, München 2005
- Klebe, Thomas/Köstler, Roland: Die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, in: Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wißmann, München 2005, S. 443ff.
- Klein, Hans: Noch einmal: Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, in: AG 1980, S. 7ff.
- Kleine, Thorsten: Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten von Genossenschaften, Diss. Münster 1993
- Klinkhammer, Heinz/Rancke, Friedbert: Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, Königstein 1978
- Klosterkemper, Heinrich: Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, in: Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wißmann, München 2005, S. 456ff.
- Knapp, Christopher: Die Treuepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Directors of Corporations – Ein vergleichender Beitrag zur Begründung und Konkretisierung der Treuepflicht von Verwaltungsratsmitgliedern im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht, Diss. München 2004
- Koch, Wolfgang: Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1982
- Köstler, Roland: Mitbestimmung in der SE, in: ZGR 2003, S. 800ff.
- ders.: Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft nach den deutschen Umsetzungsgesetzen, in: DStR 2005, S. 745ff.

- Köstler, Roland/Zachert, Ulrich/Müller, Matthias: Aufsichtsratspraxis, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2006
- Krämer, Hans-Jörg: Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane der Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung – in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und unter Berücksichtigung US-amerikanischer Rechtsprechung und Literatur, Berlin 2002 (zugl. Diss. Bayreuth)
- Krause, Rüdiger: Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), in: BB 2005, S. 1221ff.
- Krebs, Karsten: Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft, Diss. Köln 2001
- Kreutz, Marcus: Arbeitnehmermitbestimmung als Berührungspunkt von Recht und Ökonomie - Eine Einführung in die Property-Rights-Theorie am Beispiel der gesetzlichen Mitbestimmung, in: NZA 2001, S. 475ff.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Handbuch Managerhaftung, Köln 2007
- Kroneberg, Jürgen: Die mitbestimmte selbstständige Aktiengesellschaft, Diss. Bayreuth 1981
- Kropff, Bruno: Die Unternehmensplanung im Aufsichtsrat, in: NZG 1998, S. 615ff.
- Kropff, Bruno/Semler, Johannes (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 2. Auflage, München 2004 (zit.: MüKoAktG/Bearbeiter, §... Rn. ...)
- Kropff, Bruno/Semler, Johannes/Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 9/2, 2. Auflage, München 2006 (zit.: MüKoAktG/Bearbeiter, §... Rn. ...)
- Kübler, Friedrich: The Long Goodbye – Überlegungen zur Zukunft der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im europäisierten Gesellschaftsrecht, in: Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt, Liber amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, S. 235ff.
- Kübler, Friedrich/Assmann, Heinz-Dieter: Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2006
- Kübler, Friedrich/Schmidt, Walter/Simitis, Spiros: Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe – zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976, Baden-Baden 1978
- Kühling, Jürgen: Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, Düsseldorf 2006

- Kümpel, Siegfried/Hammen, Horst/Ekkenga, Jens (Hrsg.): Kapitalmarktrecht, Band 1, Berlin, Stand: Mai 2008
- Kunze, Otto: Zum Stand der Entwicklung des Unternehmensrechts, in: ZHR 144, S. 100ff.
- Kust, Egon: Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, in: WM 1980, S. 758ff.
- Ladeur, Karl-Heinz: Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit, in: AöR 131, S. 643ff.
- Langenbucher, Katja: Aktien- und Kapitalmarktrecht, München 2008
- Laske, Stephan: Unternehmensinteresse und Mitbestimmung, in: ZGR 1979, S. 173ff.
- Laue-Streblow, Dagmar: Die Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat mitbestimmter Aktiengesellschaften, Diss. Köln 1983
- Lehmann, Karl Heinz/Heinsius, Theodor: Aktienrecht und Mitbestimmung, 7. Auflage, Niederkassel-Mondorf 1992
- Leminsky, Gerhard: Mitbestimmungsvorschlag der Koalition – Zweite Etappe, in: GMH 1976, S. 129ff.
- Leyens, C. Patrick: Corporate Governance: Grundsatzfragen und Forschungsperspektiven, in: JZ 2007, S. 1061ff.
- Lieb, Manfred: Aktuelle Probleme der Mitbestimmung, in: JA 1978, S. 261ff. (Teil 1), S. 318ff. (Teil 2)
- Lieb, Manfred/Jacobs, Matthias: Arbeitsrecht, 9. Auflage, Heidelberg (u.a.) 2006
- Lieder, Jan: Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, Diss. Jena 2006
- Linker, Anja Celina/Zinger, Georg: Rechte und Pflichten der Organe einer Aktiengesellschaft bei der Weitergabe vertraulicher Unternehmensinformationen, in: NZG 2002, S. 497ff.
- Löwisch, Manfred (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, Heidelberg 1997 (zit.: *Be-arbeiter* in: Löwisch, ... Rn. ...)
- Look, Frank van: Stimmverbote und „körperschaftlicher Sozialakt“, in: NJW 1991, S. 152ff.
- Loritz, Karl-Georg: Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute, in: ZfA 1991, S. 1ff.
- ders.: Unternehmerische Mitbestimmung in deutscher Großunternehmen und Qualität der Aufsichtsratsarbeit, in: ZfA 2009, S. 477ff.

