

Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten

– Entstehung und Entwicklung des Mitbestimmungsrechts in Deutschland
und verfassungsrechtliche Grundlagen –

Rechtsgutachten

im Auftrag der Sinus Sociovision GmbH, Heidelberg

von

Professor Dr. Christian Rolfs

unter Mitwirkung

der wiss. Mitarbeiter Achim Schmid und Stefan Witschen

Universität zu Köln

Inhaltsübersicht

A. Grundlagen der Unternehmensmitbestimmung	1
I. Begriff und Ziele der Mitbestimmung	1
II. Mitbestimmung und andere Formen der kollektiven Interessenwahrnehmung	2
1. Tarifvertragssystem	3
2. Betriebsverfassung	4
B. Historische Entwicklung der Mitbestimmungsgesetze	6
I. Montan-Mitbestimmungsgesetz	6
1. Entwicklung bis zum Jahre 1945	6
2. Grundlegung der Montan-Mitbestimmung in der Besatzungszeit	7
3. Inkrafttreten des Montan-Mitbestimmungsgesetzes 1951	8
4. Verabschiedung des Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetzes 1956	10
5. Anpassung der Montan-Mitbestimmung an den Verlust der Sonderstellung	11
II. Drittelbeteiligungsgesetz	15
III. Mitbestimmungsgesetz 1976	18
IV. SE-Beteiligungsgesetz	21
1. Entstehungsgeschichte	21
a) Erste Phase (1960 bis 1982)	22
b) Zweite Phase (1985 bis 1995)	22
c) Dritte Phase (1996 bis 2001)	24
d) Vierte Phase (2001 bis 2004)	25
2. Grundzüge des SE-Beteiligungsgesetzes	26
V. SCE-Beteiligungsgesetz	28
VI. Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)	29
1. Entstehungsgeschichte	29
2. Grundzüge des MgVG	30
VII. Reformbestrebungen	31
1. Bewertung der Mitbestimmung	32
2. Europarechtliche Entwicklungen	33

3. Änderungsvorschläge	34
a) Systemwechsel	35
b) Fortentwicklung des bestehenden Systems	35
C. Geltungsbereich der Mitbestimmungsgesetze und Abgrenzung	37
I. Montan-Mitbestimmung	37
1. Erfasste Unternehmen	37
a) Betriebszweck der Unternehmen	37
b) Rechtsform der erfassten Gesellschaften	39
c) Arbeitnehmerzahl	39
2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungsmodellen	39
3. Inländische Gesellschaften	40
4. Mitbestimmungsbeibehaltung	41
a) Verlängerungsklausel des Montan-MitbestG	41
b) Weitere Anwendung des Montan-MitbestErgG	41
c) Allgemeine Weitergeltungsklauseln	41
d) Abstimmung der Verlängerungs- und Beibehaltungsregelung	42
II. Mitbestimmungsgesetz 1976	42
1. Erfasste Unternehmen	42
a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien	43
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft	43
2. Ausnahmen von der Beteiligung nach dem MitbestG 1976	43
a) Vorrang anderer Mitbestimmungsgesetze	43
b) Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften	44
3. Arbeitnehmerzahl und Zurechnung im Konzern	45
a) Mindestarbeitnehmerzahl	45
b) Begriff des Arbeitnehmers	45
c) Beschränkung auf inländische Betriebe	46
d) Sonderfall der Kapitalgesellschaft & Co. KG	46
e) Arbeitnehmerzurechnung im Konzern	47
4. Inländische Gesellschaften	48
5. Mitbestimmungsbeibehaltung	50
III. Drittelbeteiligungsgesetz	50
1. Erfasste Unternehmen	50
a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien	51
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	51
c) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	51
d) Genossenschaft	51

2.	Ausnahmen von der Drittelbeteiligung	51
a)	Vorrang anderer Mitbestimmungsgesetze	52
b)	Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften	52
3.	Arbeitnehmerzahl und Zurechnung im Konzern	52
4.	Inländische Gesellschaften	53
5.	Mitbestimmungsbeibehaltung	54
IV.	Beteiligung in der SE, der SCE und bei grenzüberschreitenden Fusionen	54
1.	Erfasste Unternehmen, Betriebe und Arbeitnehmer	54
2.	Verhältnis zu anderen Mitbestimmungsmodellen	55
D.	Umfang der Verwirklichung der Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und im Vorstand	56
I.	Montan-Mitbestimmung	56
1.	Allgemeines	56
2.	Zusammensetzung des Aufsichtsrats und innere Ordnung	57
a)	Bildung eines Aufsichtsrats	57
b)	Zusammensetzung des Aufsichtsrats	57
c)	Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder	59
d)	Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	61
e)	Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat	62
3.	Vertretungsorgan und Bestellung eines Arbeitsdirektors	62
a)	Personelle Zusammensetzung des Vertretungsorgans und Befugnisse	62
b)	Bestellung und Widerruf der Mitglieder des Vertretungsorgans	63
c)	Bestellung, Widerruf und Befugnisse des Arbeitsdirektors	63
d)	Ausübung von Beteiligungsrechten nur mit Aufsichtsratszustimmung	64
e)	Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan	64
II.	Mitbestimmungsgesetz 1976	64
1.	Allgemeines	64
2.	Zusammensetzung des Aufsichtsrats und innere Ordnung	64
a)	Bildung eines Aufsichtsrats	65
b)	Zusammensetzung des Aufsichtsrats	65
c)	Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder	65
d)	Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	67
3.	Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat	68
4.	Vertretungsorgan und Bestellung eines Arbeitsdirektors	69

a) Personelle Zusammensetzung des Vertretungsorgans und Befugnisse	69
b) Bestellung und Widerruf der Mitglieder des Vertretungsorgans	69
c) Bestellung, Widerruf und Befugnisse des Arbeitsdirektors	70
d) Ausübung von Beteiligungsrechten nur mit Aufsichtsrats-Zustimmung	72
e) Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan	72
III. Drittelbeteiligungsgesetz	72
1. Allgemeines	72
2. Anzahl der Arbeitnehmervertreter	73
a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien	73
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	74
c) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	74
d) Genossenschaft	74
3. Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf Arbeitnehmerseite	74
4. Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat	76
5. Kein Arbeitsdirektor	76
IV. Beteiligung in der SE, der SCE und bei grenzüberschreitenden Fusionen	77
1. Allgemeines	77
2. Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung	77
a) Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums	77
b) Verhandlungsverfahren und möglicher Abschluss einer Vereinbarung	78
aa) Allgemeines zum Verhandlungsverfahren	78
bb) Möglicher Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen	79
cc) Willensbildung im besonderen Verhandlungsgremium	79
dd) Inhalt einer Mitbestimmungsvereinbarung	80
3. Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes	80
a) Anwendungsbereich	80
b) Umfang der Mitbestimmung	81
aa) Auffangregelung nach SE-Beteiligungsgesetz und SCE-Beteiligungsgesetz	81
bb) Auffangregelung nach MgVG	83
4. Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan	84

E. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Mitbestimmungsrechts	86
1. Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)	87
a) Garantie des Anteilseigentums	87
aa) Anforderungen an den Schutz des Anteilseigner und die Rechtsordnung	87
bb) Kein Eingriff in Form der Enteignung	88
cc) Gerechtfertigter Eingriff in Form der Inhalts- und Schrankenbestimmung	89
b) Eigentumsschutz der Unternehmen	92
2. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)	93
3. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	94
4. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)	95
5. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	97
F. Zusammenfassung	101

A. Grundlagen der Unternehmensmitbestimmung

I. Begriff und Ziele der Mitbestimmung

Nach der Konzeption des deutschen Rechts ist unter Mitbestimmung in Unternehmen jede durch Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern in Unternehmensorganen vermittelte institutionelle Teilhabe der Belegschaft an Planungen, Entscheidungen und Kontrolle des Unternehmens zu verstehen (*unternehmerische Mitbestimmung*)¹.

Die *unternehmerische* Mitbestimmung nach den einschlägigen Mitbestimmungsgesetzen ist von der *betrieblichen* Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu unterscheiden.

Das Mitbestimmungsrecht geht von dem faktischen sozialen Befund aus, dass der einzelne Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber „strukturell unterlegen“² ist, dass es in Bezug auf ein Unternehmen divergierende und daher eines Ausgleichs bedürftiger Interessen von Anteilseignern und Arbeitnehmern gibt und dass gleichwohl aber zumindest im Hinblick auf den Bestand und die langfristige Profitabilität des Unternehmens Interessenübereinstimmung besteht. Vor diesem Hintergrund soll die Mitbestimmung als ein Instrument kollektiver Interessenwahrnehmung gewährleisten, dass bei den unternehmerischen Planungen und Entscheidungen neben den Interessen der Anteilseigner auch die Belange der Arbeitnehmer berücksichtigt werden.

Im sogenannten Mitbestimmungsurteil vom 1. März 1979 führt das Bundesverfassungsgericht³ zur allgemeinen gesellschaftspolitischen Bedeutung der Mitbestimmung aus:

„[Das Mitbestimmungsgesetz 1976] hat indessen ... die Aufgabe, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern ... und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen ... Dies dient nicht nur einem reinen Gruppeninteresse. Vielmehr haben die durch die institutionelle Mitbestimmung angestrebte Kooperation und Integration, die eine Berücksichtigung auch anderer als der unmittelbaren eigenen Interessen erfordern, allgemeine gesellschaftspolitische Bedeutung; die Mitbestimmung ist namentlich als geeignet angesehen worden, die Marktwirtschaft politisch zu sichern ... In dieser Bedeutung soll sie – ungeachtet ihrer Ausgestaltung im einzelnen – dem Wohl der Allgemeinheit dienen.“

¹ *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vorbem. RdNr. 1.

² BVerfG, Beschluss vom 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85 (87).

³ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 ff.

Die Mitbestimmung ist naturgemäß auf Ziele beschränkt, die im Einwirkungsbereich unternehmerischer Entscheidungen liegen. Die für diese bestehenden Spielräume sind rechtlich und ökonomisch begrenzt. Auch mitbestimmte Unternehmen müssen sich im Wettbewerb auf Güter-, Dienstleistungs- und Kapitalmärkten behaupten, da die Mitbestimmung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht aufheben soll. Innerhalb der verbleibenden Freiräume soll die Mitbestimmung auf die Unternehmenspolitik Einfluss nehmen, wozu insbesondere auch die soziale Gestaltung einer konkreten unternehmerischen Reaktion auf eine an sich zwingende ökonomische Situation zu zählen ist⁴.

Insgesamt gelangte das BVerfG⁵ in seinem Urteil zur Montan-Mitbestimmung vom 2. März 1999 zu folgender Erkenntnis:

„Auch in tatsächlicher Hinsicht lässt sich nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung keine besonders nachhaltige Erschwerung der unternehmerischen Entscheidungsabläufe oder Verminderung der Rentabilität feststellen. Zwar mag der bei diesem Mitbestimmungsmodell bestehende erhöhte Kompromisszwang dazu führen, dass Entscheidungen verzögert werden oder in Einzelfällen ganz unterbleiben. Dem stehen aber die breite Konsensbasis und die damit regelmäßig verbundene größere Tragfähigkeit der Entscheidungen gegenüber.“

II. Mitbestimmung und andere Formen der kollektiven Interessenwahrnehmung

Die „strukturelle Unterlegenheit“ des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber seinem jeweiligen Arbeitgeber, in dessen Geschäftsführung sich zugleich die Interessen der Unternehmensanteileigner bündeln, hat zu der Erkenntnis geführt, dass eine wirksame Interessenwahrnehmung zugunsten der Arbeitnehmer kollektiver Instrumente bedarf.

Neben der Mitbestimmung haben sich weitere Formen der kollektiven Interessenvertretung der Arbeitnehmer entwickelt, namentlich das Tarifvertragssystem und die Betriebsverfassung, die rechtlich unabhängig voneinander bestehen, sich jedoch in ihrer Regelungsrichtung wechselseitig ergänzen.

⁴ Preis, Arbeitsrecht (2. Aufl. 2009), § 143, S. 422; *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vorbem. RdNr. 4.

⁵ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 ff.

1. Tarifvertragssystem

Vom Tarifvertragssystem unterscheidet sich die Mitbestimmung in vielfacher Hinsicht.

Tarifverträge sind gemäß § 1 Abs. 1 TVG i.V. mit § 2 TVG privatrechtliche Verträge zwischen tariffähigen Parteien, also einer Gewerkschaft, einem Arbeitgeber, einem Arbeitgeberverband oder einem jeweiligen Spitzenverband. Tarifverträge bestehen aus zwei Teilen, einem schuldrechtlichen und einem normativen Teil. Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags beinhaltet die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien im Verhältnis zueinander, insbesondere die Friedens- und die Durchführungspflicht. Im normativen Teil setzen die Tarifparteien gemäß § 1 Abs. 1 TVG i.V. mit § 4 Abs. 1 und 2 TVG Rechtsnormen bezüglich Inhalt, Abschluss und Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie in Bezug auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und etwaige gemeinsame Einrichtungen.

Grob gesprochen normieren Tarifverträge also Fragen, die das Arbeitsverhältnis und die Organisation der Arbeit im Betrieb betreffen. Damit beeinflussen Tarifverträge unternehmerische Entscheidungen nur mittelbar durch die Vorgabe einzelner Rahmenbedingungen, die konkrete Ausgestaltung der Geschäftspolitik durch wirtschaftliche Entscheidungen bleibt der Geschäftsführung des Unternehmens unter Kontrolle des jeweiligen Aufsichtsorgans überlassen⁶. Die Mitbestimmung wirkt dagegen auf die Unternehmenspolitik unmittelbar und umfassend, also gerade auch in wirtschaftlichen Fragen ein, ohne dabei jedoch Einzelfragen des Arbeitsverhältnisses und der betrieblichen Arbeitsorganisation zu erfassen und den insoweit bestehenden Schutzbedarf der Arbeitnehmer zu befriedigen.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass das System kollektiven Interessenausgleichs durch Tarifverträge auf Arbeitnehmerseite ausschließlich von Gewerkschaften und deren Mitgliedern getragen wird, während in die Mitbestimmung die gesamte jeweilige Belegschaft eines Unternehmens einbezogen ist, ohne Rücksicht auf eine etwaige Gewerkschaftszugehörigkeit.

Des Weiteren steht im Tarifvertragssystem der Arbeitskampf als eskalatorisches Instrument der Konfliktlösung zur Verfügung, während die Mitbestimmung auf den konsensualen Ausgleich gegenläufiger Interessen von Arbeitnehmern und Anteilseignern im Entscheidungsprozess innerhalb eines Unternehmensorgans oder zwischen unterschiedlichen Organen desselben Unternehmens ausgerichtet ist und dies durch besondere Vorkehrungen sichert.

⁶ *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vorbem. RdNr. 6.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Mitbestimmungsrecht, anders als beispielsweise das Betriebsverfassungsrecht in § 3 BetrVG, keine Öffnungsklauseln enthält, die eine Gestaltung durch Tarifvertrag zulassen würden.

2. Betriebsverfassung

Auch von der Betriebsverfassung unterscheidet sich die Mitbestimmung substantiell.

Die Betriebsverfassung, welche die *betriebliche* Mitbestimmung eröffnet, ist auf die Regelung des Arbeitsverhältnisses sowie die Organisation der Arbeit im Betrieb beschränkt, wie sich aus der Aufgabenbeschreibung des Betriebsrats in § 80 Abs. 1 BetrVG ergibt. Als privatrechtlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zur Umsetzung der *betrieblichen* Mitbestimmung können Betriebsvereinbarungen im Sinne von § 77 BetrVG ähnlich einem Tarifvertrag über einen schuldrechtlichen und einen normativen Teil verfügen. Der schuldrechtliche Teil verschafft den Betriebspartnern im Verhältnis zueinander Rechte und Pflichten, wozu insbesondere die Durchführungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 77 Abs. 1 BetrVG hinsichtlich der getroffenen Vereinbarung zählt⁷. Der normative Teil kann soziale, personelle oder wirtschaftliche Angelegenheiten des Betriebes betreffen.

Die rechtliche Selbständigkeit und das Nebeneinander von Betriebsverfassung und Mitbestimmung sind demnach der satzungsmäßigen Kompetenzaufteilung innerhalb eines Unternehmens und der darauf aufbauenden autonomen Organisation geschuldet⁸. Die *unternehmerische* Mitbestimmung in Organen des Unternehmens erfasst ohne gegenständliche Begrenzung das Unternehmen als Wirtschaftseinheit und daher alle unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsprozesse, nicht aber die konkrete Umsetzung von deren Ergebnissen im konkreten Betriebsalltag. Die *unternehmerische* Mitbestimmung betrifft somit die ökonomische Makroebene des Unternehmens, die *betriebliche* Mitbestimmung im Rahmen des BetrVG die arbeitsrechtliche Mikroebene. Betriebsverfassung und Mitbestimmung wirken damit auf verschiedenen Ebenen, auf denen für die Arbeitnehmer relevante Entscheidungen getroffen werden.

Obwohl *unternehmerische* und *betriebliche* Mitbestimmung grundsätzlich auf unterschiedlichen Entscheidungsebenen wirken, bestehen Überschneidungen. Die Unterrichts- und Beratungsrechte des Betriebsrats mit wirtschaftlichem Bezug, wie sie etwa dem Wirtschaftsausschuss nach § 106 BetrVG oder dem Betriebsrat bei Betriebsänderungen über § 112

⁷ BAG, Beschluss vom 24. 2. 1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639 (640).

⁸ Raiser, Mitbestimmungsgesetz (4. Aufl. 2002), Einl. MitbestG RdNr. 56.

BetrVG zustehen, haben regelmäßig denselben Gegenstand wie die Berichterstattungspflicht, welche die Geschäftsführung gegenüber einem *unternehmensmitbestimmten* Aufsichtsgremium trifft. So hat beispielsweise der Vorstand einer Aktiengesellschaft gemäß § 90 Abs. 1 AktG regelmäßig auch dem Aufsichtsrat über die Geschäftspolitik, die Rentabilität und den Gang der Geschäfte zu berichten. Demgegenüber kommt es im Bereich der *betrieblichen* Mitbestimmungsrechte praktisch nicht zu einer Überschneidung mit der *unternehmerischen*. Zwar können durch die *betriebliche* Mitbestimmung Rahmenbedingungen geschaffen werden, welche mittelbar auf die unternehmerischen Planungsentscheidungen durchschlagen, wie etwa bei den Kosten eines Sozialplans nach § 112 Abs. 1 BetrVG. Die Kompetenz für die konkrete Ausgestaltung der Geschäftspolitik, auch unter Berücksichtigung der durch die *betriebliche* Mitbestimmung geschaffenen Umstände, verbleibt jedoch bei der Geschäftsführung des Unternehmens unter Kontrolle des jeweiligen Aufsichtsorgans.

Entsprechend der Zweckrichtung, die Arbeitnehmerinteressen bei Umsetzung der unternehmerischen Planungsentscheidungen auf arbeitsrechtlicher Ebene zu wahren, erfasst die *betriebliche* Mitbestimmung gemäß §§ 3, 5 Abs. 1, 7 BetrVG sämtliche Arbeitnehmer der jeweils betroffenen organisatorischen Einheit (Betrieb, Unternehmen, Konzern) ohne Rücksicht auf eine Gewerkschaftszugehörigkeit.

Mit der *unternehmerischen* Mitbestimmung teilt sich die *betriebliche* Mitbestimmung den konsensualen Ansatz. Der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als kollektivem Vertretungsorgan der Arbeitnehmer hat gemäß § 74 Abs. 1 BetrVG im Wege vertrauensvoller Zusammenarbeit auf dem Verhandlungswege zu erfolgen, eskalatorische Arbeitskämpfmaßnahmen sind nach § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG unzulässig. Zur Beilegung von Meinungsstreitigkeiten kann über § 76 Abs. 1 BetrVG eine Einigungsstelle angerufen werden, die im Falle der erzwingbaren *betrieblichen* Mitbestimmung die fehlende Einigung nach Maßgabe von § 76 Abs. 5 BetrVG ersetzen kann.

B. Historische Entwicklung der Mitbestimmungsgesetze

I. Montan-Mitbestimmungsgesetz

Die Montan-Mitbestimmung ist älter als das Grundgesetz. Die Anfänge der Montan-Mitbestimmung in ihrer noch heute gültigen Form reichen in die Besatzungszeit nach dem Zweiten Weltkrieg zurück, ihre rechtlichen Wurzeln sogar bis zum Betriebsrätegesetz der Weimarer Republik. Die rechtliche Fortentwicklung und praktische Bedeutung der Montan-Mitbestimmung in den letzten Jahrzehnten ist weitgehend durch den Verlust der Sonderstellung der Montan-Produktion als Schlüsselindustrie geprägt.

1. Entwicklung bis zum Jahre 1945

Als konzeptionelle Vorläufer der Montan-Mitbestimmung sind die Sondergesetze für die Kohlen- und Kaliwirtschaft einzustufen, die im Frühjahr 1919 verkündet wurden⁹. Von der Montan-Mitbestimmung in der heute bekannten Gestaltung unterschieden sich diese Gesetze jedoch im Wesentlichen dadurch, dass sie die Leitung des jeweiligen Wirtschaftszweigs einem Reichskohlenrat bzw. Reichskalirat übertrugen. Jedoch gehörten diesen Räten auch Vertreter der Arbeitnehmer an, die von ihren Verbänden vorgeschlagen und von der Reichsregierung ernannt wurden.

Mit dem Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 (BRG)¹⁰ sowie dem Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. Februar 1922 (GEB)¹¹ erfuhr der Mitbestimmungsgedanke eine erste rechtliche Verallgemeinerung in der Weimarer Republik¹². Die Rahmenregelung des § 70 BRG erschöpfte sich zunächst in der allgemeinen Festlegung, dass in Unternehmen, in denen ein Aufsichtsrat bestand, ein oder zwei Betriebsratsmitglieder als voll stimmberechtigte Mitglieder entsandt wurden, sofern nicht – wie in der Kohle- und Kaliwirtschaft – aufgrund anderer Gesetze eine gleichartige Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vorgesehen war. Das BRG ließ jedoch die vorhandene gesellschaftsrechtliche Struktur der Unternehmen unberührt. Insbesondere schuf das BRG keinen Zwang, einen Aufsichtsrat zu bilden, sodass eine Entsendung von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat nur möglich war, wenn dieser aus anderen Gründen existierte. Die Bestimmung des § 70

⁹ Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 23. 3. 1919, RGBl. S. 343; Gesetz über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. 4. 1919, RGBl. S. 413.

¹⁰ Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920, RGBl. S. 147.

¹¹ Gesetz über über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. 2. 1922, RGBl. S. 209.

¹² Näher *Köstler*, Das steckengebliebene Reformvorhaben (1987), S. 19 ff.; *Hans-Böckler-Stiftung* (Hrsg.), Die Praxis der Weimarer Betriebsräte im Aufsichtsrat (1986).

BRG wurde durch das GEB näher ausgestaltet. Das GEB erfasste alle Unternehmen, die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der eingetragenen Genossenschaft, des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit oder der bergrechtlichen Gewerkschaft verfasst waren und bei denen ein Aufsichtsrat bestand. Bestand der Aufsichtsrat nach dem Gesellschaftsvertrag aus zwei Personen, konnte ein von den Betriebsräten des Unternehmens gebildeter Wahlkörper nur ein Betriebsratsmitglied entsenden. Bestand der Aufsichtsrat aus mehr als zwei Mitgliedern oder waren in dem Wahlkörper beide Arbeitnehmergruppen (Arbeiter und Angestellte) vertreten, sah das Gesetz eine Entsendung von zwei Betriebsratsmitgliedern vor. Die Wahlordnung vom 23. März 1922¹³ regelte die näheren Einzelheiten.

Als mit dem nationalsozialistischen „Führerprinzip“ unvereinbar wurden das BRG und GEB durch § 65 Nr. 1 und 3 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934¹⁴ aufgehoben und die Mitbestimmung in den Unternehmen bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs beseitigt.

2. Grundlegung der Montan-Mitbestimmung in der Besatzungszeit

Erst nach Zusammenbruch des Nationalsozialismus konnte sich die Mitbestimmung wieder entfalten.

Nachdem die Unternehmen der Montanindustrie in den westlichen Besatzungszonen zunächst beschlagnahmt und dann durch Gesetze der britischen und amerikanischen Militärregierung zum Zwecke der Entflechtung in neue Gesellschaften überführt worden waren, konnten die Gewerkschaften ab 1947 eine weitergehende Form der Arbeitnehmerbeteiligung durchsetzen. Zunächst ohne gesetzliche Grundlage im Einvernehmen zwischen Besatzungsbehörden, Gewerkschaften und Eigentümern erlangten die Arbeitnehmer durch privatautonome Vereinbarung eine paritätische Vertretung in den Aufsichtsräten der Unternehmen sowie die Entsendung eines auf Vorschlag der Gewerkschaften und der Betriebsräte bestimmten Arbeitsdirektors in die Vorstände (Eisen- und Stahlindustrie) bzw. in das die ganze Branche umfassende Leitungsorgan (Deutsche Kohlenbergbau-Leitung)¹⁵.

¹³ Wahlordnung vom 23. 3. 1922, RGBl. S. 307.

¹⁴ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934, RGBl. I, S. 45.

¹⁵ Ausführlich *Müller*, Mitbestimmung in der Nachkriegszeit (1987); *Müller-List*, Montan-Mitbestimmung (1984); *Pothoff*, Der Kampf um die Montan-Mitbestimmung (1957).

3. Inkrafttreten des Montan-Mitbestimmungsgesetzes 1951

Die neu eingeführte Mitbestimmung wurde jedoch dadurch in Frage gestellt, dass nach dem Gesetz Nr. 27 der Alliierten Hohen Kommission vom 16. Mai 1950 (AHK-Gesetz Nr. 27) die entflochtenen Gesellschaften in „Einheitsgesellschaften“ überführt werden sollten, für die deutsches Recht vorgesehen war, welches keine entsprechende Regelung der Mitbestimmung enthielt.

Die Gewerkschaften erhoben daraufhin die Forderung, die Einrichtung und das Fortbestehen der paritätischen Besetzung der Aufsichtsräte sowie die Entsendung eines Arbeitnehmersvertreters als Arbeitsdirektor in den Vorstand sowohl für den Bereich der Stahlindustrie wie auch für Unternehmen des Bergbaus gesetzlich abzusichern. Im Fortgang der eingeleiteten Diskussion stellten Sachverständige und Vertreter des Deutschen Gewerkschaftsbundes Ende Januar 1951 „Richtlinien über die Mitbestimmung in der Kohle und Eisen schaffenden Industrie“¹⁶ vor. Die wesentlichen Inhalte wurden von der Bundesregierung übernommen und als Gesetzentwurf eingebracht¹⁷.

Unter dem Druck gewerkschaftlicher Streikdrohungen wurde das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21. Mai 1951 (Montan-MitbestG)¹⁸ verabschiedet, welches den Gesetzentwurf der Bundesregierung unter weitgehender Berücksichtigung der einschlägigen Ausschussbeschlüsse¹⁹ umsetzte.

Nach § 1 Abs. 1 MontanMitbestG unterfielen drei Gruppen von Unternehmen der Montan-Mitbestimmung: Erstens die Unternehmen, deren überwiegender Betriebszweck im Bereich des Montanbergbaus oder der Montanverarbeitung lag, zweitens die im AHK-Gesetz Nr. 27 im einzelnen aufgeführten Unternehmen, die der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie angehörten, und drittens die von den vorgenannten Gruppen abhängigen Unternehmen, soweit sie selbst die Voraussetzungen der ersten Gruppe erfüllten oder überwiegend Eisen und Stahl erzeugten. Voraussetzung bei diesen Unternehmen war zudem, dass sie in einer bestimmten Rechtsform betrieben wurden, nämlich als Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder bergrechtlichen Gewerkschaft, und in der Regel mehr als eintausend Arbeitnehmer beschäftigten.

¹⁶ Abgedruckt bei *Kötter*, Mitbestimmungsrecht (1952), Anhang I. 1.

¹⁷ BT-Drucks. I/1858.

¹⁸ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21. 5. 1951 (Montan-MitbestG), BGBl. I, S. 347.

¹⁹ BT-Drucks. I/2042.

Der Geltungsbereich des Montan-Mitbestimmungsgesetzes erstreckte sich bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1951 auf insgesamt 105 Unternehmen, davon 34 Unternehmen der Eisen- und Stahlerzeugung und 71 Bergbauunternehmen²⁰.

Das Montan-Mitbestimmungsgesetz sieht gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a und b Montan-MitbestG in den von ihm erfassten Gesellschaften die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats vor. Betreibt eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Unternehmen, das vom sachlichen Anwendungsbereich des § 1 Montan-MitbestG erfasst ist, hat die Gesellschaft nach § 3 Abs. 1 Montan-MitbestG einen Aufsichtsrat zu bilden. Der gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 1 und 2 Montan-MitbestG in der Regel elf, je nach Größe der Gesellschaft aber auch 15 oder 21 Personen umfassende Aufsichtsrat besteht zu gleichen Teilen aus Mitgliedern, die von der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite bestimmt werden. Zur Überwindung von Pattsituationen gehört dem Aufsichtsrat ein weiteres Mitglied im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c Montan-MitbestG an, der sogenannte „neutrale Mann“. Er soll nach § 8 Abs. 1 Montan-MitbestG von den übrigen Mitgliedern des Aufsichtsrats der Hauptversammlung oder dem sonstigen Wahlorgan der Gesellschaft mit Stimmenmehrheit sowohl der Anteilseigner- als auch der Arbeitnehmervertreter zur Wahl vorgeschlagen werden. Für den Fall, dass ein gemeinsamer Vorschlag nicht zustande kommt oder eine vorgeschlagene Person nicht gewählt wird, sieht § 8 Abs. 2 Montan-MitbestG die Bildung eines paritätisch zu besetzenden Vermittlungsausschusses vor, der sich auf einen Dreivorschlag einigen soll, aus dem das Wahlorgan die Auswahl zu treffen hat. Kommt eine Wahl auch in dem insoweit vorgesehenen Verfahren nicht zustande, kann das Wahlorgan nach § 8 Abs. 3 Montan-MitbestG von sich aus das weitere Mitglied wählen.

Für die Arbeitnehmerseite gehören dem Aufsichtsrat im Fall der Regelbesetzung mit elf Mitgliedern vier Vertreter der Arbeitnehmer und ein weiteres Mitglied an, § 4 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b Montan-MitbestG. Sie werden dem Wahlorgan der Gesellschaft gemäß § 6 Montan-MitbestG von den Betriebsräten vorgeschlagen, wobei die Betriebsräte teilweise in Abstimmung mit den Gewerkschaften, teilweise auf deren Vorschläge handeln. Die fünf Repräsentanten der Arbeitnehmerseite verteilen sich auf zwei Mitglieder, die in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein müssen und vom Betriebsrat vorgeschlagen werden, zwei Mitglieder, die dem Betriebsrat von den Gewerkschaften vorgeschlagen werden und nicht betriebsangehörig zu sein brauchen²¹, sowie ein weiteres von den Gewerkschaften vorgeschlagenes Mitglied, das weder Repräsentant einer Gewerkschaft noch in dem Unternehmen als Arbeitnehmer tätig sein darf.

²⁰ BT-Drucks VI/334, S. 11.

²¹ Ein gewerkschaftliches Entsendungsrecht gegen den Willen der Betriebsräte gibt es seit dem Gesetz zur Änderung des Montan-MitbestG und des Montan-MitbestErgG vom 21. 5. 1981, BGBl. I, S. 441 nicht mehr.

Eine selbständige Vertretung der leitenden Angestellten sieht das Montan-Mitbestimmungsgesetz nicht vor.

Des Weiteren bestimmt § 13 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG, dass in der Unternehmensleitung der betroffenen Gesellschaften (Vorstand) ein Arbeitsdirektor bestellt wird. Als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands ist er insbesondere für Personal- und Sozialangelegenheiten verantwortlich. Der Arbeitsdirektor kann gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 Montan-MitbestG nicht gegen den Mehrheitswillen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestellt oder abberufen werden. Bei der Bestellung oder Abberufung der übrigen Vorstandsmitglieder wirken die Arbeitnehmervertreter im Rahmen ihrer allgemeinen Befugnisse mit.

4. Verabschiedung des Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetzes 1956

Das Montan-MitbestG hatte die Mitbestimmung in einem Konzernverbund ungeregelt gelassen. Durch die ab 1951 einsetzende erneute Verflechtung und Konzentration der Montanindustrie drohte der Stand der Unternehmensmitbestimmung durch die Bildung „montanfreier“ Holding-Gesellschaften unterlaufen zu werden. Um auch Konzernobergesellschaften, die montan-mitbestimmte Unternehmen beherrschten, aber selber keiner qualifizierten Form der Mitbestimmung unterlagen, in die Montan-Mitbestimmung einzubeziehen, verabschiedete der Gesetzgeber auf der Basis des Regierungsentwurfes²² und der Ausschussempfehlungen²³ das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 7. August 1956 (MitbestErgG)²⁴.

Das Montan-MitbestErgG erfasste in seiner ursprünglichen Fassung Konzernobergesellschaften, die zwar nach ihrem eigenen Betriebszweck nicht die Voraussetzungen für die Anwendung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes erfüllten, aber aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung ein montan-mitbestimmtes Unternehmen beherrschten. Ein rein faktisches Abhängigkeitsverhältnis reichte zunächst nicht aus. Soweit das herrschende Unternehmen einem Konzern vorstand, dessen Unternehmenszweck durch die montan-mitbestimmten Konzernunternehmen (beherrschte Tochterunternehmen) gekennzeichnet war, sollten auch für die Konzernobergesellschaft grundsätzlich die Regelungen der Montan-Mitbestimmung gelten. Der Unternehmenszweck eines Konzerns war nach § 3

²² BT-Drucks. II/986.

²³ BT-Drucks. II/2387.

²⁴ Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 7. 8. 1956, BGBl. I, S. 707.

Montan-MitbestErgG a.F. durch die unter das Montan-MitbestG fallenden Konzernunternehmen dann gekennzeichnet, wenn diese mehr als die Hälfte der Umsätze sämtlicher Konzernunternehmen erzielten.

Die Unternehmensmitbestimmung für Konzernobergesellschaften nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist in ihren wesentlichen Zügen der Regelung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes nachgebildet. Dies gilt vor allem für die paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats, der nach § 5 MitbestErgG in der Regel aus 15, unter Umständen in großen Gesellschaften auch aus 21 Mitgliedern besteht. In der bis 1981 geltenden Fassung des MitbestErgG setzten sich die im Regelfall sieben Vertreter der Arbeitnehmer aus vier durch Wahl bestimmten konzernangehörigen Arbeitnehmern und drei von den Gewerkschaften entsandten Mitgliedern zusammen.

Bei seinem Inkrafttreten unterlagen dem MitbestErgG acht Unternehmen²⁵.

5. Anpassung der Montan-Mitbestimmung an den Verlust der Sonderstellung

Die Verabschiedung des Montan-MitbestErgG bildete den Auftakt zu einer Kette von Sicherungsgesetzen, mit denen das Ausscheiden von Unternehmen aus der Montan-Mitbestimmung trotz schrumpfender Montantätigkeit verhindert werden sollte.

In seiner bis 1967 geltenden Ursprungsfassung bestimmte das Gesetz in § 16 Abs. 1 Montan-MitbestErgG a.F., dass die als Voraussetzung für den Eintritt und den Wegfall der Montan-Mitbestimmung in § 3 Abs. 2 Satz 1 MitbestErgG genannten Montan-Umsätze in einem Referenzzeitraum von zwei Jahren bestanden haben mussten.

In den Geschäftsjahren 1966 und 1967 hatte die Rheinstahl AG „montannegative“ Umsatzergebnisse erzielt und drohte aus dem Geltungsbereich der Montan-Mitbestimmung herauszufallen. Um dies zu verhindern, verlängerte der Gesetzgeber durch die sog. „Lex Rheinstahl“ vom 27. April 1967²⁶ den Referenzzeitraum für das Erreichen oder den Wegfall der Montan-Wertschöpfungsquote in § 16 MitbestErgG von zwei Jahren auf fünf Jahre.

²⁵ BT-Drucks VI/334, Anl. 4, S. 146 ff.

²⁶ Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 27. 4. 1967, BGBl I, S. 505.

Der Bestand der Montan-Mitbestimmung in den Konzernobergesellschaften war durch die „Lex Rheinstahl“ zunächst nur für einen Übergangszeitraum gesichert. Um die qualifizierte Form der Mitbestimmung angesichts geänderter Konzernstrukturen und Produktionsbedingungen längerfristig zu erhalten, sah sich der Gesetzgeber Ende 1971 genötigt, abermals tätig zu werden. Mit bis Ende 1975 befristetem Gesetz vom 29. November 1971²⁷ („2. Lex Rheinstahl“) wurden Unternehmen, die dem Montan-Mitbestimmungsgesetz unterfielen, aus dessen Geltungsbereich erst dann entlassen, wenn sie die Montan-Produktion völlig eingestellt hatten. Hinsichtlich der Konzernobergesellschaften wurde angeordnet, dass diese aus dem Geltungsbereich des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes ausscheiden, wenn die Montan-Umsätze des Konzerns entweder in fünf aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren unter 40% oder in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren unter 25% absanken.