- Lutter, Marcus: Theorie der Mitgliedschaft, in: AcP 180 (1980), S. 84ff.
- ders.: Zum Verhältnis von Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, in: BB 1980, S. 271ff.
- ders.: Rolle und Recht, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing – Band 1, München 1982, S. 565ff.
- ders.: Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, in: AG 1991, S. 249ff.
- ders.: Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Auflage, Köln (u.a.) 2006
- ders.: Verhaltenspflichten von Organmitgliedern bei Interessenkonflikten, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester, Köln 2007, S. 417ff.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): SE-Kommentar, Köln 2008
- Lutter, Marcus/Krieger, Gerd: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Auflage, Köln 2008
- Lutter, Marcus/Quack, Karlheinz: Mitbestimmung und Schadensabwehr, in: Festschrift für Thomas Raiser, Berlin 2005, S. 259ff.
- Lux, Hans-Joachim: Mitbestimmungsgesetz – Schriftenreihe der Arbeitsrecht-Blattei, Band 5, Stuttgart, Wiesbaden 1977
- Marsch-Barner, Reinhard/Schäfer, Frank A.(Hrsg.): Handbuch börsennotierte AG, 2. Auflage, Köln 2009
- Martens, Helmut: Unternehmensmitbestimmung und gewerkschaftliche Reformstrategien: Entwicklungschancen eines unfertigen Modells, Frankfurt a.M. 1988 (zugl. Diss. Dortmund 1987)
- Martens, Klaus-Peter: Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluss, in: ZHR 1974, S. 179ff.
- ders.: Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht – Koreferat zu Hanau, ZGR 1977, S. 397ff., in: ZGR 1977, S. 422ff.
- ders.: Das Recht der unternehmerischen Mitbestimmung, in: JuS 1983, S. 329ff.
- ders.: Zum Verhältnis von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht, in: ZHR 1984, S. 183ff.
- Martens, Peter: Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, in: AG 1976, S. 115ff.
- Matthießen, Volker: Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, Diss. Hamburg 1988

- Mayer, Udo: Mitbestimmungsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz – einheitliche Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen, in: Mitbestimmungsgesetz – Textausgabe mit 11 einführenden Aufsätzen, Neuwied (u.a.) 1977
- Meier, Albert/Budde, Dieter: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, in: DB 1974, S. 1271ff.
- Meilicke, Heinz: Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse, in: Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, S. 70ff.
- Meissinger, H.: Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: DB 1956, S. 688ff.
- Meissinger, H.: Streikende Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in: DB 1957, S. 236f., 259ff.
- Mertens, Hans-Joachim: Aufsichtsratsmandat und Arbeitskampf, in: AG 1977, S. 306ff.
- ders.: Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats – Korreferat, in: ZGR 1977, S. 270ff.
- ders.: Aufsichtsratsausschüsse, Mitbestimmung und Methodenlehre, in: AG 1981, S. 113ff.
- ders.: in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 2, 2. Auflage, Köln u.a. 1996 (zit.: Mertens in: KK, §... Rn. ...)
- Michaelis, Hans Peter: Die neue Strategie zum Mitbestimmungsabbau wird vorgestellt, in: Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 3f.
- Michalski, Lutz (Hrsg.): GmbHG – Kommentar, 2. Auflage, München 2010
- Möllers, Thomas M.J.: Treuepflichten und Interessenkonflikte von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J. /von Werder, Axel (Hrsg.), Corporate Governance Handbuch, Köln 2003
- ders.: Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht kontra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung, in: NZG 2003, S. 697ff.
- ders.: Interessenkonflikte von Vertretern des Bieters bei Übernahme eines Aufsichtsratsmandats der Zielgesellschaft, in: ZIP 2006, S. 1615ff.
- Moll, Wilhelm: Streikleitung durch „Vertreter von Gewerkschaften“ (§ 7 II MitbestG)?, in: Festschrift für Hans-Jochen Lürer, München 2008, S. 259ff.
- Mülbert, Peter O.: Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, in: ZGR 1997, S. 129ff.