Anfang der 1980er Jahre löste die Aussicht, dass die Mannesmann AG aufgrund betrieblicher Umstrukturierungen aus der Montan-Mitbestimmung ausscheiden und künftig dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen werde, erneute gesetzgeberische Aktivität aus. Diese mündete in der Gesetzesnovelle vom 21. Mai 1981²⁸. Herzstück war die sogenannte Weitergeltungsklausel. Ihr zufolge konnten Unternehmen, die dem Montan-MitbestG unterlagen, erst dann aus dieser Mitbestimmungsart ausscheiden, wenn die Anwendungsvoraussetzungen in sechs aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht mehr gegeben waren. Parallel hierzu wurde der zeitliche Referenzrahmen für die dem MitbestErgG unterfallenden Unternehmen von fünf auf sechs Jahre verlängert. Darüber hinaus wurde aber auch das gewerkschaftliche Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern beschnitten, indem die von der Gewerkschaft vorgeschlagenen Mitglieder der Wahl durch die Arbeitnehmer bzw. ihrer Betriebsräte oder Delegierten unterworfen wurden.

Auch das Sicherungsgesetz 1981 konnte die Montan-Mitbestimmung nur bis Ende 1987 gewährleisten. Zu diesem Zeitpunkt gab es in Deutschland noch fünf Konzernobergesellschaften, die von der Montan-Mitbestimmung betroffen waren²⁹. Um eine weitere Erosion der Zahl der montanmitbestimmten Unternehmen zu verhindern, verlängerte der Gesetzgeber mit Gesetz vom 23. Juli 1987³⁰ ein weiteres Mal die Referenzfrist bis zum

²⁷ Gesetz über die befristete Fortgeltung der Mitbestimmung in bisher den Mitbestimmungsgesetzen unterliegenden Unternehmen vom 29. 11. 1971 (Mitbestimmungsfortgeltungsgesetz), BGBl. I, S. 1857.

²⁸ Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21. Mai 1981, BGBl. I, S. 441.

²⁹ Mannesmann AG, Thyssen AG, Klöckner-Werke AG und Hoesch AG (alle Montan-MitbestG), sowie die Salzgitter AG (MitbestErgG).

³⁰ Gesetz zur Verlängerung von Auslaufzeiten in der Montan-Mitbestimmung vom 23. 7. 1987, BGBl. I, S. 1676 (Auslaufzeitenverlängerungsgesetz).

31. Dezember 1988, um die Kontinuität bis zu einer dauerhaften Lösung zu gewährleisten.

Nach der Bundestagswahl 1987 verständigten sich die Koalitionspartner CDU/CSU und FDP auf eine Neuregelung des Betriebsverfassungsrechts sowie eine dauerhafte Sicherung der Montan-Mitbestimmung, die als bewährte Sonderform der Unternehmensmitbestimmung im Montan-Bereich wegen dessen gesamtwirtschaftlicher Bedeutung für die Energie- und Grundstoffversorgung erhalten bleiben sollte. Der von den Regierungsparteien eingebrachte Gesetzesentwurf³¹ war Gegenstand kontroverser Diskussionen in den Ausschussberatungen. Er mündete schließlich im sog. Montan-Mitbestimmungs-Sicherungsgesetz vom 20. Dezember 1988³², welches die Rechtslage im Wesentlichen wie folgt änderte:

- Für die bereits bisher dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegenden Konzernobergesellschaften genügte zur weiteren Anwendung des Gesetzes, dass die montan-mitbestimmten Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen insgesamt mindestens 20% des Umsatzes sämtlicher Konzernunternehmen erzielten oder in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigten. Zuvor war es Voraussetzung für die weitere Anwendung des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, dass die zum Konzern gehörigen montan-mitbestimmten Unternehmen mehr als die Hälfte des gesamten Konzernumsatzes erzielten.
- Konzernobergesellschaften, die bisher dem Montan-MitbestG 1951 unterlagen, blieben nach dem Ende der bisher sechsjährigen Auslaufzeit weiterhin montan-mitbestimmt, sollten aber in das Regelungsregime des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes überwechseln. Die fortdauernde Anwendung der Montan-Mitbestimmung war auch bei diesen Konzernobergesellschaften davon abhängig, dass die montan-mitbestimmten Tochterunternehmen entweder mindestens 20% des Konzern-Gesamtumsatzes erzielten oder insgesamt mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigten.
- Konzernobergesellschaften, die vor der Gesetzesänderung nicht der Montan-Mitbestimmung unterlagen, wurden – wie vorher – erst dann von der Geltung des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes erfasst, wenn die montan-mitbestimmten Tochterunternehmen in sechs aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren zu mehr als 50% an der Wertschöpfung des Gesamtkonzerns beteiligt waren.

³¹ BT-Drucks. 11/2503, S. 1.

³² Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung vom 20. 12. 1988, BGBl. I, S. 2312 (Montan-Mitbestimmungssicherungsgesetz).

- Ferner wurde das bisher in § 1 MitbestErgG statuierte Organschaftsverhältnis, also das Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach den §§ 291 f. AktG oder einer Beherrschung durch organschaftliche Eingliederung, als zwingende Anwendungsvoraussetzung für das MitbestErgG aufgehoben. Fortan reichte ein faktisches Konzernverhältnis aus.
- Schließlich änderte sich die Zusammensetzung der Gruppe der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sowie die Vorschriften zu deren Wahl und Abberufung. Die entsprechenden Regelungen wurden denjenigen des Mitbestimmungsgesetzes 1976 angepasst, ohne allerdings die dortigen Sonderbestimmungen für leitende Angestellte zu übernehmen. Im Einzelnen saßen in einem Aufsichtsrat mit zehn Arbeitnehmervertretern fortan sieben Arbeitnehmer der konzernangehörigen Unternehmen und nur noch drei Gewerkschaftsvertreter, während das Verhältnis bis dahin sechs zu vier betrug. Bei einem Aufsichtsrat mit sieben Arbeitnehmervertretern betrug das Verhältnis von Belegschaftsangehörigen und Gewerkschaftsvertretern fortan fünf zu zwei, während das Gesetz bisher ein Verhältnis von vier zu drei angeordnet hatte.

Mit Urteil vom 2. März 1999 stellte das Bundesverfassungsgericht³³ auf eine Vorlage im Rahmen eines aktienrechtlichen Statusverfahren nach § 98 AktG über die Zusammensetzung und Bildung des Aufsichtsrats der Mannesmann AG fest, dass § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Montan-MitbestErgG in der Fassung des Montan-Mitbestimmungs-Sicherungsgesetzes mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig sei. Infolgedessen schied die Mannesmann AG aus der Montan-Mitbestimmung aus.

Mit dem Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001³⁴ wurde die Differenzierung zwischen den beiden Arbeitnehmergruppen (Arbeiter und Angestellte) auch für die Montan-Mitbestimmung aufgehoben.

Mit Gesetz vom 18. Mai 2004³⁵ zog der Gesetzgeber die Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 1999 und fasste § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Montan-MitbestErgG dahingehend neu, dass der Unternehmenszweck einer Konzernobergesellschaft dann von den unter das Montan-MitbestG fallenden Konzernunternehmen geprägt wird, wenn diese Konzernunternehmen in der Regel mehr als ein Fünftel der Arbeitnehmer sämtlicher Konzernunternehmen und abhängigen Un-

³³ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 ff.

³⁴ Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. 7. 2001, BGBl. I, S. 1852.

³⁵ Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18. 5. 2004, BGBl. I, S. 974.

ternehmen beschäftigen. Die vom BVerfG nicht beanstandeten unterschiedlichen Montan-Wertschöpfungsquoten in § 16 Montan-Mitbest-ErgG für den Eintritt von Konzernobergesellschaften in die Montan-Mitbestimmung (50% Montanumsatz) und den Austritt (20% Montanumsatz) wurden beibehalten.

II. Drittelbeteiligungsgesetz

Bereits in der Weimarer Zeit hatte es die bereits beschriebenen Ansätze gegeben, die Mitbestimmung in Wirtschaftszweigen außerhalb der Montanindustrie auf eine rechtliche Grundlage zu stellen. Regelungstechnisch verortet war diese *unternehmerische* Mitbestimmung in der durch das BRG und GEB konstituierten Betriebsverfassung.

In Anknüpfung an die von § 70 BRG begründeten Tradition wurde die Diskussion um die Intensität und Ausgestaltung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat von Unternehmen außerhalb der Montanindustrie zwischen Arbeitgeberverbänden³⁶, Gewerkschaften³⁷ und politischen Parteien³⁸ im Vorfeld und mit Blick auf die künftige betriebsverfassungsrechtliche Gesetzgebung geführt.

Am 31. August 1950 verabschiedete die Bundesregierung den Entwurf für ein sog. „Betriebsverfassungsgesetz“³⁹, der im Wesentlichen auf den Vorarbeiten der CDU/CSU-Fraktion⁴⁰ beruhte. Der Bundestagsausschuss für Arbeit und Sozialpolitik beschäftigte sich mit den vorliegenden Entwürfen und legte Mitte 1952 seinen Bericht⁴¹ vor. Der Deutsche Bundestag verabschiedete schließlich das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BetrVG 1952)⁴², das im Wesentlichen den Ausschussempfehlungen folgte. Versuche des DGB, noch kurz vor Verabschiedung des Gesetzes durch Streikmaßnahmen eine weitergehende Mitbestimmung durchzusetzen, waren fruchtlos geblieben. Durch die Wahlordnung vom 18. März 1953⁴³ wurde das BetrVG 1952 ergänzt.

³⁶ Denkschrift der Unternehmerverbände, RdA 1950, 185 ff.

³⁷ Vorschläge des DGB zur Neuordnung der deutschen Wirtschaft, RdA 1950, 183 ff. und Gesetzesvorschlag des DGB zur Neuordnung der deutschen Wirtschaft, RdA 1950, 227 ff.

³⁸ Der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion ist in BT-Drucks. I/970 veröffentlicht, jener der SPD-Fraktion in BT-Drucks. I/1229.

³⁹ Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die Neuordnung der Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den Betrieben (Betriebsverfassungsgesetz), BT-Drucks. I/1546.

⁴⁰ BT-Drucks. I/970.

⁴¹ BT-Drucks. I/3585.

⁴² Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952, BGBl. I, S. 681.

⁴³ BGBl. I, S. 58.

Von der Rechtslage in der Weimarer Republik unterschieden sich die §§ 76 ff. BetrVG 1952 über die *unternehmerische* Mitbestimmung in vier zentralen Punkten:

- Die von der Unternehmensmitbestimmung erfassten Gesellschaftsformen wurden beibehalten und mit der Existenz eines Aufsichtsrates verknüpft. Soweit es sich im Falle der GmbH beim Aufsichtsrat gemäß § 52 GmbHG um ein fakultatives Organ handelte, schrieb § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 fortan die zwingende Bildung eines Aufsichtsrates vor.
- Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer wurde nicht zahlenmäßig limitiert, sondern wurde vom Gesetz in Abhängigkeit von der Größe des Aufsichtsrats auf ein Drittel der Gesamtmitgliederszahl festgelegt.
- Aufsichtsratsmitglieder konnten nicht nur Betriebsratsmitglieder, sondern alle Arbeitnehmer und unter Umständen sogar externe Personen werden.
- Als Wahlkörper fungierten nicht mehr die Betriebsräte, sondern alle Arbeitnehmer des Unternehmers. Hierdurch wurde der Einfluss der Betriebsräte auf ein Wahlvorschlagsrecht zurückgedrängt.

Die Einrichtung eines Arbeitsdirektors kannte das Betriebsverfassungsgesetz 1952 im Gegensatz zur Montan-Mitbestimmung nicht.

In den 1960er-Jahren setzte erneut eine Diskussion um die Verstärkung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer ein, bei der nicht nur die Ausweitung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates, sondern insbesondere von Gewerkschaften und SPD eine Ausdehnung der Montan-Mitbestimmung auf alle Großunternehmen gefordert wurde. Die Leitlinien der Diskussion wurden 1970 im Mitbestimmungsbericht der von der Bundesregierung eingesetzten „Biedenkopf-Kommission“⁴⁴ unter Würdigung der mit der Montan-Mitbestimmung gesammelten Erfahrungen zusammengefasst. Die daran anknüpfenden betriebsverfassungsrechtlichen Reformüberlegungen wurden mit Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972 (BetrVG)⁴⁵ abgeschlossen, das aber die *unternehmerische* Mitbestimmung aus rechtssystematischen Gründen aussparte⁴⁶ und deshalb in § 129 Abs. 1 BetrVG die Fortgeltung der §§ 76 ff. BetrVG 1952 betreffend die *unternehmerische* Mitbestimmung anordne-

⁴⁴ BT-Drucks VI/334, S. 11. Näher dazu *Apel*, BB 1970, 89 ff., *ders.*, BB 1970, 975 ff.; *Biedenkopf*, RdA 1970, 129 ff.

⁴⁵ Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972, BGBl. I, S. 13.

⁴⁶ BT-Drucks. VI/2729, S. 18.

te. Die inner- und außerparlamentarische Diskussion zur Unternehmensmitbestimmung zog sich noch weitere Jahre hin und mündete schließlich in der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes vom 4. Mai 1976 (MitbestG 1976)⁴⁷, dem jedoch gemäß dem neu geschaffenen § 85 Abs. 2 BetrVG 1952 lediglich ein Anwendungsvorrang gegenüber den Bestimmungen der §§ 76 ff. BetrVG 1952 zukam.

Der „Regelungsrest“ zur Unternehmensmitbestimmung der §§ 76 bis 87 BetrVG 1952 galt mit der zugehörigen Wahlordnung während der nachfolgenden Jahrzehnte im Wesentlichen unverändert fort. Im Hinblick auf die Fortentwicklung der *betrieblichen* und *unternehmerischen* Mitbestimmung in den übrigen Gesetzen forderte die Praxis zunehmend eine Neufassung der unübersichtlich gewordenen Materie und eine Verfahrensmodernisierung der Aufsichtsratswahl⁴⁸.

Dieser Forderung kam die Bundesregierung mit dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18. Februar 2004⁴⁹ nach, mit welchem der noch gültige Teil des BetrVG 1952 durch das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) abgelöst werden sollte. Da es ungeachtet der vorausgegangenen Konsultationen mit Sozialpartnern und Experten an einer parlamentarischen Mehrheit für substantielle materielle Änderungen der Mitbestimmung fehlte, wurde in erster Linie das Ziel verfolgt, unübersichtliche Regelungen redaktionell neu zu fassen und eine behutsame Rechtsvereinfachung zu erreichen. Unter Berücksichtigung der Empfehlungen des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 23. März 2004⁵⁰ stimmten Bundestag und Bundesrat dem Regierungsentwurf zu, sodass das DrittelbG⁵¹ – nach Erlass der Rechtsverordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder⁵² – am 1. Juli 2004 in Kraft treten und das BetrVG 1952 endgültig ablösen konnte.

Der Geltungsbereich des DrittelbG unterscheidet sich von den §§ 76 ff. BetrVG 1952 nicht inhaltlich, sondern nur durch seine systematische Neugliederung. Allerdings wurde das Recht der Drittelbeteiligung durch folgende Bestimmungen ergänzt, die sich an bereits bekannten Regelungen aus dem MitbestG orientieren:

⁴⁷ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. 5. 1976 (MitbestG 1976), BGBl. I, S. 1153.

⁴⁸ BR-Drucks. 10/04, S. 18.

⁴⁹ BT-Drucks. 15/2542.

⁵⁰ BT-Drucks. 15/2739.

⁵¹ Als Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 18. 5. 2004, BGBl. I, S. 974.

⁵² Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (WODrittelbG) vom 23. 6. 2004, BGBl. I, S. 1393.

- Definition des Arbeitnehmers und des Betriebs,
- Vorschriften über Ersatzmitglieder,
- Regelung über die Bekanntmachung der Mitglieder des Aufsichtsrats,
- Vorschriften über den Wahlschutz und die Wahlkosten,
- Regelung über die Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer.

III. Mitbestimmungsgesetz 1976

Nach dem Inkrafttreten des Montan-MitbestG, des Montan-MitbestErgG und des BetrVG 1952 verfolgten die Gewerkschaften fortan das Ziel, in den größeren Unternehmen aller Wirtschaftszweige eine paritätische Unternehmensmitbestimmung einzuführen, wovon insbesondere der seitens des DGB 1960 und erneut 1968 vorgelegte Gesetzentwurf „über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Großunternehmen und Großkonzernen“⁵³ zeugt.

Ende der 1960er-Jahre begann sich bereits der Strukturwandel abzuzeichnen, in dessen Verlauf die Montanindustrie ihre Rolle als Schlüsselindustrie der Gesamtwirtschaft verlieren würde. Nachdem der Fortbestand der Montan-Mitbestimmung durch die „Lex Rhestahl“⁵⁴ vorübergehend gesichert war, setzte die Bundesregierung der großen Koalition Anfang 1968 eine Sachverständigenkommission unter dem Vorsitz von Kurt Biedenkopf („Mitbestimmungskommission“, „Biedenkopf-Kommission“) ein, deren Auftrag es war, die bisherigen Erfahrungen mit der Mitbestimmung auszuwerten und Empfehlungen für eine Reform auszusprechen⁵⁵.

Die Kommission gelangte in ihrem Abschlussbericht 1970 zu einer insgesamt positiven Bewertung der Montan-Mitbestimmung, unterbreitete jedoch als Vorschlag ein unterparitätisches Mitbestimmungsmodell⁵⁶ zur Ausdehnung auf die Wirtschaftszweige außerhalb der Montanindustrie. Auf diese Diskrepanz wurde bereits in einer ersten Stellungnahme der sozialliberalen Bundesregierung hingewiesen⁵⁷.

Die im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien erarbeiteten ihrerseits Vorschläge für eine Unternehmensmitbestimmung außerhalb der Montanindustrie. Bereits Ende 1968 hatte die SPD-Fraktion den Entwurf eines

⁵³ Abgedruckt bei *Schwertfeger*, Mitbestimmung in privaten Unternehmen (1973), S. 17.

⁵⁴ Gesetz vom 27. 4. 1971, BGBl. I, S. 505.

⁵⁵ BT-Drucks VI/334, S. 8

⁵⁶ Zu BT-Drucks VI/334, S. 96 ff.

⁵⁷ BT-Drucks. VI/1551, S. 6.

„Gesetzes für die Unternehmensverfassung in Großunternehmen“⁵⁸ in den Deutschen Bundestag eingebracht, der im Hinblick auf die paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrates dem Vorschlag des DGB⁵⁹ entsprach, diesen jedoch in einzelnen Punkten fortentwickelte.

Im Februar 1971 legte die Fraktion der CDU/CSU nach langen internen Kontroversen⁶⁰ einen eigenen Entwurf⁶¹ für ein neues Betriebsverfassungsgesetz vor, der sich am Bericht der Mitbestimmungskommission orientierte und insbesondere eine Besetzung des Aufsichtsrats im Verhältnis von 7:5 zu Gunsten der Anteilseigner vorsah. Hiervon abweichend sahen jedoch die Beschlüsse des Hamburger Parteitags der CDU im November 1973 vor, den Aufsichtsrat paritätisch zu besetzen⁶².

Mit den auf dem Parteitag am 27. Oktober 1971 verabschiedeten „Freiburger Thesen“ entwickelte die FDP, die sich lange gegen einen Ausbau der Unternehmensmitbestimmung gesperrt hatte, einen eigenen Vorschlag für eine künftige Unternehmensverfassung⁶³.

Nach langwierigen Verhandlungen zwischen den Parteien der sozialliberalen Regierungskoalition wurde am 20. Februar 1974 ein Regierungsentwurf⁶⁴ vorgestellt. Er löste heftige Kritik des Bundesrates⁶⁵ sowie der betroffenen Verbände und der Wissenschaft aus⁶⁶. Gleichwohl wurde der Entwurf in einem zähen Gesetzgebungsverfahren unter Berücksichtigung der Beschlüsse des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung⁶⁷ am 18. März 1976 vom Deutschen Bundestag verabschiedet, passierte den Bundesrat und trat am 1. Juli 1976 als Gesetz über die Mitbestim-

⁵⁸ BT-Drucks. V/3657.

⁵⁹ Abgedruckt bei *Schwerdtfeger*, Mitbestimmung in privaten Unternehmen (1973), S. 17.

⁶⁰ Hierzu *Stollreither*, Mitbestimmung (1975), S. 113 ff.

⁶¹ BT-Drucks. VI/1806.

⁶² Nachweise hierzu bei *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vor § 1 MitbestG RdNr. 20.

⁶³ Freiburger Thesen der F.D.P. zur Gesellschaftspolitik, hrsg. vom Bundesvorstand der FDP, Bonn 1971, S. 57 ff.

⁶⁴ BT-Drucks. 7/2172. Der Regierungsentwurf hielt konsequent am Grundsatz des Gleichgewichts zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite fest, wodurch er beide Seiten unter starken Einigungszwang setzte. Näher zur Konzeption des Regierungsentwurfs und zu seinen Einzelregelungen *Wlotzke*, ArbuR 1974, 225 ff.

⁶⁵ BT-Drucks. 7/2172, S. 31.

⁶⁶ Eine Zusammenfassung findet sich bei *Stollreither*, Mitbestimmung (1975), S. 252 ff. sowie bei *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vor § 1 MitbestG RdNr. 23 f.

⁶⁷ BT-Drucks. 7/4845.

mung der Arbeitnehmer⁶⁸ in Kraft. Die zugehörigen Wahlordnungen erließ die Bundesregierung am 23. Juni 1977⁶⁹.

Charakteristisch für das Mitbestimmungsgesetz, das über § 1 Abs. 2 und 3 MitbestG 1976 sowohl die Mitbestimmungsregelungen des Montan-MitbestG, des Montan-MitbestErgG als auch die des BetrVG 1952 unberührt fortbestehen ließ, waren folgende Aspekte:

- Mit Ausnahme des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit erfasste das MitbestG 1976 ausschließlich diejenigen Kapitalgesellschaften, deren Rechtsform schon nach bisherigem Recht der Unternehmensmitbestimmung unterlag. Bestrebungen zu einer rechtsformunabhängigen Ausdehnung auf alle Großunternehmen konnten sich nicht durchsetzen. Als die Mitbestimmung auslösender Schwellenwert stellte § 1 Abs. 1 MitbestG 1976 allein auf die Arbeitnehmerzahl (2.000) ab, andere Parameter wie etwa Bilanzsumme oder Umsatz wurden verworfen.
- Dem Anliegen nach einer Ausdehnung der Montan-Mitbestimmung auf alle Branchen trug das Mitbestimmungsgesetz durch die gleichberechtigte und gleichgewichtige (paritätische) Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach § 7 MitbestG 1976 sowie durch die Pflicht zur Bestellung eines eigens für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständigen Vorstandsmitglieds (Arbeitsdirektor) Rechnung. Im Gegensatz zur Montan-Mitbestimmung wurde aber auf ein weiteres „neutrales“ Mitglied verzichtet und der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat stand kein gesondertes Vetorecht gegen die Bestellung des Arbeitsdirektors zu.
- Die formell paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrates wurde dadurch relativiert, dass der Aufsichtsratsvorsitzende gegebenenfalls mit der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner in § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG 1976 durchgesetzt werden kann und so immer das Vertrauen der Anteilseigner genoss. Über die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden bei verfehlten Mehrheiten im ersten Wahldurchgang, etwa bei Bestellung und Widerruf der Mitglieder des Vertretungsorgans (§ 31 Abs. 4 MitbestG 1976) oder sonstigen Abstimmungen (§ 29 Abs. 2 MitbestG 1976), wurde überdies ein leichtes Übergewicht der Anteilseigner gewährleistet.

⁶⁸ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4. 5. 1976, BGBl. I, S. 1153.

⁶⁹ Zur Entstehungsgeschichte der Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz *Wißmann* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), Vor § 1 MitbestG RdNr. 29 f.

Gegen das MitbestG 1976 haben zahlreiche betroffene Unternehmen, darunter die Bayer AG, die Daimler-Benz AG, die Linde AG und die Robert Bosch GmbH, ferner zahlreiche Arbeitgeberverbände sowie die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz Verfassungsbeschwerden erhoben. Mit Urteil vom 1. März 1979 hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen und die Vereinbarkeit des MitbestG 1976 mit den Grundrechten der von dem Gesetz erfassten Gesellschaften, Anteilseigner und der Koalitionen der Arbeitgeber festgestellt⁷⁰.

IV. SE-Beteiligungsgesetz

Die Historie des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG)⁷¹ ist untrennbar verknüpft mit der Entwicklungsgeschichte der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE).

1. Entstehungsgeschichte

Die von Art. 43, 48 des EG-Vertrages (EG) verbürgte Niederlassungsfreiheit gibt natürlichen und juristischen Personen das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben. Die Aufnahme einer solchen wirtschaftlichen Tätigkeit setzt voraus, dass eine Person nicht gehindert wird, ihren Herkunftsstaat zu verlassen und sich im Aufnahmestaat niederzulassen.

In diesem Zusammenhang war lange Zeit fraglich, ob zur Freiheit der Standortwahl auch der Erhalt der bisherigen Rechtsform zählt.

Seit den frühen 1960er-Jahren entwickelte sich daher eine rege Debatte über die Schaffung Europäischer Gesellschaften, deren gemeinschaftsrechtliches Statut es ermöglichen sollte, die Hauptverwaltung in den Mitgliedstaaten frei zu wählen, ohne den Verlust der eigenen Rechtspersönlichkeit oder eine zwingende Veränderung der inneren Organisationsstruktur befürchten zu müssen. Im Zentrum dieser Überlegungen standen die Europäische (Aktien-)Gesellschaft⁷². Dabei kristallisierten sich die gegensätzlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer als größter Hindernisgrund für ein einheitliches Statut der Europäischen Aktiengesellschaft heraus.

⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 ff.

⁷¹ Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) wurde als Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22. 12. 2004, BGBl. I, S. 3675 ff.

⁷² Eingehend *Lutter*, BB 2002, 1 ff.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff.; *Merkt*, BB 1992, 652 ff.

a) Erste Phase (1960 bis 1982)

Ausgangspunkt der von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften unterbreiteten Vorschläge war der erste Entwurf für ein SE-Statut aus dem Jahre 1970⁷³. Zur Verwirklichung der Mitbestimmung sah dieser Entwurf eine dualistische Struktur aus Vorstand und Aufsichtsrat vor. Entsprechend dem damals in Deutschland geltenden § 76 Abs. 1 BetrVG 1952 sollten dem Aufsichtsrat einem Drittel Arbeitnehmervertreter angehören, wobei die Satzung einen höheren Arbeitnehmeranteil vorsehen konnte. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sollte nicht im Wege der Urwahl, sondern durch die nationalen Betriebsvertretungen erfolgen.

Anhörungen Sachverständiger führten zu weitreichenden Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments⁷⁴, die 1975 in einem vollständig revidierten Kommissions-Entwurf⁷⁵ mündeten. Dieser führte den dualistischen Verwaltungsaufbau fort, wählte aber einen völlig anderen Ansatz für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats: Anteilseigner und Arbeitnehmer sollten jeweils ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder stellen und ein weiteres Drittel von Vertretern der Öffentlichkeit hinzu zu wählen („Drei-Bänke-Modell“). Die Arbeitnehmervertreter sollten durch Delegiertenversammlungen berufen werden, deren Mitglieder unmittelbar von den Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten gewählt werden sollten.

In den anschließenden Beratungen gelang es jedoch nicht, die bestehenden Divergenzen über den Umfang der Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer zu überwinden, sodass die Arbeiten an einem einheitlichen SE-Statut im Jahre 1982 vorläufig eingestellt wurden⁷⁶.

b) Zweite Phase (1985 bis 1995)

Mit dem Weißbuch von 1985 manifestierte die Kommission ihr Bestreben zur Vollendung des Binnenmarktes bis 1992, wozu ausdrücklich die Schaffung eines gemeinschaftlichen Rahmens für die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen in Form des Statuts einer Europäischen Gesellschaft gezählt wurde⁷⁷. Auf ein Memorandum der Kommission 1988⁷⁸

⁷³ Vorschlag einer Verordnung des Rates für das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, ABl. EG Nr. C 124 vom 10. 10. 1970, S. 1 ff.

⁷⁴ ABl. EG Nr. C 93 vom 7. 8. 1974, S. 17 ff. Siehe auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EG Nr. C 131 vom 13. 12. 1972, S. 32 ff.

⁷⁵ Erster geänderter Vorschlag vom 30. 4. 1975, Bulletin der EG, Beil. 4/1975.

⁷⁶ Näher *Mävers*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (2002), S. 169 ff.

⁷⁷ Kommission, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat, KOM/85/0310, endgültig vom 14. 6. 1985, S. 34, abgedruckt in BR-Drucks. 289/85.

folgte ein Jahr später ein völlig neuer Vorschlag für ein europäisches Gesellschaftsstatut⁷⁹, der nach weiterer Überarbeitung in den Entwurf der Kommission von 1991⁸⁰ mündete.

Charakteristisch für diese zweite Phase war die regelungstechnische Aufspaltung in einen Verordnungsentwurf über das Statut der Europäischen Gesellschaft und einen flankierenden Richtlinienentwurf für die Fragen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einer solchen Gesellschaft. Während im gesellschaftsrechtlichen Teil vom Leitbild einer aktienrechtlichen Einheitsregelung zugunsten eines harmonisierten Normenkerns mit ergänzendem Aktienkollisionsrecht Abstand genommen wurde, stellte der mitbestimmungsrechtliche Teil fortan unterschiedliche Mitbestimmungsmodelle zur Wahl. Diese reichten von einem Repräsentationsmodell deutscher Provenienz über ein dem früheren niederländischen Recht entlehntes Kooptationsmodell und die Mitwirkung eines separaten Arbeitnehmervertretungsorgans nach französischem und belgischem Vorbild bis hin zu einem Vereinbarungsmodell in der Tradition des britischen Tarifmodells.

Durch die Vielfalt der zur Wahl gestellten Mitbestimmungsmodelle wurde den Mitgliedstaaten die Einbettung der Europäischen Gesellschaft in die eigene Mitbestimmungstradition substantiell erleichtert, jedoch stieß die mangelnde Gleichwertigkeit der Mitbestimmungskonzepte zunächst auf starke Ablehnung.

Daraufhin versuchte die Kommission 1995, die Frage der Mitbestimmung von der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierung abzutrennen und durch ein betriebsverfassungsrechtliches Informations- und Konsultationsverfah-

⁷⁸ Binnenmarkt und industrielle Zusammenarbeit – Statut für die Europäische Aktiengesellschaft – Memorandum der Kommission vom 15. 7. 1988, KOM/88/0320, endgültig vom 15. 7. 1988, abgedruckt in BR-Drucks. 392/88, mit Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 16. 3. 1989, ABl. EG Nr. C 96 vom 17. 4. 1989, S. 163 ff. und des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 24. 11. 1988, ABl. EG Nr. C 23 vom 30. 1. 1989, S. 36 ff.

⁷⁹ Zweiter geänderter Vorschlag einer Verordnung über das Statut der SE vom 25. 8. 1989, ABl. EG Nr. C 263 vom 16. 10. 1989, S. 41 ff., mit Stellungnahme des Europäischen Parlaments, ABl. EG Nr. C 48 vom 25. 2. 1991, S. 72 ff. und des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 28. 3. 1990, ABl. EG Nr. C 124 vom 21. 5. 1990, S. 34 ff. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer war enthalten in dem Richtlinien-Vorschlag zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 25. 8. 1989, ABl. EG Nr. C 263 vom 16. 10. 1989, S. 69 ff., mit Stellungnahmen des Europäischen Parlaments, ABl. EG Nr. C 48 vom 25. 2. 1991, S. 100 ff., und des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EG Nr. C 124 vom 21. 5. 1990, S. 34 ff.

⁸⁰ Dritter geänderter Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 16. 5. 1991, ABl. EG Nr. C 176 vom 8. 7. 1991, S. 1 ff., sowie der geänderte Vorschlag für eine Richtlinie des Rates vom 6. 4. 1991 zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. C 138 vom 29. 5. 1991, S. 8 ff.

ren nach dem Vorbild der Euro-Betriebsräte-Richtlinie von 1994⁸¹ zu ersetzen⁸². Nach Ablehnung dieses Vorstoßes insbesondere von deutscher Seite, kam das Projekt der Europäischen Gesellschaft erneut zum Stillstand.

c) Dritte Phase (1996 bis 2001)

Ein dritter Anlauf zur Bewältigung der kontroversen Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft wurde von der Kommission durch die Mandatierung der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“ unternommen, welche ihren Abschlussbericht 1997 („Davignon-Bericht“)⁸³ vorlegte. Im Nachgang kam es zu einer Reihe weiterer Vorschläge, die jedoch allesamt nicht zum erhofften Durchbruch in der Mitbestimmungsfrage führten. Auch ein Einigungsversuch auf der Ratssitzung der Sozialminister am 25. Mai 1999 scheiterte.

Der politische Durchbruch gelang jedoch unter der französischen Ratspräsidentschaft auf dem Gipfel von Nizza in der Nacht vom 7./8. Dezember 2000 durch sachliche und finanzielle Zugeständnisse an einzelne Mitgliedstaaten. In Durchführung des Auftrags des Europäischen Rates von Nizza legte der Ausschuss der Ständigen Vertreter einen Bericht für die Tagung des Ministerrates am 20. Dezember 2000 vor⁸⁴. Die darauf fußenden Entwürfe für eine SE-Verordnung und eine Mitbestimmungs-Richtlinie leitete der Rat dem Europäischen Parlament am 9. März 2001 zur Konsultation zu. Um die erzielte politische Einigung nicht zu gefährden, stimmte das Parlament – ungeachtet eines schwelenden Streits über eine etwaige Mitbestimmungsbefugnis – mit wenigen technischen Änderungswünschen⁸⁵

⁸¹ Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. 9. 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG Nr. L 254 vom 30. 9. 1994, S. 64 ff.

⁸² Mitteilung der Kommission über die Information von Arbeitnehmern vom 14. 11. 1995, KOM/95/547, sowie die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 9. 5. 1996, ABl. EG Nr. C 212 vom 22. 7. 1996, S. 36 ff. und die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. 1. 1997, ABl. EG Nr. C 33 vom 3. 2. 1997, S. 130.

⁸³ Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“, Reihe Sozialer Dialog und soziale Rechte: Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1997 („Davignon-Bericht“).

⁸⁴ Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) vom 20. 12. 2000 (Kommissionsvorschlag-Nr. 14717/00 SE 8); Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 20. 12. 2000 (Kommissionsvorschlag-Nr. 14719/00 SE 9).

⁸⁵ Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (14886/2000 – C5-0092/2001 – 1989/0218(CNS)), ABl. EG vom 21. 3. 2002 Nr. C 72 E, S. 59, und Entwurf einer Richtli-

am 4. September 2001⁸⁶ zu. Der Rat setzte sich jedoch über die Änderungswünsche hinweg und verabschiedete am 8. Oktober 2001 die SE-Verordnung⁸⁷ und die SE-Richtlinie⁸⁸ in der Fassung, wie sie dem Parlament zur Konsultation zugeleitet worden war.

d) Vierte Phase (2001 bis 2004)

Den Mitgliedsstaaten war in Art. 14 Abs. 1 SE-RL eine Frist bis zum 8. Oktober 2004 zur Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht gewährt worden. Das Bundesministerium der Justiz legte daraufhin bereits am 28. Februar 2003 einen auf das Gesellschaftsrecht beschränkten Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)“⁸⁹ vor, wohingegen der mitbestimmungsrechtliche Teil erstmals im Referentenentwurf vom 5. April 2004⁹⁰ vorgelegt wurde, der in Art. 2 das „Gesetz zur Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG)“ enthielt. Wenig später, am 26. Mai 2004, beschloss das Bundeskabinett einen Regierungsentwurf⁹¹, welcher dem Bundesrat am 28. Mai 2004 zugeleitet und wegen Eilbedürftigkeit schon am 1. Juli 2004 in den Deutschen Bundestag eingebracht⁹² wurde. In seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2004⁹³ forderte der Bundesrat insbesondere, von der Optionsmöglichkeit des Art. 7 Abs. 3 SE-RL Gebrauch zu machen und die Geltung der Auffangregelung bei Verschmelzungen abzubedingen, um die Attraktivität der SE bei Fusionen mit deutschen Unternehmen

nie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (14732/2000 – C5-0093/2001 – 1989/0219(CNS)), ABl. EG vom 21. 3. 2002 Nr. C 72 E, S. 65.

⁸⁶ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (14886/2000 – C5-0092/2001 – 1989/0218(CNS)), ABl. EG vom 21. 3. 2002 Nr. C 72 E, S. 64, sowie die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum Entwurf einer Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (14732/2000 – C5-0093/2001 – 1989/0219(CNS)), ABl. EG vom 21. 3. 2002 Nr. C 72 E, S. 67.

⁸⁷ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG vom 10. 11. 2001, S. 1.

⁸⁸ Richtlinie 2001/86/EG des Rats vom 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 vom 10. 11. 2001, S. 22.