- Müller, Gerhard: Gedanken zum Entwurf des Mitbestimmungsgesetzes, in: DB 1975, S. 205ff., 253ff.
- ders.: Das Koalitionswesen, insbesondere das Gewerkschaftswesen, nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: RdA 1979, S. 361ff.
- Müller, Gerhard/Lehmann, Rudolf: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, Heidelberg 1952
- Müller, Hans-Peter: Unterbewertete Aspekte des Mitbestimmungsgesetzes, in: DB 1978, S. 2168ff.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2010 (zit.: ErfK/Bearbeiter, §... Rn. ...)
- Münch, Ingo von /Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München 2000
- Naendrup, Peter-Hubert: Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit, in: AuR 1977, S. 225ff. und 268ff.
- Nagel, Bernhard: Die Verlagerung der Konflikte um die Unternehmensmitbestimmung auf das Informationsproblem, in: BB 1979, S. 1799ff.
- ders.: Unternehmensmitbestimmung – Eine problemorientierte Einführung, Köln 1980
- ders.: Zusammensetzung mitbestimmter Aufsichtsratsausschüsse und Unternehmensinteresse, in: DB 1982, S. 2677ff.
- ders.: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, Baden-Baden 1987
- Nagel, Bernhard/Freis, Gerhild/Kleinsorge, Georg: Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft – Kommentar zum SEBG, München 2005
- Niehues, Karl: Unternehmensorientierte Mitbestimmung – insbesondere in Klein- und Mittelbetrieben, in: DB 1995, S. 285ff.
- Nörr, Knut Wolfgang: Binärer Korporatismus, in: ZfA 1999, S. 329ff.
- Nolte, Martin/Tams, Christian J.: Grundfälle zu Art.5 I 1 GG, in: JuS 2004, S. 111ff.
- Oetker, Hartmut: Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: ZESAR 2005, S. 3ff.
- Otto, Hansjörg: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006

- Oulds, Mark K.: Die Auflösung von Interessenkonflikten infolge von Doppelmandaten im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung der Rechtslage in Großbritannien, Frankfurt a.M. (u.a.) 2004 (zugl. Diss. Frankfurt a.M. 2003)
- Paefgen, Walter: Struktur und Aufsichtsratsverfassung in der mitbestimmten AG, Diss. Bielefeld 1981
- Papier, Hans-Jürgen: Mitbestimmungsurteil und Verfassungsrecht, in: ZGR 1979, S. 443ff.
- Pfarr, Heide M.: Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: Das Mitbestimmungsgespräch 1976, S. 51ff.
- Pielorz, Michael/Sieg, Oliver: Deutschland: Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds – Keine bloße Theorie mehr, in: PHi 2000, S. 77ff.
- Popp, Klaus: Die ausgeschlossenen Gewerkschaftsmitglieder – BGHZ 71, 126, in: JuS 1980, S. 798ff., 803
- Potthoff, Erich/Blume, Otto/Duvernell, Helmut: Zwischenbilanz der Mitbestimmung, Tübingen 1962
- Potthoff, Erich/Trescher, Karl/Theissen, Manuel René: Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Auflage, Stuttgart 2003
- Preis, Ulrich: Arbeitsrecht, Band 2: Kollektives Arbeitsrecht, Köln 2009
- Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band III, 3. Auflage, München 2009 (zit.: Münch.Hdb. GesR Band III/*Bearbeiter*, §... Rn. ...)
- Radke, Olaf: Treuepflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei Streik, in: NJW 1956, S. 1581ff.
- Raisch, Peter: Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 347ff.
- Raiser, Thomas: Paritätische Mitbestimmung in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, in: JZ 1974, S. 273ff.
- ders.: Das Unternehmensinteresse, in: Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 101ff.
- ders.: Das neue Mitbestimmungsgesetz, in: NJW 1976, S. 1337ff.
- ders.: Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder, in: ZGR 1978, S. 390ff.