⁸⁹ Abgedruckt in *Neye*, Die Europäische Aktiengesellschaft (2005), S. 301 ff. Zum Diskussionsentwurf auch *Brandt*, DStR 2003, 1208 ff.

⁹⁰ Abgedruckt in *Neye*, Die Europäische Aktiengesellschaft (2005), S. 327 ff. Zum Referentenentwurf *Waclawik*, DB 2004, 1191 ff.

⁹¹ BR-Drucks. 438/04 vom 28. 5. 2004. Zum Regierungsentwurf auch *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1749 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 833 ff.

⁹² BT-Drucks. 15/3405.

⁹³ BR-Drucks. 438/04 (Beschluss) vom 9. 7. 2004.

zu steigern⁹⁴. Außerdem wurde die starre Übertragung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat dualistisch organisierter Gesellschaften auf das bei Wahl des monistischen System zu bildende Verwaltungsorgan kritisiert⁹⁵. In der Gegenäußerung vom 24. August 2004⁹⁶ wies die Bundesregierung die Vorschläge des Bundesrates zurück. Nach öffentlicher Anhörung am 18. Oktober 2004⁹⁷ gab der Rechtsausschuss einen Bericht und eine Beschlussempfehlung ab⁹⁸. Am 29. Oktober 2004 verabschiedete der Deutsche Bundestag das SEEG in der vom Rechtsausschuss empfohlenen Fassung⁹⁹. Nach erfolgloser Anrufung des Vermittlungsausschusses¹⁰⁰ legte der Bundesrat am 17. Dezember 2004 Einspruch ein¹⁰¹, den der Bundestag noch am selben Tag¹⁰² zurückwies. Das SEEG – und damit auch das SEAG sowie das SEBG als seine wesentlichen Teile – trat am 29. Dezember 2004 in Kraft¹⁰³.

2. Grundzüge des SE-Beteiligungsgesetzes

Aus Sicht der deutschen Mitbestimmungstradition stellt das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)¹⁰⁴ in Umsetzung der SE-Richtlinie¹⁰⁵ einen Paradigmenwechsel dar. Im Anwendungsbereich des SEBG folgt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer keinem einheitlichen gesetzlich vorgegebenen Modell. Vielmehr liegt es vorrangig in den Händen der Vertreter von Arbeitnehmern und Anteilseignern, eine für die jeweilige Gesellschaft maßgeschneiderte Mitbestimmungslösung auszuhandeln und über eine schriftliche Vereinbarung in der gesellschaftlichen Binnenorganisation einzubringen.

Da das SEBG keinen zwingenden inhaltlichen Rahmen für Art und Umfang der Mitbestimmung vorgibt, kommt den Sozialpartnern ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu, der sich von einem Verzicht auf Mitbestim-

⁹⁴ BR-Drucks. 438/04 (Beschluss) vom 9. 7. 2004, S. 2 f.

⁹⁵ BR-Drucks. 438/04 (Beschluss) vom 9. 7. 2004, S. 3.

⁹⁶ BT-Drucks. 15/3656, S. 8 ff.

⁹⁷ BT-Drucks. 15/4053, S. 56.

⁹⁸ BT-Drucks. 15/4053, S. 59 ff.

⁹⁹ Deutscher Bundestag, PlPr. 15/136, S. 12497D-12508A.

¹⁰⁰ BR-Drucks. 850/04 (Beschluss); BR-Drucks. 989/04.

¹⁰¹ BR-Drucks. 989/04 (Beschluss)

¹⁰² Deutscher Bundestag, PlPr. 15/149, S. 14033A-14038D.

¹⁰³ BGBl. I, S. 3675.

¹⁰⁴ BGBl. I, S. 3675.

¹⁰⁵ Richtlinie 2001/86/EG des Rats vom 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 vom 10. 11. 2001, S. 22.

mung über ein bloßes Konsultationsgremium bis hin zu einer paritätischen Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsrat erstreckt und gegebenenfalls auch die Ernennung von geschäftsführenden Mitgliedern des Vorstands oder des Verwaltungsrats einschließt¹⁰⁶. Des Weiteren kann der Beteiligung ausländischer Betriebe und Tochterunternehmen im Mitbestimmungssystem angemessen Rechnung getragen werden.

Der inhaltlichen Flexibilität dieser Vereinbarungslösung steht jedoch eine gewisse Schwerfälligkeit des Verhandlungsverfahrens gegenüber. Die Bildung und Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums ist kompliziert und aufwändig, da nach Möglichkeit Arbeitnehmer aus allen Mitgliedsländern, in denen die beteiligten Gesellschaften tätig sind, mindestens einen Vertreter ins besondere Verhandlungsgremium entsenden sollen. Diese an sich schon aufwendige Regelung wird durch die zwingende Hinzuziehung von Gewerkschaftsvertretern noch komplexer. Schließlich kann das besondere Verhandlungsgremium noch Sachverständige – wozu auch Vertreter der einschlägigen Gewerkschaften zählen – in beliebiger Zahl hinzuziehen. Die Kosten der Verhandlung, einschließlich des besonderen Verhandlungsgremiums, müssen die beteiligten Gesellschaften tragen. Um die Arbeitnehmer vor einer zu großen Nachgiebigkeit des besonderen Verhandlungsgremiums zu schützen, ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Arbeitnehmervertreter erforderlich, wenn das in einer der beteiligten Gesellschaften bestehende Mitbestimmungsniveau durch die geschlossene Vereinbarung abgesenkt werden soll.

Kommt eine Einigung zwischen den Vertretungsorganen der beteiligten Gesellschaften und dem besonderen Verhandlungsgremium nicht innerhalb einer auf höchstens zwölf Monate verlängerbaren Frist zustande und erklären die Vertretungsorgane ihr Einverständnis, greift die gesetzliche Auffanglösung. Dieser zufolge wird zunächst eine Arbeitnehmervertretung aus den Arbeitnehmern aller beteiligten Gesellschaften und ihrer Konzernunternehmen gebildet, das ein umfassendes Unterrichts- und Anhörungsrecht gegenüber dem Vertretungsorgan der SE hat und an die Stelle des etwaigen europäischen Betriebsrats tritt.

Im Übrigen differenziert die Auffanglösung hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung nach der Art der Gründung der SE. Wird eine nationale Aktiengesellschaft identitätswahrend in eine SE umgewandelt, gilt die zum Zeitpunkt des Formwechsels in der Aktiengesellschaft bestehende Mitbestimmungslösung in der SE fort. Bei anderen Gründungstatbeständen bleibt die SE mitbestimmungsfrei, wenn keine der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE einer Mitbestimmungsregelung unterlag. Anderenfalls haben die Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Vertretung im Aufsichts- oder Verwaltungsrat, wobei sich die Zahl der

¹⁰⁶ Näher zum möglichen Inhalt einer Mitbestimmungsvereinbarung *Oetker* in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar (2008), § 21 SEBG RdNr. 19 ff.; *Krause*, BB 2005, 1221 (1226).

Mitglieder nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bemisst. Es wird also der höchste Mitbestimmungsstandard auf das gesamte neue Gebilde übertragen, gleichgültig wo dieses seinen Sitz hat.

V. SCE-Beteiligungsgesetz

Den mit der SE-VO und der SE-Beteiligungsrichtlinie eingeschlagenen Weg, den in den Mitgliedstaaten angesiedelten Unternehmen ein hohes Maß an gesellschaftsrechtlicher Freiheit bei gemeinschaftsweiten Tätigkeiten zu gewähren, führte der Rat der europäischen Union fort, indem er am 22. Juli 2003 die Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE-VO)¹⁰⁷ und die zugehörige Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SCE-RL)¹⁰⁸ erließ.

Zur Förderung der Ziele der Gemeinschaft im sozialen Bereich soll die SCE-RL sicherstellen, dass die Gründung einer Europäischen Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea*, SCE) nicht zur Beseitigung oder Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führt, wie sie in den an der Gründung einer SCE beteiligten Rechtspersönlichkeiten herrschen.

Zur Ergänzung der unmittelbar geltenden SCE-VO sowie zur Umsetzung der SCE-RL legte die Bundesregierung am 27. Januar 2006 einen Gesetzesentwurf¹⁰⁹ vor. Nach Stellungnahme des Bundesrats¹¹⁰ und Gegenäußerung der Bundesregierung¹¹¹ sowie auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses¹¹² hin verabschiedete der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. August 2006¹¹³.

¹⁰⁷ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE-VO), ABl. EG Nr. L 207 vom 18. 8. 2003, S. 1 ff. Näher zur Europäischen Genossenschaft (SCE) *Schulze*, NZG 2004, S. 792 ff.

¹⁰⁸ Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. 7. 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SCE-RL), ABl. EG Nr. L 207 vom 18. 8. 2003, S. 25 ff.

¹⁰⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts, BR-Drucks. 71/06 sowie BT-Drucks. 16/1025.

¹¹⁰ BT-Drucks. 16/1025, S. 102 ff.

¹¹¹ BT-Drucks. 16/1025, S. 106 ff.

¹¹² BT-Drucks. 16/1524.

¹¹³ Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. 8. 2006, BGBl. I, S. 1911.

Die Bestimmungen des SCEBG sind eng an die des SEBG angelehnt, was auf die Parallelität der Regelungen in den zugrundeliegenden Richtlinien zurückgeht. Hinsichtlich der inhaltlichen Grundzüge kann daher auf die Ausführungen zum SEBG verwiesen werden.

VI. Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)

1. Entstehungsgeschichte

In der Rechtssache *Sevic Systems AG* urteilte der EuGH im Jahre 2005, dass sich die von Art. 43 und 48 EG verbürgte Niederlassungsfreiheit nicht in der wechselseitigen Anerkennung von nach dem Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten gegründeten (Kapital-)Gesellschaften erschöpft, sondern dass die Niederlassungsfreiheit auch die Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von (Kapital-)Gesellschaften verlangt¹¹⁴.

Dieser Entscheidung war ein jahrelanges Tauziehen über die Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Verschmelzungen von (Kapital-)Gesellschaften durch ein entsprechendes Abkommen nach Art. 293 EG oder eine Richtlinie vorausgegangen, denn zwischen den Mitgliedstaaten bestand fundamentale Uneinigkeit darüber, wie die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in den durch Verschmelzung entstandenen Zielgesellschaften beschaffen sein sollte. Erst die Einigung über die Verwirklichung der Europäischen Gesellschaft (SE) und die Mitbestimmung in dieser ebnete den Weg für die Richtlinie 2005/56/EG vom 26. Oktober 2005 (Verschmelzungs-Richtlinie)¹¹⁵.

Mit seiner Entscheidung in der Sache *Sevic Systems AG* setzte der EuGH die Mitgliedstaaten unter Druck, die Richtlinie 2005/56/EG in nationales Recht umzusetzen, noch bevor die bis zum 31. Dezember 2007 gewährte Frist abgelaufen war. Denn die Mitgliedstaaten konnten die Eintragung einer Verschmelzung fortan nicht mehr verweigern, obwohl die Frage der Mitbestimmung im unmittelbar anwendbaren Recht nicht geklärt war.

Die Bundesregierung legte am 9. August 2006 zwei Entwürfe vor, die sich mit dem umwandlungsrechtlichen¹¹⁶ und dem mitbestimmungsrechtlichen¹¹⁷ Teil der Verschmelzungsrichtlinie befassten. Der Bundesrat bat in

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 13. 12. 2005 – C-411/03 (*Sevic Systems AG*), Slg. 2005, I-10805.

¹¹⁵ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 310 vom 25. 11. 2005, S. 1.

¹¹⁶ BT-Drucks. 16/2919.

¹¹⁷ BT-Drucks. 16/2922, S. 5.

seiner Stellungnahme vom 22. September 2006¹¹⁸ hinsichtlich der Mitbestimmung um eine Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie „eins zu eins“ und kritisierte die den Gewerkschaften eingeräumte Sitzgarantie im Besonderen Verhandlungsgremium, im Wahlgremium sowie im Aufsichts- und Verwaltungsrat¹¹⁹. Nach Gegenäußerung der Bundesregierung¹²⁰ sowie öffentlicher Anhörung durch den federführenden Ausschuss für Arbeit und Soziales am 6. November 2006¹²¹ wurde das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG)¹²² ohne Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf verabschiedet. Nach Einspruchsverzicht des Bundesrats trat das MgVG am 29. Dezember 2006 in Kraft.

2. Grundzüge des MgVG

Nach der Grundregel des § 4 MgVG finden auf die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen des Mitgliedstaates Anwendung, in dem die Gesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Von diesem Sitzlandprinzip enthält jedoch § 5 MgVG gravierende Ausnahmen, indem er in einer Vielzahl von Fällen entweder die Mitbestimmung kraft Vereinbarung i.S. von § 22 MgVG oder die Mitbestimmung kraft Gesetzes nach Maßgabe von §§ 23 ff. MgVG für anwendbar erklärt.

Die Verhandlungspartner dürfen im Anwendungsbereich des § 5 MgVG die Mitbestimmung kraft Vereinbarung in der Zielgesellschaft weitgehend autonom gestalten, denn die Bestimmung des § 22 MgVG macht Vorgaben nur zu den Punkten, über die eine Einigung erzielt werden muss, ohne aber einen verbindlichen inhaltlichen Rahmen diesbezüglich vorzuschreiben.

Die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes ist nach § 23 Abs. 1 MgVG im Geltungsbereich des § 5 MgVG in der Zielgesellschaft anzuwenden, wenn die Verhandlungspartner dies vereinbaren, wenn sie bis zum Ende des Verhandlungszeitraums keine Vereinbarung erzielt haben und das besondere Verhandlungsgremium keinen Beschluss zur Nichtaufnahme bzw. zum Abbruch der Verhandlungen gefasst hat, oder wenn die

¹¹⁸ BT-Drucks. 16/2922, S. 31.

¹¹⁹ In seiner Stellungnahme zum SCEBG, BT-Drucks. 16/1025, S. 102 ff. hatte der Deutsche Bundestag die insoweit inhaltsgleichen Regelungen in § 6 Abs. 3, § 8 Abs. 1 Sätze 2 bis 3 SCEBG dagegen nicht bemängelt.

¹²⁰ BT-Drucks. 16/2922, S. 32.

¹²¹ BT-Drucks. 16/3320.

¹²² Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG) vom 21. 12. 2006, BGBl. I 2006, S. 3332.

Leitungen der beteiligten Gesellschaften entscheiden, diese Regelungen ohne vorhergehende Verhandlung unmittelbar ab dem Zeitpunkt der Eintragung anzuwenden. In den letzten beiden Fällen muss aber zuvor in mindestens einer der beteiligten Gesellschaften eine Form der Mitbestimmung bestanden haben, die mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften umfasste, sofern nicht das besondere Verhandlungsgremium einen Beschluss zur Anwendung der gesetzlichen Mitbestimmung gefasst hat.

Die in der Zielgesellschaft anzuwendende Mitbestimmung beurteilt sich nach den in den beteiligten Gesellschaften bestehenden Mitbestimmungsmodellen i.S. von § 2 Abs. 7 MgVG. Unterlagen die beteiligten Gesellschaften dem gleichen Mitbestimmungsmodell, ist dieses auch in der Zielgesellschaft zu implementieren. Bestanden in den beteiligten Gesellschaften unterschiedliche Mitbestimmungsmodelle i.S. von § 2 Abs. 7 MgVG, hat das besondere Verhandlungsgremium nach § 23 Abs. 2 Satz 1 MgVG zu entscheiden, welches Modell eingeführt wird. Der Umfang der Mitbestimmung bemisst sich für beide Modelle des § 2 Abs. 7 MgVG gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 MgVG nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der Zielgesellschaft bestanden hat. Die Arbeitnehmermandate für das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Zielgesellschaft werden gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 MgVG durch das besondere Verhandlungsgremium auf die Mitgliedstaaten verteilt, in denen Mitglieder zu wählen oder zu bestellen sind. Darüber hinaus schreibt § 27 Abs. 2 Satz 2 MgVG die zwingende Bestellung eines Arbeitsdirektors vor.

VII. Reformbestrebungen

Nach dem Inkrafttreten des MitbestG 1976 und der Bestätigung seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz durch das Bundesverfassungsgericht kam die rechtspolitische Diskussion um eine grundlegende Neuordnung der Unternehmensmitbestimmung weitgehend zum Erliegen. Zwar trat der DGB mit eigenen Vorschlägen zum weiteren Ausbau der Mitbestimmung an die Öffentlichkeit¹²³, die jedoch keine Initiative auf Ebene des Gesetzgebers auslösten. Erst gegen Ende der 1990er-Jahre nahm die rechtspolitische Diskussion unter dem Eindruck europarechtlicher Entwicklungen und der wirtschaftlichen Globalisierung wieder an Fahrt auf¹²⁴.

¹²³ Zu nennen wäre hier beispielsweise der „Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Großunternehmen und Großkonzernen“ vom 5. 10. 1982, in: *Köstler*, Rechtsleitfaden für AR-Mitglieder nach dem MitbestG 1976 (9. Aufl. 2002), S. 77.

¹²⁴ Aus dem jüngeren Schrifttum etwa *Klebe/Köstler*, in: Festschrift für Wißmann (2005), S. 443ff.; *Klosterkemper*, in: Festschrift für Wißmann (2005), S. 456 ff.; *Kohl*, in: Festschrift für Weiss (2005), S. 247 ff.; *Kübler*, in: Festschrift für Weiss (2005), S. 233 ff.; *Oetker*, RdA 2005, 337 ff.; *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund

1. Bewertung der Mitbestimmung

Bestärkt durch tendenziell übereinstimmende Aussagen sowohl von Gewerkschafts- als auch von Arbeitgeberseite, setzte sich nach Inkrafttreten des MitbestG 1976 in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend die Auffassung durch, dass es sich bei dem bestehenden Mitbestimmungssystem um ein nützliches Instrument zur Wahrung von Arbeitnehmerinteressen handele, das sich bei der Befriedung innerbetrieblicher Interessenkonflikte bewährt habe und dabei die Effizienz der Unternehmen insgesamt nicht beeinträchtigt, wenn nicht sogar erhöht habe¹²⁵.

Erst in jüngerer Zeit finden sich vermehrt kritische Stimmen, insbesondere zum MitbestG 1976: Notwendige Entscheidungen würden in unververtretbarer Weise verzögert¹²⁶, die Kumulation von Einflussmöglichkeiten der *betrieblichen* Mitbestimmung nach BetrVG und der *unternehmerischen* Mitbestimmung lasse Vorstände in Abhängigkeit gegenüber der Arbeitnehmerseite geraten¹²⁷, die numerisch paritätische Mitbestimmung führe zu ernsthaften Einbußen der Überwachungseffizienz¹²⁸, es bestünden schädliche Interessenkonflikte aufgrund der Aufsichtsratsmitgliedschaft hochrangiger Gewerkschaftsrepräsentanten¹²⁹. All dies mindere den Wert der Unternehmen und schreke von Investitionen in Deutschland ab¹³⁰. Mit Blick auf die zunehmende internationale Verflechtung der Wirtschaft, insbesondere unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, sei es weder zeitgemäß noch sachlich gerechtfertigt, dass in deutschen Unternehmen, die einen internationalen Konzern beherrschten, nur Vertreter der deutschen Belegschaft und der deutschen Konzernteile die Mitbestimmungsrechte ausübten¹³¹.

europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag (2006), S. 56 f.; *Reichhold*, JZ 2006, 812 ff.; *Säcker*, in: Festschrift für Richardi (2007), S. 711 ff.; *Arbeitskreis "Unternehmerische Mitbestimmung"*, ZIP 2009, 885 ff.

¹²⁵ *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag (2006), S. 56 f.; *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, S. 110 ff.; *Bertelsmann-Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung*, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen (1998), S. 55 f.; *Raiser*, in: Festschrift für Kübler (1997), S. 477 f.; *Gerum/Steinmann/Fees*, Der mitbestimmte Aufsichtsrat (1988), S. 106 ff.

¹²⁶ *BDA/BDI*, Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004), S. 8 f.

¹²⁷ *Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung*, Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder mit Stellungnahmen der Vertreter der Unternehmen und der der Vertreter der Arbeitnehmer (2006), S. 59 f.

¹²⁸ *v. Werder*, AG 2004, 166 ff.

¹²⁹ *Klosterkemper*, in: Festschrift für Wißmann (2005), S. 456, 462 ff.

¹³⁰ *BDA/BDI*, Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004), S. 7 f.

¹³¹ *Habersack*, AG 2007, 641 (648); *Henssler*, RdA 2005, 330 (331).

2. Europarechtliche Entwicklungen

Ein ganz erheblicher Reformdruck auf das deutsche Mitbestimmungsrecht geht mittlerweile vom europäischen Gemeinschaftsrecht aus.

Während vieler Jahre war das deutsche System der Unternehmensverfassung und Unternehmensmitbestimmung vor internationaler Konkurrenz durch die deutschen Kollisionsregeln geschützt. Nach der gewohnheitsrechtlichen international-privatrechtlichen „Sitztheorie“¹³² waren Gesellschaften mit Sitz der Hauptverwaltung im Inland dem deutschen Gesellschaftsrecht unterworfen. Auf diese Gesellschaften war das deutsche Mitbestimmungsrecht nach materiellem Recht zweifelsfrei anzuwenden. Im Inland bestehende Unternehmen konnten in eine ausländischen Rechtsform ohne oder mit schwächerer Mitbestimmung nach der Sitztheorie nur wechseln, indem sie ihre Hauptverwaltung ins Ausland verlagerten, was wiederum eine – in der Praxis kaum mögliche – Liquidierung im Inland und die Neugründung im Ausland erforderte. Spiegelbildlich hierzu konnten Unternehmen, die in einer ausländischen Rechtsform verfasst waren und ausländischen Mitbestimmungsregeln unterlagen, ihre Hauptverwaltung nur nach Abwicklung im Heimatland durch Neugründung im Inland nach Deutschland verlegen.

Dieser Abschottung gegenüber ausländischen Gesellschafts- und Mitbestimmungsstatuten bereitete der EuGH jedenfalls gegenüber Sitzverlegungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ein jähes Ende. Mit den Urteilen *Centros*¹³³ und *Überseering*¹³⁴ setzte der EuGH zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG bei grenzüberschreitenden Sachverhalten innerhalb der Gemeinschaft die Anwendung der „Gründungstheorie“ durch¹³⁵. Nach der „Gründungstheorie“ unterliegen Gesellschaften dem Recht des Sitzstaates, also dem Staat, in welchem sich der satzungsmäßige Sitz befindet. In Anwendung der Gründungstheorie können nunmehr Gesellschaften nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet und in dieser Binnenverfassung mit Verwaltungssitz in Deutschland tätig werden. Umstritten ist, ob auf solche „Scheinauslandsgesellschaften“ zumindest deutsches Mitbestimmungsrecht anwendbar ist. Auch wenn gewichtige Argumente für eine solche Anwendung spre-

¹³² BGH, Urteil vom 17. 10. 1968 – VII ZR 23/68, BGHZ 51, 27 (28); BGH, Urteil vom 30. 1. 1970 – V ZR 139/68, BGHZ 53, 181 (183); BGH, Urteil vom 21. 3. 1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269 (272); BGH, Urteil vom 21. 11. 1996 – IX ZR 148/95, BGHZ 134, 116 (118); BGH, Urteil vom 1. 7. 2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 (206); BGH, Urteil vom 13. 3. 2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185 (188 f.).

¹³³ EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 – C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002 – C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

¹³⁵ So das vorherrschende Verständnis, BGH, Urteil vom 13. 3. 2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185 (188 f.); *Behrens*, IPRax 2003, 193 (200 f.); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2238 f.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (928 f.); *Sonnenberger*, in: Festschrift für Lagarde (2005), S. 753.

chen¹³⁶, steht zu befürchten, dass der EuGH wegen der Rechtsformverbundenheit der Mitbestimmungsregeln unter dem Blickwinkel der Niederlassungsfreiheit auch insoweit der Gründungstheorie den Vorrang geben wird¹³⁷.

Ein Schutz der nationalen Mitbestimmungsregeln ist daher letztlich nur über europäische Rechtsvorschriften selbst möglich. Auf europäischer Ebene verdichtet sich jedoch ein Kollisionssystem, welches die Mitbestimmung deutscher Prägung dem Wettbewerb mit den Mitbestimmungsgepflogenheiten anderer Mitgliedstaaten aussetzt: Bei Gründung einer SE oder einer SCE hat die Aushandlung einer maßgeschneiderten Mitbestimmungslösung durch die Sozialpartner fortan ebenso Vorrang wie bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Für letzteren Fall schreibt Art. 16 Abs. 1 RL 2005/56/EG nunmehr sogar die Geltung der Gründungstheorie auch für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor, sofern nicht nach Art. 16 Abs. 2 RL 2005/56/EG ein – gegenüber dem bestehenden nationalen Recht vorrangiges – harmonisiertes Mitbestimmungssystem greift. Für die Anwendung tradierter nationaler Mitbestimmungsordnungen ist hier kein Raum mehr.

3. Änderungsvorschläge

Nicht zuletzt unter dem Eindruck der Entwicklung auf europäischer Ebene ist die früher angestrebte Vereinheitlichung der bestehenden Mitbestimmungssysteme als Reformziel in den Hintergrund gerückt. Gegenstand der neueren rechtspolitischen Diskussion ist vielmehr die Frage, ob die be-

¹³⁶ Für eine Anwendung der bestehenden deutschen Mitbestimmungsregelungen auf ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland unter analoger Anwendung des Art. 34 EGBGB sprechen sich aus *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1089); *Bayer*, AG 2004, 534 ff.; *Franzen*, RdA 2004, 257 (258 ff., 263). Kritisch dagegen *Kamp*, BB 2004, 1496 (1499 f.); *Koberski* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 1 MitbestG RdNr. 19 ff., *Paefgen*, DB 2003, 491 f.; *Riegger*, ZGR 2004, 518 ff.

¹³⁷ Wie *Koberski* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 1 MitbestG RdNr. 24 ausführt, stehen und fallen die Aussichten des Gesetzgebers, die deutsche Mitbestimmung vor einer Flucht in EU-ausländische Gesellschaften zu schützen, damit, ob der EuGH unter Berücksichtigung seiner Rechtsprechung in EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003 – C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155 den Schutz der Mitbestimmung als zwingendes Interesse des Allgemeinwohls anerkennen würde. Nach überwiegender Ansicht, z.B. *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1089); *Bayer*, AG 2004, 534 ff.; *Franzen*, RdA 2004, 257 (262 f.); *Kamp*, BB 2004, 1496 (1500); *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag (2006), S. 107 ff, 109 steht die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV einer Unterwerfung von EU-Auslandsgesellschaften unter deutsches Mitbestimmungsrecht jedenfalls dann nicht entgegen, wenn sich die betriebliche Organisation einschließlich der Arbeitnehmer im Wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer nicht nach dem Recht des Gründungsstaates ein Mitbestimmungsrecht haben.

stehende Mitbestimmung einem grundlegenden Systemwechsel zugeführt oder lediglich einer behutsamen Fortentwicklung unterzogen werden soll.

a) Systemwechsel

Ein radikaler Systemumbau wird vom Berliner Netzwerk Corporate Governance gefordert¹³⁸. An die Stelle der Mitbestimmung im Aufsichtsrat solle eine aus Arbeitnehmervertretern gebildeter Konsultationsrat gebildet werden, der gegenüber dem Vertretungsorgan und dem Aufsichtsrat mit Unterrichtungs- und Beratungsrechten ausgestattet wird, dessen Mitglieder aber nicht mit eigenem Stimmrecht an der Beschlussfassung beteiligt wären. Die Mitbestimmung würde hierdurch ihres Charakters als System der Mitentscheidung entkleidet werden.

Einen etwas weniger einschneidenden Paradigmenwechsel stellen die Vorschläge der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI¹³⁹ aus dem Jahre 2004 dar. Die Ausgestaltung der Mitbestimmung durch Vereinbarung wurde in die Hände von Arbeitnehmer- und Anteilseigner-Vertretern gelegt, wobei zur Orientierung drei Modelle als Regelbeispiele dienen sollten: jeweils eines in Anlehnung an das MitbestG und das DrittelbG sowie ein Konsultationsmodell mit Konsultationsrat. Bei fehlender Vereinbarung sollte in dualistisch strukturierten Gesellschaften das System der Drittelbeteiligung greifen, bei monistisch organisierten Gesellschaften das Konsultationsmodell.

b) Fortentwicklung des bestehenden Systems

Behutsamer sind die jüngsten Empfehlungen von *Raiser*¹⁴⁰, den wissenschaftlichen Mitgliedern der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung¹⁴¹ sowie des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“¹⁴².

Der Schwerpunkt der drei Konzepte ist die Einführung einer Verhandlungslösung, wie sie aus SEBG, SCEBG und MgVG bekannt ist. Diese soll

¹³⁸ *Kirchner/Säcker/Schwalbach/Schwark/v. Werder/Windbichler*, AG 2004, 200 f.

¹³⁹ *BDA/BDI*, Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004), S. 40 ff. Zu diesem Bericht auch *Oetker*, RdA 2005, 337 (341 ff.); *Wolf*, in: Festschrift für Wißmann (2005), S. 489 (497 ff.).

¹⁴⁰ *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag (2006), S. 1, 111 ff.

¹⁴¹ Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder mit Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen und der Vertreter der Arbeitnehmer (2006), S. 4 ff.

¹⁴² Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885 ff. Mitglieder sind die Professoren *Bachmann*, *Baums*, *Habersack*, *Henssler*, *Lutter*, *Oetker* und *Ulmer*.

den Unternehmen die wünschenswerte Flexibilität für maßgeschneiderte Lösungen bieten, das deutsche Mitbestimmungsrecht europatauglich erweitern und eine Verkleinerung der Aufsichtsräte ermöglichen. Ungeachtet des einheitlichen Ansatzes unterscheiden sich die unterbreiteten Vorschläge im Detail.

Als wesentliche Änderungen empfiehlt *Raiser* in seinem Gutachten, die Ausgestaltung der Mitbestimmung durch Vereinbarung zwischen den Vertretern der Arbeitnehmer und der Anteilseigner zuzulassen, wobei auch die Belegschaften ausländischer Betriebe und Unternehmen einzubeziehen wären. Als Auffanglösung sollen das MitbestG 1976 sowie das DrittelbG in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich fortbestehen, während die Montan-Mitbestimmung als gesetzliches Modell entfällt. Ferner sollen „Scheinauslandsgesellschaften“ dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterworfen werden.

Die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung schlugen in ihrem Votum¹⁴³ 2006 ebenfalls vor, Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer- und Anteilvertretern über die Mitbestimmung einzuführen, beschränkten diese Empfehlung jedoch auf Konzernobergesellschaften. Insbesondere sollten Vereinbarungen über die Größe des Aufsichtsrates zugelassen werden, das besondere Verhandlungsgremium zur Aushandlung der Mitbestimmung bei Öffnungsklauseln mit Vertretern der Belegschaft – auch der ausländischen Betriebe und Unternehmen – sowie der Gewerkschaften besetzt sein, das komplexe Wahlverfahren nach dem MitbestG 1976 zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch eine Versammlung der Betriebsrats- und Sprecherausschussmitglieder vereinfacht, die Einbeziehung ausländischer Belegschaften ermöglicht, die Beteiligung der Arbeitnehmer in entscheidungsbefugten Ausschüssen des Aufsichtsrats entsprechend der Gesamtbeteiligung vorgeschrieben und Regelberichterstattungen gegenüber dem Aufsichtsrat in mitbestimmten Unternehmen angeglichen werden.

Auf derselben Linie liegt der Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“. Er möchte die Verhandlungslösung auf die dem MitbestG 1976 unterliegenden Konzernobergesellschaften beschränken und die bestehende Rechtslage künftig nur noch als Auffangregelung dienen lassen¹⁴⁴.

¹⁴³ Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder mit Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen und der Vertreter der Arbeitnehmer (2006), S. 12 ff.

¹⁴⁴ Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885 (886, 890 ff.).

C. Geltungsbereich der Mitbestimmungsgesetze und Abgrenzung

Die Parallelität verschiedener Mitbestimmungsmodelle zwingt zur Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche. Hierbei gilt, dass die Montan-Mitbestimmung Vorrang gegenüber dem MitbestG 1976 hat und dieses wiederum dem DrittelbG vorgeht. Diese Mitbestimmungssysteme werden ihrerseits im Wege der Spezialität durch die Mitbestimmungssysteme gemeinschaftsrechtlicher Provenienz verdrängt, wobei deren jeweiliger Anwendungsbereich durch die Rechtsform der Gesellschaft (SE, SCE) beziehungsweise durch die Entstehungsgeschichte (grenzüberschreitende Umwandlung) definiert wird.

Im Einzelnen stellen sich der Geltungsbereich und die Abgrenzung der Mitbestimmungsgesetze wie folgt dar.

I. Montan-Mitbestimmung

Das Montan-MitbestG regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Unternehmen, deren Unternehmenszweck der Bergbau- und Stahlindustrie zuzuordnen ist, das Montan-MitbestErgG erstreckt die Mitbestimmung auf Konzernobergesellschaften in diesem Industriezweig. Die Mitbestimmung nach diesen beiden Gesetzen erfasst aber nur solche Unternehmen, die in einer bestimmten Rechtsform organisiert sind und die regelmäßig eine gesetzliche Mindestzahl von Arbeitnehmern beschäftigen.

1. Erfasste Unternehmen

a) Betriebszweck der Unternehmen

Der Montan-Mitbestimmung unterliegen Bergbauunternehmen, die hinsichtlich ihres Betriebszwecks die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 lit. a Montan-MitbestG erfüllen. Der Betriebszweck muss entweder in der Förderung oder in der Verarbeitung der dort genannten Rohstoffe Kohle und Eisenerz liegen. Diese Verfahren müssen den überwiegenden Betriebszweck bilden, also das wirtschaftlich den Betrieb beherrschende Element sein. Das Unternehmen muss schließlich unter der Aufsicht der für die Ausübung des Berghoheitsrechts zuständigen Behörden stehen.

Über § 1 Abs. 1 Satz 1 lit. b Montan-MitbestG werden Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in die Montan-Mitbestimmung einbezogen, wobei nicht nur die in der Anlage zum Gesetz Nr. 27 der AHK¹⁴⁵ aufgeführten Unternehmen erfasst sind, sondern alle Unterneh-

¹⁴⁵ Gesetz vom 16. 5. 1950, ABl. der AHK, S. 299.

men, deren überwiegender Betriebszweck in der Erzeugung von Eisen und Stahl liegt¹⁴⁶.

Aufgrund der Definition in § 1 Abs. 1 Satz 1 lit. b Montan-MitbestG nicht einbezogen ist damit die Eisen und Stahl verarbeitende Industrie. Eine Sonderregelung findet sich in der „Walzwerkklausele“ des § 1 Abs. 1 Sätze 2 und 3 Montan-MitbestG für die erzeugungsnahe Weiterverarbeitung (Warmverarbeitung), welche die Montan-Mitbestimmung unter engen Voraussetzungen auf solche Verfahren als – zumindest mitprägenden – Betriebszweck erstreckt.

Der Montan-Mitbestimmung unterliegen auch Tochterunternehmen, die von Unternehmen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 lit. b Montan-MitbestG oder einem nach dem Gesetz Nr. 27 des AHK zu liquidierenden Unternehmen im Sinne des § 17 AktG abhängig sind, sofern sie selbst einen § 1 Abs. 1 Satz 1 lit. a Montan-MitbestG entsprechenden Betriebszweck verfolgen oder überwiegend Eisen und Stahl erzeugen.

Etwas komplexer stellt sich die Behandlung von Konzernobergesellschaften dar. Erfüllt ein Unternehmen sowohl die Anwendungsvoraussetzungen des MitbestErgG als auch die des Montan-MitbestG, so ist nach § 2 MitbestErgG allein das Montan-MitbestG anzuwenden. Damit erfasst das Montan-MitbestErgG nur solche Obergesellschaften, deren Betriebszweck von der Beherrschung montan geprägter Konzernuntergesellschaften mitgeprägt ist.

Für den Übergang ins MitbestErgG einer bislang nicht dem Montan-MitbestG unterfallenden Gesellschaft ist nach § 1 Montan-MitbestErgG zunächst erforderlich, dass das Unternehmen mindestens ein anderes Unternehmen beherrscht, in dem das Montan-MitbestG angewendet wird. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 MitbestErgG ist es außerdem erforderlich, dass die in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Montan-MitbestErgG statuierte „Montanquote“ seit mindestens sechs Geschäftsjahren ununterbrochen mehr als 50% beträgt.