- ders.: Die Verantwortlichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, in: Kießler, Otfried/Kittner, Michael/Nagel, Bernhard (Hrsg.), Unternehmensverfassungsrecht und Betriebswirtschaftslehre, Köln (u.a.) 1983
- ders.: Anmerkung zu BGH DZWIR 1993, S.503ff., in: DZWIR 1993, S. 510ff.
- ders.: Bewährung des Mitbestimmungsgesetzes nach 20 Jahren?, in: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler, Heidelberg 1997, S. 477ff.
- ders.: Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, Abteilung Arbeitsrecht, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I, München 2006
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger: Mitbestimmungsgesetz, 5. Auflage, Berlin 2009 (zit.: Raiser/Veil, §... Rn. ...)
- dies.: Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2010 (zit.: Raiser/Veil, KapitalgesellschaftsR, §... Rn. ...)
- Rasch, Harold: Die „Parität“ im Recht der Großunternehmen – Bausteine für eine Verfassungsklage gegen das geplante Mitbestimmungsgesetz, in: BB 1974, S. 532ff.
- Rebhahn, Robert: Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Ein Sonderweg im Rechtsvergleich, in: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, München 2004, S. 42 ff.
- Redding, Günter: Aufsichtsrat und Interessenkollision, in: NJW 1956, S. 48ff.
- Rehwinkel, Tim: Die gesetzliche Auffanglösung der Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: ZESAR 2008, S. 71ff.
- Reich, Norbert/Lewerenz, Karl: Das neue Mitbestimmungsgesetz, in: AuR 1976, S. 261ff. und 351ff.
- Reichert, Bernhard: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 12. Auflage, Köln 2009
- Reichold, Hermann: Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, in: JZ 2006, S. 812ff.
- Reichold, Klaus: in Thomas, Heinz; Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 31. Auflage, München 2010
- Reuter, Dieter: Betriebs- und Unternehmensverfassung, in: Manfred Rehbinder (Hrsg.), Kritik: Recht im Sozialen Rechtsstaat, Opladen 1973, S. 197ff.

- ders.: Der Einfluss der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, in: AcP 179 (1979), S. 509ff.
- ders.: Das Verhältnis der unternehmerischen Mitbestimmung zum Arbeitsrecht, in: RdA 1988, S. 280ff.
- ders.: Anmerkung zu BVerfG, RdA 2000, S. 99ff., in: RdA 2000, S. 101ff.
- Richardi, Reinhard: Der Mitbestimmungsgedanke in der Arbeitsrechtsordnung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1975, S. 19ff.
- ders.: Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979 für die Arbeitsrechtsordnung, in: AöR 1979, S. 546ff.
- ders.: Kollektives Arbeitsrecht, München 2007
- ders.: Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit im Wandel der Zeit, in: Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik, Festschrift für Rupert Scholz, Berlin 2007, S. 337ff.
- Richardi, Reinhard (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage, München 2008 (zit.: Richardi/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...)
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Helmut/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2009
- Ricken, Oliver: Der Sozialplantarifvertrag als zulässiges Arbeitskampfziel, in: ZfA 2008, S. 283ff.
- Rieble, Volker: Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, München 2004, S. 10 ff.
- ders.: Staatshilfe für Gewerkschaften, in: ZfA 2005, S. 245ff.
- ders.: Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, in: BB 2006, S. 2018ff.
- Riegger, Hans-Georg: Unternehmenskontrolle, Aufsichtsratshaftung und ihre effektive Durchsetzung, Baden-Baden 2003 (zugl. Diss. Hamburg 2002)
- Rittner, Fritz: Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nach BGHZ 64, 325, in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 365ff.
- ders.: Mitbestimmung der Arbeitnehmer oder der Gewerkschaften?, in: Handels- und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Festschrift für Winfried Werner, Berlin (u.a.) 1984, S. 791ff.

- Roth, Günther H./Altmeyden, Holger: GmbHG – Kommentar, 6. Auflage, München 2009
- Rube, Wolrad: Paritätische Mitbestimmung und Betriebsverfassung, Berlin 1982
- Rudzik, Andy: Zum Streit über den Streik – Aufsichtsratsmandat und Gewerkschaftsführung im Arbeitskampf, in: NZG 2004, S. 455ff.
- Rüthers, Bernd: Ergebnis wie bestellt? – Der Bericht der restlichen Mitbestimmungskommission, in: NZA 2007, S. 426ff.
- Ruhwedel, Peter/Epstein, Rolf: Eine empirische Analyse der Strukturen und Prozesse in den Aufsichtsräten deutscher Aktiengesellschaften, in: BB 2003, S. 161ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage, München 2009
- Sachse, Wolfgang: Der Ausschluss von Gewerkschaftsmitgliedern wegen Kandidatur auf konkurrierenden Listen bei Betriebsratswahlen, in: AuR 1999, S. 387ff.
- Säcker, Franz Jürgen: Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsordnung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1974, S. 17ff.
- ders.: Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, S. 1845ff.
- ders.: Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, Düsseldorf, Frankfurt 1979
- ders.: Informationsrechte der Betriebs- und Aufsichtsratsmitglieder, Heidelberg 1979
- ders.: Vorkehrungen zum Schutz der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin (u.a.) 1979, S. 635ff.
- ders.: Die Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, in: NJW 1979, S. 1521ff.
- ders.: Allgemeine Auslegungsgrundsätze zum Mitbestimmungsgesetz 1976, in: ZHR 1984, S. 153ff.
- ders.: Aktuelle Probleme der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: NJW 1986, S. 803ff.
- ders.: Behördenvertreter im Aufsichtsrat, in: Festschrift für Kurt Rebmann, München 1989, S. 781ff.

- ders.: Die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Dis-
harmonien im Zusammenspiel der verschiedenen Mitbestimmungsebenen, in: AG 2008, S. 17ff.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 5. Auflage, München 2006 (zit.:
MüKo/Bearbeiter, §... Rn. ...)
- Säcker, Franz Jürgen/Theisen, Manuel R.: Statutarische Regelungen der
inneren Ordnung des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH nach
dem MitbestG 1976, in: AG 1980, S. 29ff.
- Salm, Eberhard: Das Unternehmensinteresse – ein Beitrag zur Auseinander-
setzung um den Begriff, Diss. Tübingen 1986
- Sauter, Eugen/Schweyer, Gerhard/Waldner, Wolfram: Der eingetragene Ver-
ein, 18. Auflage, München 2006
- Schaefer, Hans/Missling, Patrick J.: Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat,
in: NZG 1998, S. 441ff.
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Vogelsang, Heinrich: Arbeits-
rechtshandbuch, 13. Auflage, München 2009 (zit.: Schaub-Bearbeiter, § ...
Rn. ...)
- Schiessl, Maximilian: Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen
Wettbewerb, in: ZHR 2003, S. 35ff.
- Schilling, Wolfgang: Die Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitglieds in unter-
nehmensrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979,
S. 679ff.
- Schlüter, Winfried: Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat
einer Aktiengesellschaft bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses, in: Jahres-
abschluss und Jahresabschlussprüfung: Probleme, Perspektiven, inter-
nationale Einflüsse, Festschrift für Jörg Baetge, Düsseldorf 1997, S. 981ff.
- Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln (u.a.) 2002
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz, Köln 2007
- Schmidt, Reiner: Das Mitbestimmungsgesetz auf dem verfassungsrechtlichen
Prüfstand, in: Der Staat 1980, S. 235ff.
- Schmoldt, Hubertus: Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaft-
licher Sicht, in: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmit-
bestimmung, München 2004, S. 142 ff.
- Schneevoigt, Ihno: Die Praxis der Mitbestimmung, in: ZfA 2005 S. 233ff.
- Schneider, Uwe H.: in Scholz – Kommentar zum GmbHG, 10. Auflage, Köln
2008