Hat ein Unternehmen dem Montan-MitbestG unterlegen und sind dessen Anwendungsvoraussetzungen entfallen, so wechselt es in das MitbestErgG, wenn es die in §§ 1 bis 3, § 16 Abs. 1 Nr. 2 Montan-MitbestErgG aufgestellten Bedingungen erfüllt: Danach darf das Montan-MitbestG nicht mehr anwendbar sein, auch nicht aufgrund der Fortgeltungsklausel des § 1 Abs. 3 Montan-MitbestG. Weiter muss sich entweder die „Montanquote“ im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Montan-MitbestErgG auf mindestens 20% belaufen oder aber es müssen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Montan-MitbestErgG die dem Montan-MitbestG unterfallenden Konzernunternehmen (§ 18 Abs. 1 AktG) oder die abhängigen Unternehmen (§ 17 Abs. 1 AktG) in der Regel mehr als ein Fünftel

¹⁴⁶ BGH, Beschluss vom 28. 2. 1983 – II ZB 10/82, NJW 1983, 1617 f.

der Arbeitnehmer sämtlicher Konzernunternehmen oder abhängigen Unternehmen beschäftigen.

b) Rechtsform der erfassten Gesellschaften

Nach § 1 Abs. 2 Montan-MitbestG erfasst die Montan-Mitbestimmung nur Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH. Nicht erfasst sind damit die Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie sämtliche Personengesellschaften. Entsprechendes gilt gemäß § 1 Montan-MitbestErgG für Konzernobergesellschaften.

c) Arbeitnehmerzahl

Unternehmen, die in einer der genannten Rechtsformen betrieben werden, unterliegen der Montan-Mitbestimmung gemäß § 1 Abs. 2 Montan-MitbestG grundsätzlich nur, wenn sie in der Regel mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen.

Das Gesetz enthält keine Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Nach ganz herrschender Auffassung ist aber davon auszugehen, dass auch für das Montan-MitbestG der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG maßgeblich ist. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 MitbestG 1976, jedoch in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff des § 3 Abs. 1 DrittelbG sind daher leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Montan-MitbestG anzusehen.

Im Unterschied zu § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG kennt das Montan-MitbestG keine Zurechnung der Belegschaften von Tochterunternehmen bei der Ermittlung der für das herrschende Unternehmen eines Konzerns maßgeblichen Arbeitnehmerzahl.

Bei der Frage, ob Konzernobergesellschaften dem Montan-MitbestErgG unterliegen, knüpft das Gesetz hingegen nicht an eine absolute Arbeitnehmermindestzahl an. Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass das Montan-MitbestErgG nur dann zur Anwendung kommt, wenn beherrschte Unternehmen dem Montan-MitbestG unterfallen. Über § 1 Abs. 2 Montan-MitbestG ist dann gesichert, dass nur Konzerne erfasst werden, die in der Regel mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen.

2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungsmodellen

In der Kaskade der deutschen Mitbestimmungsgesetze nimmt die Montan-Mitbestimmung den obersten Platz ein, denn aufgrund der Anknüpfung an einen besonderen Betriebszweck verdrängt die Montan-Mitbestimmung in ihrem Anwendungsbereich im Wege der Spezialität grund-

sätzlich die übrigen Modelle der unternehmerischen Arbeitnehmerbeteiligung. Dieser Anwendungsvorrang wird in § 1 Abs. 2 MitbestG 1976 sowie in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 DrittelbG ausdrücklich anerkannt.

Innerhalb der Montan-Mitbestimmung ordnet § 2 Montan-MitbestErgG an, dass eine Konzernobergesellschaft, die bereits aufgrund ihres eigenen überwiegenden Betriebszwecks und der sonstigen Umstände die Voraussetzungen für die Anwendung des Montan-MitbestG erfüllt, allein den Bestimmungen dieses Gesetzes unter Ausklammerung des Montan-MitbestErgG unterworfen ist.

Keine Anwendung findet die Montan-Mitbestimmung auf Unternehmen in Rechtsform der SE oder der SCE, auch wenn diese Gesellschaften einen Unternehmenszweck im Sinne von § 1 Abs. 1 Montan-MitbestG verfolgen. Ausweislich der § 47 Abs. 1 SEBG und § 49 Abs. 1 SCEBG finden die nationalen Mitbestimmungsgesetze und damit auch das Montan-MitbestG keine Anwendung, sodass insoweit ausschließlich die Regelungen des SEBG und des SCEBG maßgeblich sind.

Entsprechendes gilt gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 MgVG für Gesellschaften nationalen Rechts, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind, sofern eine der in § 5 MgVG geregelten Fallkonstellationen vorliegt. Anderenfalls gelangt über § 4 MgVG das Mitbestimmungsrecht desjenigen Staates zur Anwendung, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Zielgesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Wenn dieser im Inland belegen ist, führt dies zur Anwendung desjenigen Mitbestimmungsmodells, dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und das den übrigen Mitbestimmungsgesetzen im Wege der Spezialität vorgeht.

3. Inländische Gesellschaften

Unternehmen mit Satzungssitz im Ausland fallen nach bislang herrschender Ansicht nicht unter das Montan-MitbestG. Entsprechendes gilt für das Montan-MitbestErgG. Soweit nunmehr im Zusammenhang mit dem MitbestG 1976 sowie dem DrittelbG diskutiert wird, die deutschen Mitbestimmungsgesetze auf Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland und satzungsmäßigem Sitz im EU/EWR-Ausland anzuwenden, können die Argumente und Ergebnisse auch auf die Montan-Mitbestimmung übertragen werden, weswegen insoweit auf die Ausführungen beim MitbestG 1976 verwiesen wird.

4. Mitbestimmungsbeibehaltung

a) Verlängerungsklausel des Montan-MitbestG

Unterschreitet ein Unternehmen die in § 1 Abs. 2 Montan-MitbestG geforderte Arbeitnehmerzahl oder erfüllt es nicht mehr die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Montan-MitbestG, weil es die Montanproduktion eingestellt oder erheblich reduziert hat, bleibt das Gesetz nach dem – 1981 eingefügten – § 1 Abs. 3 Montan-MitbestG dennoch für weitere sechs volle Geschäftsjahre anwendbar.

b) Weitere Anwendung des Montan-MitbestErgG

Sobald ein Unternehmen den Aufsichtsrat nach dem MitbestErgG gebildet hat, bleibt das Unternehmen gemäß §§ 1 und 2 MitbestErgG i.V. mit § 3 Abs. 2 Montan-MitbestErgG unter dem Geltungsbereich des Montan-MitbestErgG, solange die Rechtsform einer AG oder GmbH beibehalten wird, das Montan-MitbestG nicht originär anwendbar ist, ein dem Montan-MitbestG unterliegendes Unternehmen beherrscht wird und entweder ein Fünftel der Umsätze sämtlicher Konzernunternehmen aus dem Montan-Bereich stammen oder die beherrschten und der Montan-Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaften in der Regel mehr als ein Fünftel der Gesamtbelegschaft beschäftigen.

Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht mehr vor, bleibt das Gesetz nach § 16 Abs. 2 Montan-MitbestErgG ebenfalls noch auf das Unternehmen anwendbar, aber nur noch für sechs volle Geschäftsjahre seit dem Wegfall einer der genannten Anwendungsvoraussetzungen.

c) Allgemeine Weitergeltungsklauseln

Mithilfe zweier Weitergeltungsklauseln aus dem Jahr 1994 versucht der Gesetzgeber, eine Gefährdung der Mitbestimmung zu vermeiden oder abzumildern, wenn aufgrund betrieblicher Umstrukturierungsmaßnahmen der Wechsel in eine weniger intensive Form der Mitbestimmung oder der gänzliche Verlust der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat droht, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendung eines bestimmten Mitbestimmungsmodells entfallen.

Die Bestimmung des § 325 Abs. 1 UmwG stellt eine Reaktion auf die durch §§ 123 ff. UmwG geschaffene Möglichkeit dar, Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zu spalten. Die dadurch erleichterte Zerlegung eines Unternehmens in kleinere rechtliche Einheiten bedroht die Anwendung der Gesetze über die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat, weil sie eine Mindestgröße der Belegschaft voraussetzen. Als Kompensation schreibt § 325 Abs. 1 UmwG eine zeitlich begrenzte Beibehaltung des vor der Spaltung bestehenden Mitbestimmungsstatus vor.

Das Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz¹⁴⁷ soll wiederum die Fälle grenzüberschreitender Einbringung von Anteilen und Übertragung von Betrieben im Sinne der steuerlichen Fusionsrichtlinie der EG von 1990¹⁴⁸ erfassen. Solche Vorgänge wirken sich, soweit Betriebe mitbestimmter deutscher Unternehmen betroffen sind, wegen der Verringerung von deren Beschäftigtenzahl tendenziell mitbestimmungsschädlich aus. Deshalb schreibt das MitbestBeiG im Kern vor, dass eine grenzüberschreitende Anteils- oder Betriebsübertragung, für welche die von der Fusionsrichtlinie vorgeschriebene steuerliche Entlastung in Anspruch genommen wird, für die Beurteilung des Mitbestimmungsstatus beteiligter Unternehmen als nicht geschehen gilt.

d) Abstimmung der Verlängerungs- und Beibehaltungsregelung

Die Bestimmungen des § 1 Abs. 3 MitbestG, des § 325 Abs. 1 UmwG sowie jene des MitbestBeiG sind nicht aufeinander abgestimmt. Der diesen Regelungen gemeinsame Zweck, den mitbestimmungsrechtlichen status quo zu erhalten, führt zur Anwendung der im Einzelfall insoweit wirkungsvolleren Vorschrift.

II. Mitbestimmungsgesetz 1976

Der Arbeitnehmerbeteiligung nach dem MitbestG 1976 unterliegen nur Unternehmen, die in einer bestimmten Rechtsform verfasst sind und den gesetzlich definierten Schwellenwert an regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern überschreiten. Aber auch für solche Gesellschaften bestehen Ausnahmeregelungen. Schließlich gelten Besonderheiten innerhalb eines Konzerns.

1. Erfasste Unternehmen

Der Kreis der Unternehmen, in denen den Arbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht nach Maßgabe des MitbestG 1976 zusteht, wird von § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 zunächst im Hinblick auf die Gesellschaftsform beschrieben. Allgemein lässt sich feststellen, dass von der Mitbestimmung nur Kapitalgesellschaften erfasst werden, nicht jedoch Perso-

¹⁴⁷ Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen vom 23. 8. 1994 (MitbestBeiG), BGBl. I, S. 2228.

¹⁴⁸ Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. EG, Nr. L 225 vom 20.8.1990, S. 1 ff.

nengesellschaften. Der innere Rechtfertigungsgrund für diese Differenzierung liegt in dem Umstand, dass Personengesellschaften auf der persönlichen Mitarbeit der Gesellschafter gründen und dass diese der vollen persönlichen Haftung mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unterliegen¹⁴⁹. Die fehlende Erfassung des Versicherungsvertrags auf Gegenseitigkeit ist hingegen systemwidrig.

a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien

Eine Aktiengesellschaft (§ 1 Abs. 1 AktG) oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 278 Abs. 1 AktG) unterliegt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 der Arbeitnehmerbeteiligung nach diesem Gesetz, wenn die Mindestarbeitnehmerzahl i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG erreicht wird und die übrigen Anwendungsvoraussetzungen vorliegen.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft

In den gesetzlichen Anwendungsbereich fallen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 wegen ihrer Rechtsform ferner eine GmbH (§ 1 GmbHG) sowie eine Genossenschaft (§ 1 Abs. 1 GenG), soweit die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem MitbestG 1976 gegeben sind.

2. Ausnahmen von der Beteiligung nach dem MitbestG 1976

Das Modell der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 ist nicht anwendbar, wenn andere Mitbestimmungsgesetze vorrangig sind oder für bestimmte Unternehmen eine Bereichsausnahme greift.

a) Vorrang anderer Mitbestimmungsgesetze

Das MitbestG 1976 löst das Modell der Montan-Mitbestimmung nicht ab. Vielmehr ist diese in ihrem Anwendungsbereich als das speziellere Mitbestimmungsmodell vorrangig, wie § 1 Abs. 2 Nr. 1 MitbestG 1976 für das Montan-MitbestG und § 1 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG 1976 für das Montan-MitbestErgG ausdrücklich gesetzlich anordnet.

In Unternehmen, in denen weder nach dem MitbestG 1976 noch nach dem Montan-MitbestG oder dem Montan-MitbestErgG ein Mitbestimmungsrecht besteht, regelt sich die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem DrittelbG, soweit dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Dies stellt § 1 Abs. 3 MitbestG 1976 klar.

¹⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (348).

Dies schließt jedoch nicht aus, dass Arbeitnehmer eines Montan-Unternehmens oder eines unter das DrittelbG fallenden Unternehmens an der Mitbestimmung in einem herrschenden Unternehmen nach dem MitbestG 1976 beteiligt sind.

Ausweislich der § 47 Abs. 1 SEBG und § 49 Abs. 1 SCEBG finden die nationalen Mitbestimmungsgesetze und damit auch das MitbestG 1976 keine Anwendung in einer SE oder einer SCE. Maßgeblich sind insoweit ausschließlich die Regelungen des SEBG und des SCEBG. Entsprechendes gilt gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 MgVG für Gesellschaften nationalen Rechts, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind, sofern eine der in § 5 MgVG geregelten Fallkonstellationen vorliegt. Anderenfalls gelangt über § 4 MgVG das Mitbestimmungsrecht desjenigen Staates zur Anwendung, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Zielgesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Wenn dieser im Inland belegen ist, führt dies zur Anwendung des MitbestG 1976, soweit nicht ein anderes nationales Mitbestimmungsmodell gemäß § 1 Abs. 2 und 3 MitbestG 1976 einschlägig ist.

b) Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften

Vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 MitbestG 1976 sogenannte Tendenzunternehmen. Der Kreis der Tendenzunternehmen ist dabei gesetzlich ebenso abgegrenzt wie in § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Danach sind folgende Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung Tendenzunternehmen:

- Unternehmen mit politischer Zweckbestimmung,
- Unternehmen mit koalitionspolitischen Zielrichtung,
- Unternehmen mit konfessioneller Ausrichtung,
- Unternehmen mit karitativer Zweckbestimmung,
- Unternehmen mit erzieherischer Bestimmung,
- Unternehmen mit wissenschaftlicher Zielsetzung,
- Unternehmen mit künstlerischer Widmung,
- Unternehmen, die Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen.

Die Ausnahme des § 1 Abs. 4 Satz 1 MitbestG 1976 gilt jedoch nur für Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend den geschützten Tendenzen dienen.

§ 1 Abs. 4 Satz 1 MitbestG 1972 enthält keine ausdrückliche Regelung zu Tendenzkonzernen. Nach ganz überwiegender Meinung¹⁵⁰ beurteilt sich

¹⁵⁰ Nachweise bei *Koberski* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 1 MitbestG RdNr. 54 ff., auch zu Gegenansichten.

der Tendenzcharakter einer beherrschten Gesellschaft unabhängig von der Einordnung der Konzernobergesellschaft und dem Charakter der anderen abhängigen Gesellschaften. Demgegenüber muss der Unternehmenszweck von abhängigen Gesellschaften, die unter der Leitungsmacht der Konzernobergesellschaft stehen, bei deren Zwecksetzung berücksichtigt werden.

Schließlich unterfallen Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen nach § 1 Abs. 4 Satz 2 MitbestG 1976 nicht der Mitbestimmung nach diesem Gesetz. Dieser Bestimmung kommt jedoch kaum praktische Bedeutung zu.

3. Arbeitnehmerzahl und Zurechnung im Konzern

a) Mindestarbeitnehmerzahl

Der Anwendungsbereich des MitbestG 1976 wird jedoch nicht nur durch die § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 aufgezählten Gesellschaftsformen bestimmt, sondern auch durch die in § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 vorgegebene Mindestanzahl von Arbeitnehmern, die regelmäßig im Unternehmen beschäftigt sein muss. Diesen Schwellenwert, welcher die Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 auslöst, legt § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 auf mehr als 2.000 regelmäßig im Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer fest.

b) Begriff des Arbeitnehmers

Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes sind gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 MitbestG grundsätzlich die in § 5 Abs. 1 BetrVG bezeichneten Personen. Da in dieser Bestimmung der Arbeitnehmerbegriff nicht definiert, sondern als gegeben vorausgesetzt wird, ist auch für die Anwendung des MitbestG 1976 von einem vorgegebenen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff auszugehen. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen, des Arbeitgebers, zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist¹⁵¹. Durch den Verweis auf § 5 Abs. 1 BetrVG sind den Arbeitnehmern in diesem Sinne die zur Berufsausbildung Beschäftigten sowie die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, gleichgestellt.

Das Gesetz teilt die Arbeitnehmer in die Kategorien der leitenden Angestellten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG 1976) und der sonstigen Ar-

¹⁵¹ BAG, Urteil vom 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (623 ff.); BAG, Urteil vom 27. 6. 2001 – 5 AZR 561/99, NZA 2002, 742; BAG, Urteil vom 12. 12. 2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787; *Koberski* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 3 MitbestG RdNr. 4 ff.

beitnehmer ein (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MitbestG 1976). Diese zweistufige Gliederung der Arbeitnehmerschaft ist wegen der getrennten Aufstellung von Wählerlisten und der unterschiedlichen Mitbestimmungsverfahren erforderlich. Gleichwohl zeichnet sich das MitbestG 1976 dadurch aus, dass es im Gegensatz zum DrittelbG die leitenden Angestellten in die Mitbestimmung einbindet. Durch den Verweis in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG 1976 auf § 5 Abs. 3 BetrVG ist der Begriff des leitenden Angestellten im BetrVG sowie im MitbestG 1976 identisch¹⁵².

Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 MitbestG sind die in § 5 Abs. 2 BetrVG genannten Personen keine Arbeitnehmer. Hierin liegt nur teilweise eine Einschränkung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs. Soweit die in § 5 Abs. 2 BetrVG bezeichneten Personen schon nicht unter den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff fallen, dient die Vorschrift lediglich der Klarstellung.

c) Beschränkung auf inländische Betriebe

Für die Anwendung des MitbestG 1976 gilt nach bislang ganz herrschender Ansicht, dass Arbeitnehmer ausländischer Betriebe des Unternehmens nicht in die Mitbestimmung einzubeziehen sind¹⁵³. Das bedeutet nicht nur, dass ihnen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht zukommt, sondern auch, dass sie zur Ermittlung der für die Anwendung des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976) und einzelner seiner Vorschriften (§ 7 Abs. 1, § 9 Abs. 1 und 2 MitbestG 1976) maßgeblichen Arbeitnehmerzahlen nicht zu berücksichtigen sind. Dem treten vermehrt Stimmen entgegen, die eine Berücksichtigung der Arbeitnehmer ausländischer Betriebe des Unternehmens fordern¹⁵⁴.

d) Sonderfall der Kapitalgesellschaft & Co. KG

Eine Sonderregelung enthält § 4 Abs. 1 MitbestG für die im Wirtschaftsleben verbreitete Unternehmensform der KG, deren persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) nicht eine natürliche Person, sondern eine Kapitalgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 ist (namentlich also für die GmbH & Co. KG). Eine solche KG bleibt zwar rechtlich und steuerlich eine Personengesellschaft, entspricht aber – wegen der beschränkten Haftung des Komplementärs – wirtschaftlich weitgehend der Kapitalgesellschaft. § 4 Abs. 1 MitbestG 1976 räumt daher den Arbeitnehmern einer solchen kapitalistisch strukturierten KG ein mittelbares

¹⁵² BAG, Beschluss vom 29. 1. 1980 – 1 ABR 45/79, NJW 1980, 2724 (2726 ff.).