- Schöpflin, Martin: Der nichtrechtsfähige Verein, Heidelberg 2003
- Scholz, Rupert: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, Berlin 1974
- Schubert, Werner/Hommelhoff, Peter: Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft Nr. 4; Berlin New York 1985
- Schuelper, Wolfgang: Das Streikrecht und die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, Diss. Hamburg 1981
- Schwalbach, Joachim: Effizienz des Aufsichtsrats, in: AG 2004, S. 186ff.
- Schwark, Eberhard: Zum Haftungsmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder einer AG, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin, New York 1984, S. 841ff.
- Schwegler, Lorenz: Mitbestimmung und Betriebsverfassung als Instrumente einer koordinierten gewerkschaftlichen Unternehmens- und Betriebspolitik, in: GMH 1977, S. 705ff.
- Schwerdtfeger, Gunter: Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt a.M. 1972
- Seifert, Achim: Unternehmensinteresse und Aufsichtsratsmitbestimmung im Spannungsfeld, in: Jürgens, Ulrich/Schuppert, Gunnar Folke/Sadowski, Dieter/Weiss, Manfred (Hrsg.), Perspektiven der Corporate Governance, Baden-Baden 2007, S. 258ff.
- Seiter, Hugo: Unternehmensmitbestimmung und Tarifauseinandersetzungen, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 589ff.
- Semler, Johannes: Ausschüsse des Aufsichtsrats, in: AG 1988, S. 60ff.
- ders.: Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Köln (u.a.) 1996
- Sina, Peter: Zur Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat bei drohender Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder, in: NJW 1990, S. 1016ff.
- Singhof, Bernd: Die Amtsniederlegung durch das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, in: AG 1998, S. 318ff.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.): Aktiengesetz, München 2007
- Sprau, Hartwig: in Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010 (zit.: Palandt/Sprau, §... Rn. ...)
- Stadler, Markus/Berner, Klaus: Die gerichtliche Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern im dreiköpfigen Aufsichtsrat – ein bisher ungelöstes Problem?, in: NZG 2003, S. 49ff.

- Stege, Dieter: Die Geheimhaltungspflicht für Arbeitnehmer, Betriebsräte und Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, in: DB Beilage Nr. 8 zu Heft 23 1977, S. 1ff.
- Stettes, Oliver: Effiziente Mitbestimmung – Eine ökonomische Analyse, Köln 2007
- ders.: Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?, in: AG 2007, S. 611ff.
- Stöber, Kurt: Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Auflage, Köln 2004
- Teubner, Gunther: Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interesse am Unternehmen „an sich“, in: ZHR 1985, S. 470ff.
- Teuteberg, Hans Jürgen: Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen 1961
- Thüsing, Gregor: Dreierlei Mitbestimmung, in: Festschrift anlässlich des 25-jährigen Bestehens der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Bonn 2006, S. 223ff.
- ders.: Die Kumulation der verschiedenen Instrumente der Mitbestimmung, in: Sozialer Fortschritt 2006, S. 50ff.
- Tschöpe, Ulrich (Hrsg.): Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage, Köln 2007
- Ulmer, Peter: Der Einfluss des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, Heidelberg, Karlsruhe 1979
- ders.: Aufsichtsratsmandat und Interessenkollisionen, in: NJW 1980, S. 1603ff.
- ders.: Stimmrechtsschranken für Aufsichtsratsmitglieder bei eigener Kandidatur zum Vorstand, in: NJW 1982, S. 2288ff.
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Henssler, Martin: Mitbestimmungsrecht, 2. Auflage, München 2006 (zit.: *Bearbeiter* in: Ulmer/Habersack/Henssler §... Rn. ...)
- Ulmer, Peter/Habersack, Matthias/Winter, Martin(Hrsg.): Großkommentar GmbHG, Tübingen 2006
- Valentin, Kurt Joachim: Die Zulässigkeit aufsichtsratsbezogener Mitbestimmung tarifpolitischer und betriebsverfassungsbezogener Beschlussgegenstände, Diss. Köln 1986
- Veith, Günter: Zur Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder , in: NJW 1966, S. 526ff.

- Vetter, Eberhard: Abberufung eines gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieds ohne wichtigen Grund? – Anmerkung zum Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg v. 5.11.2004 – HRB 93752, in: DB 2005, S. 875ff.
- Vetter, Heinz Otto: Das neue Mitbestimmungsgesetz: Probleme und Aufgaben für die Gewerkschaften, in: AuR 1976, S. 257ff.
- Vogel, Wolfgang C.: Aktienrecht und Aktienwirklichkeit – Organisation und Aufgabenteilung von Vorstand und Aufsichtsrat, Baden-Baden 1980
- Volhard, Rüdiger: „Presseerklärungen“ von Mitgliedern des Aufsichtsrats einer AG, in: GRUR 1980, S. 496ff.
- Vollmer, Lothar: Die Entwicklung partnerschaftlicher Unternehmensverfassungen, Köln u.a. 1977
- ders.: Die Rechts- und Pflichtenstellung der Vertreter der Gewerkschaften“ in den Aufsichtsräten mitbestimmter Großunternehmen, in: BB 1977, S. 818ff.
- ders.: Die mitbestimmte GmbH – Gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungsgestaltungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz, in: ZGR 1979, S. 135ff.
- Walker, Wolf-Dietrich: Beschäftigungssicherung durch betriebliche Bündnisse für Arbeit, in: Festschrift für Günther Wiese, Neuwied, Kriftel 1998, S. 603ff.
- ders.: Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, in: ZfA 2004, S. 501ff.
- Wank, Rolf: Der Kompetenzkonflikt zwischen Gesellschaftern und Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH, in: GmbHR 1980, S. 152ff.
- Weick, Günter: in v.Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 2, §§ 21-79, Neubearbeitung Mai 2005
- Weiss, Manfred: Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsurteils (BVerfGE 50, 290ff.), in: KritV 2000, S. 405ff.
- Werder, Axel von: Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, in: AG 2004, S. 166ff.
- Werner, Winfried: Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats, in: ZGR 1977, S. 236ff.
- Wessing, Kurt/Hölters, Wolfgang: Die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern nach Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes, in: DB 1976, S. 1671ff.

- Westerbarkey, Hilmar: Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Streiks und der Aussperrung, Diss. Münster 1968
- Westermann, Harm Peter (Hrsg.): in Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Köln 2008
- Wiedemann, Herbert: Grundfragen der Unternehmensverfassung, in: ZGR 1975, S. 385ff.
- ders.: Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, in: RdA 1976, S. 72ff.
- ders.: Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in: BB 1978, S. 5ff.
- ders.: Gesellschaftsrecht I, München 1980
- ders.: Anmerkung zu BVerfG AP Nr.1 zu §1 MitbestG, Bl. 912ff.
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage, München 2007
- Wienke, Dieter/Prinz, Thomas/Huke, Rainer: Die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, Berlin 2009
- Wilhelm, Jan: Stimmrechtsausschluss und Verbot des Insichgeschäfts, in: JZ 1976, S. 674ff.
- ders.: Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln (u.a.) 1981
- ders.: Selbstwahl eines Aufsichtsratsmitglieds in den Vorstand, in: NJW 1983, S. 912ff.
- ders.: Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin 2009
- Willemsen, Heinz Josef/Stamer, Katrin: Erstreikbarkeit tariflicher Sozialpläne: Die Wiederherstellung der Arbeitskämpfparität, in: NZA 2007, S. 413ff.
- Wisskirchen, Gerlind: Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Aktiengesellschaft, in: DB 2004, S. 2638ff.
- Wißmann, Helmut: Montan-Mitbestimmungsänderungsgesetz: Neuer Schritt zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung, in: NJW 1982, S. 423ff.
- Wlotzke, Otfried: Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, in: ZGR 1977, S. 355ff.
- Wlotzke, Otfried/Wißmann, Helmut, Das neue Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1976, S. 959ff.
- Wlotzke, Otfried/Wißmann, Helmut/Koberski, Wolfgang/Kleinsorge, Georg, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage, München 2008

- Würdinger, Markus: Ausnahmegesetze sind analogiefähig!, in: JuS 2008, S. 949ff.
- Zachert, Ulrich: Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Rechtliche, praktische und mitbestimmungspolitische Aspekte unter Einschluss des Mitbestimmungsgesetzes vom 1. Juli 1976, in: Das Mitbestimmungsgesetz 1976, S. 225ff., 246ff.
- Zieglmeier, Christian: Der Systematik der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber der Gesellschaft, in: ZGR 2007, S. 144ff.
- Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963
- ders.: GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, in: ZGR 1977, S. 319ff.
- ders.: Der Mitbestimmungsgedanke und die Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts, in: AG 1981, S. 13ff.
- ders.: Zur Frage des Gewerkschaftsausschlusses wegen gewerkschaftsschädigender Kandidatur bei Betriebsratswahlen, Stuttgart 1983
- ders.: Die Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen nach dem MitbestG 1976, in: Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen 1994, S. 161ff.
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt: Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 2008
- Zöllner, Wolfgang/Seiter, Hugo: Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 III Grundgesetz, in: ZfA 1970, S. 97ff.

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17

Bernd Wiebauer

Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4

Band 18

Neues Arbeitskampfrecht?

7. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1