¹⁵³ BT-Drucks. 7/4845, S. 4.

¹⁵⁴ LG Frankfurt, Beschluss vom 1. 4. 1982 – 2/6 Akt E 1/81, DB 1982, 1312; *Däubler*, RabelsZ 1975, 446; *Reich/Lewerenz*, ArbuR 1976, 264; *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207 f.); *Lux*, BB 1977, 909; *Raiser* in: *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften (5. Aufl. 2009), § 1 MitbestG RdNr. 20; *Steindorff*, ZHR 141 (1977), S. 457 (461);

Mitbestimmungsrecht ein. Dies wird erreicht, indem die Arbeitnehmer der KG für die Zwecke des MitbestG 1976 als Arbeitnehmer der Komplementär-Kapitalgesellschaft gelten, die nach § 4 Abs. 2 MitbestG 1976 nicht von der Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen werden darf. Voraussetzung ist allerdings, dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft selbst in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Bestimmung des § 4 Abs. 1 MitbestG 1976 gilt ausweislich der Sätze 2 und 3 auch bei mehrstöckigen Kommanditgesellschaften.

Diese Sonderregelung in § 4 MitbestG 1976 zur Arbeitnehmerzurechnung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG hat bislang keinen Eingang in die anderen Mitbestimmungsmodelle gefunden.

e) Arbeitnehmerzurechnung im Konzern

Der unternehmerischen Mitbestimmung liegt der Ansatz zugrunde, dass die Arbeitnehmer auf die grundlegenden Entscheidungen des Unternehmens dort Einfluss nehmen sollen, wo diese Entscheidungen tatsächlich getroffen werden. Durch die Verlagerung von Entscheidungszuständigkeiten auf die Organe anderer Gesellschaften wird die Effektivität der Mitbestimmung im Aufsichtsgremium einer Gesellschaft nachhaltig beeinträchtigt. Zu einer solchen Kompetenzverlagerung kommt es insbesondere dann, wenn rechtlich eigenständige Gesellschaften unter der Leitungsmacht einer Konzernobergesellschaft zusammengefasst werden. Hier werden die für die Geschäftspolitik und damit auch für die Arbeitnehmer richtungsweisenden Entscheidungen nicht mehr auf der Ebene der einzelnen abhängigen Unternehmen getroffen, sondern in der leitenden Konzernobergesellschaft. Der planerische und gestalterische Einfluss der Arbeitnehmer kann in solchen Konzernen nur gewahrt werden, wenn die Mitbestimmung an der Konzernspitze ansetzt.

Ist eine Kapitalgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 herrschendes Unternehmen eines Konzerns im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG, gelten die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen über § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 als solche der herrschenden Konzernobergesellschaft. Nach dieser Bestimmung haben die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen im Hinblick auf die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens die gleichen Rechte und Pflichten wie die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Soweit das Gesetz auf bestimmte Größenmerkmale abstellt, insbesondere die Arbeitnehmermindestzahl nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976, werden die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen zusammengezählt.

Aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 folgt, dass die Zurechnung nur erfolgen kann, wenn eine Anwendung des MitbestG 1976 auf das herrschende Unternehmen unter Berücksichtigung der weiteren Tatbestandsmerkmale des § 1 MitbestG 1976 überhaupt in Betracht kommt. Für die Zurechnung ist hingegen unerheblich, in welcher Rechts-

form die einzelnen abhängigen Unternehmen geführt werden und wo sie in der Konzernhierarchie stehen. Ist eine Kapitalgesellschaft & Co. KG abhängiges Konzernunternehmen, werden nach § 5 Abs. 1 Satz 2 MitbestG 1976 die Arbeitnehmer der Komplementär-Kapitalgesellschaft der Konzernobergesellschaft auch dann zugerechnet, wenn die Komplementärgesellschaft selbst nicht konzernabhängig ist. Des Weiteren sind der Komplementär-Kapitalgesellschaft die Arbeitnehmer einer herrschenden Kapitalgesellschaft & Co. KG nach § 5 Abs. 2 MitbestG 1976 zuzurechnen.

Schließlich enthält § 5 Abs. 3 MitbestG 1976 eine Auffangregelung für den Fall, dass Konzernunternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Konzernobergesellschaft stehen, die selbst aufgrund ihrer Rechtsform oder aus sonstigen Gründen gemäß § 1 MitbestG 1976 nicht der Mitbestimmung unterliegt. In diesem Fall wird als Konzernobergesellschaft im Sinne von § 5 Abs. 1 MitbestG 1976 diejenige Gesellschaft fingiert, die der Konzernleitung am nächsten kommt und über welche die Konzernobergesellschaft ihren Einfluss auf die nachgeordneten Konzernunternehmen ausübt.

4. Inländische Gesellschaften

Nach bislang herrschender Ansicht beschränkt sich der Anwendungsbereich des MitbestG aufgrund des Territorialitätsprinzips auf Unternehmen, deren Verwaltungssitz im Inland belegen ist; nicht erfasst werden hingegen Unternehmen, die ihren Verwaltungssitz im Ausland haben, unabhängig davon, welches Land als satzungsmäßiger Sitz gewählt ist¹⁵⁵.

Diese Meinung basiert im Wesentlichen auf der internationalprivatrechtlichen „Sitztheorie“, wonach die Verfassung der Gesellschaft dem Recht desjenigen Landes unterliegt, in welchem sich der Verwaltungssitz befindet. Seitdem aufgrund der Urteile des EuGH in den Sachen *Centros*¹⁵⁶ und *Überseering*¹⁵⁷ im Verhältnis der Mitgliedstaaten der EU sowie des EWR zueinander jedoch die Gründungstheorie zur Anwendung gelangt, bedarf es einer Korrektur der bisherigen Sichtweise. Im Einzelnen ergibt sich folgende Gemengelage:

In Anwendung der Gründungstheorie können Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat nunmehr ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegen, ohne hierdurch einem Wechsel des Gesellschaftsstatus ausgesetzt zu sein, wenn das materielle Recht des Satzungsstaates das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässt. Um-

¹⁵⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. 3. 1995 – 8 W 355/93, ZIP 1995, 1004; *Bellstedt*, BB 1977, 1327; *Meilicke/Meilicke*, BB 1977, 1063; *Oetker* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), § 1 MitbestG RdNr. 3.

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 – C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002 – C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

stritten ist nunmehr, ob auf solche „Scheinauslandsgesellschaften“ das MitbestG 1976 anwendbar ist. Ein gewichtiger Teil des Schrifttums lehnt dies mit der Begründung ab, dass die Vermischung von ausländischem Gesellschaftsrecht und inländischem Mitbestimmungsrecht zu unüberwindbaren Vollzugsschwierigkeiten führen würde¹⁵⁸. Ein ebenfalls bedeutender Teil des Schrifttums tritt dem jedoch entgegen und verlangt die Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechts als zwingendem deutschem Gesellschaftsorganisationsrecht, wenn sich der Verwaltungssitz im Inland befindet; im Konfliktfall müsse das ausländische Gesellschaftsrecht hinter dem vorrangigen Mitbestimmungsrecht zurücktreten¹⁵⁹.

Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz im Inland haben, können ihren Verwaltungssitz materiell-rechtlich in einen Mitgliedstaat verlegen, ohne aus deutscher Sicht ihre Rechtsform als Kapitalgesellschaft zu verlieren, und müssen aufgrund der vom EuGH verordneten Gründungstheorie von dem Zuzugsstaat in dieser Verfassung anerkannt werden. Infolgedessen gilt grundsätzlich auch das MitbestG 1976 für diese Kapitalgesellschaften fort, sofern nicht der Zuzugsstaat den Regelungen der deutschen Mitbestimmung unter dem Gesichtspunkt nationaler Eingriffsnormen oder dem *ordre public* die Geltung versagt.

Für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Nicht-Mitgliedstaates gegründet wurden, gilt jedoch die Sitztheorie fort¹⁶⁰. Eine solche Gesellschaft unterliegt der deutschen Mitbestimmung nur, wenn sie ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlagert. Da dies aber aus deutscher Sicht mit dem Verlust der Anerkennung als juristische Person einhergeht, liegt keine Rechtsform mehr im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG 1976 vor, was im Ergebnis zur Mitbestimmungsfreiheit führt.

Eine nach deutschem Recht gegründete Kapitalgesellschaft darf ihren Verwaltungssitz materiell-rechtlich unter Beibehaltung ihres satzungsmäßigen Sitzes im Inland auch in einen Nicht-Mitgliedstaat verlegen. Hierin liegt implizit eine einseitige Kollisionsnorm nach Art der Gründungstheorie dahingehend, dass aus deutscher Sicht eine nach deutschem Recht gegründete Kapitalgesellschaft mit Satzungssitz im Inland auch dann dem deutschen Recht untersteht, wenn der Verwaltungssitz in einem Nicht-

¹⁵⁸ *Junker*, ZfA 2005, 1 (7); *Koberski* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 1 MitbestG RdNr. 25; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235 (1237 f.); *Oetker* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), § 1 MitbestG RdNr. 5; *Schwark*, AG 2004, 173 (177 f.); *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (382); *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (16 f.).

¹⁵⁹ *Bayer*, AG 2004, 534 (535); *Franzen*, RdA 2004, 257 (260 ff.); *Henssler*, in: Gedächtnisschrift für Heinze (2005), S. 333 (343 ff.); *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1079); *Roth*, in: Gedächtnisschrift für Heinze (2005), S. 709 (717 ff.); *Weidmann*, Die Anwendung des MitbestG 1976 in Fällen mit Auslandsbezug (2005).

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 – II ZR 158/06 („*Trabrennbahn*“), BGHZ 178, 192 (194 ff.); *Lamsa*, BB 2009, 16 (17 f.).

Mitgliedstaat liegt. Logische Konsequenz hieraus ist, dass aus deutscher Sicht auch das MitbestG 1976 anzuwenden ist.

5. Mitbestimmungsbeibehaltung

Fällt eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des MitbestG 1976 durch Abspaltung oder Ausgliederung weg, ordnet § 325 Abs. 1 UmwG unter bestimmten Voraussetzungen die Fortgeltung der bisherigen Mitbestimmung im übertragenden Unternehmen für einen begrenzten Übergangszeitraum von fünf Jahren an.

Daneben treten Sondervorschriften des Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetzes¹⁶¹ für die Einbringung von Anteilen an einer innerhalb der EU bzw. der EWR ansässigen Kapitalgesellschaft oder Europäischen Genossenschaft sowie die grenzüberschreitende Einbringung von Betrieben oder Teilbetrieben jeweils gegen Anteile an nicht im Inland unbeschränkt steuerpflichtigen aufnehmenden Unternehmen. Führt eine solche Einbringung dazu, dass ein an dem Vorgang beteiligtes oder nicht beteiligtes Unternehmen die Voraussetzungen für die bis zu dem Vorgang bestehende Vertretung der Arbeitnehmer in Organen des Unternehmens nicht mehr erfüllt, gilt der Vorgang als nicht geschehen, soweit es um die Voraussetzungen für die weitere Anwendung der im Zeitpunkt des Vorgangs angewandten Vorschriften über die Vertretung der Arbeitnehmer in Organen des Unternehmens geht.

III. Drittelbeteiligungsgesetz

Maßgebliche Kriterien für die Anwendbarkeit des DrittelbG sind die Rechtsnatur der in Frage stehenden Unternehmen, das Eingreifen einer möglichen Ausnahmeregelung und die jeweilige Arbeitnehmerzahl. Besonderheiten gelten dabei im Rahmen eines Konzerns.

1. Erfasste Unternehmen

Der Kreis der Unternehmen, die der Drittelbeteiligung unterfallen, umschreibt die Aufzählung in § 1 Abs. 1 DrittelbG unter Bezugnahme auf die Rechtsform.

¹⁶¹ Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen vom 23. 8. 1994 (MitbestBeiG), BGBl. I, S. 2228.

a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien

Den Beschäftigten einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern steht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 DrittelbG ein Mitbestimmungsrecht nach dem DrittelbG zu. Diese Mindestgröße von regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmern ist unbeachtlich für Gesellschaften, die vor dem 10. August 1994 eingetragen wurden („Altgesellschaften“) und die keine Familiengesellschaften sind.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG muss eine GmbH mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern einen Aufsichtsrat bilden, der nach Maßgabe des Gesetzes zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist.

c) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVG) mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern ist eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer nur vorgesehen, wenn in diesem Verein bereits ein Aufsichtsrat besteht. Bei großen VVG ist nach §§ 29, 35 VAG ein Aufsichtsrat zu bilden, während dies bei kleinen VVG i.S. von § 53 Abs. 1 und 3 VAG fakultativ ist. Besteht nach diesen Vorschriften ein Aufsichtsrat und beschäftigt der VVG mehr als 500 Arbeitnehmer, findet das DrittelbG Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die Schwelle von regelmäßig 2.000 Arbeitnehmern überschritten wird, da das MitbestG für diese Rechtsform nicht gilt und die Montan-Mitbestimmung vom sachlichen Anwendungsbereich her nicht gegeben sein kann.

d) Genossenschaft

Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GenG ist bei einer Genossenschaft mit mehr als 20 Mitgliedern ein Aufsichtsrat zwingend zu bilden. Beschäftigt eine solche Genossenschaft in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer, muss ihr Aufsichtsrat gemäß § 1 Nr. 5 DrittelbG zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden.

2. Ausnahmen von der Drittelbeteiligung

Das System der Drittelbeteiligung ist nicht anwendbar, wenn andere Mitbestimmungsgesetze vorrangig sind oder für bestimmte Unternehmen eine Bereichsausnahme greift.

a) Vorrang anderer Mitbestimmungsgesetze

Der sachliche Anwendungsbereich wird durch § 1 Abs. 2 Nr. 1 DrittelbG dahingehend eingeschränkt, dass die Drittelbeteiligung nur auf solche Unternehmen Anwendung findet, bei denen ein mitbestimmter Aufsichtsrat nicht nach dem MitbestG, dem Montan-MitbestG oder dem Montan-MitbestErgG zu bilden ist.

Ausweislich der § 47 Abs. 1 SEBG und § 49 Abs. 1 SCEBG finden die nationalen Mitbestimmungsgesetze und damit auch das DrittelbG keine Anwendung in einer SE oder einer SCE. Maßgeblich sind insoweit ausschließlich die Regelungen des SEBG und des SCEBG. Entsprechendes gilt gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 MgVG für Gesellschaften nationalen Rechts, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind, sofern eine der in § 5 MgVG geregelten Fallkonstellationen vorliegt. Anderenfalls gelangt über § 4 MgVG das Mitbestimmungsrecht desjenigen Staates zur Anwendung, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Zielgesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Wenn dieser im Inland belegen ist, führt dies zur Anwendung des DrittelbG, soweit nicht ein anderes nationales Mitbestimmungsmodell vorrangig ist.

b) Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem DrittelbG ist ausgeschlossen bei Tendenzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG sowie bei Religionsgemeinschaften einschließlich deren karitative und erzieherische Einrichtungen im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG. Die Regelung in § 1 Abs. 2 DrittelbG entspricht jener in § 1 Abs. 4 MitbestG 1976 nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich, weswegen für Einzelheiten auf die Ausführungen beim MitbestG 1976 verwiesen werden kann.

3. Arbeitnehmerzahl und Zurechnung im Konzern

Die in § 1 Abs. 1 DrittelbG aufgeführten Gesellschaften werden nur dann vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst, wenn sie in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Ein niedrigerer Schwellenwert, dessen Höhe gesetzlich nicht geregelt ist und im Schrifttum zwischen null und fünf Arbeitnehmer schwankt¹⁶², gilt nur für AG und KGaA, die vor dem 10. August 1994 eingetragen wurden.

Wer als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach § 3 Abs. 1 DrittelbG, der auf den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG ver-

¹⁶² Nachweise bei *Kleinsorge* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 1 DrittelbG RdNr. 5 ff.

weist. Diese Vorschrift entspricht § 5 Montan-MitbestErgG und § 3 Abs. 1 Satz 1 Satz 1 MitbestG 1976, allerdings mit einer wesentlichen Einschränkung: Die leitenden Angestellten sind keine Arbeitnehmer im Sinne des DrittelbG und zählen deshalb bei der Berechnung der Arbeitnehmerschwelle nicht mit.

Durch die Verlagerung von Entscheidungszuständigkeiten auf die Organe anderer Gesellschaften, insbesondere solche einer rechtlich oder faktisch herrschenden Konzernobergesellschaft, droht eine Aushöhlung der Mitbestimmung, da sich diese nur dort effektiv entfalten kann, wo die wesentlichen Entscheidungen für das Unternehmen und seine Arbeitnehmer getroffen werden. Dieser Gefahr wirkt § 2 Abs. 1 DrittelbG entgegen, indem die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der herrschenden Konzernobergesellschaft teilnehmen.

Da jedoch die Konzernobergesellschaft selbst nur dann der Mitbestimmung nach § 1 Abs. 1 DrittelbG unterliegt, wenn sie den Schwellenwert von in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern erreicht, werden die Arbeitnehmer der beherrschten Konzernunternehmen über § 2 Abs. 2 DrittelbG der Konzernobergesellschaft zugerechnet. Aufgrund des klaren Wortlauts kommt eine Zurechnung aber nur dann in Betracht, wenn ein Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG oder ein Eingliederungsverhältnis im Sinne von § 319 AktG besteht, sodass eine Zurechnung bei bloß faktisch einheitlicher Leitung sowie im Gleichbehandlungskonzern nicht erfolgt.

4. Inländische Gesellschaften

Nach überwiegender Auffassung unterliegen gemäß § 1 Abs. 1 DrittelbG nur solche Gesellschaften der Drittelbeteiligung, welche ihren Verwaltungssitz im Inland haben und auch nach inländischem Recht gegründet wurden¹⁶³. Nach der Gegenauffassung unterliegen dagegen Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet wurden, analog Art. 34 EGBGB der Mitbestimmung nach dem DrittelbG, wenn sie ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegen und ihre Verfassung strukturell mit einer der in § 1 Abs. 1 DrittelbG aufgezählten Gesellschaften vergleichbar ist¹⁶⁴.

¹⁶³ *Junker*, ZfA 2005, 1 (7); *Kamp*, BB 2004, 1496 (1498 f.); *Oetker* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), Einf. DrittelbG RdNr. 3 f.

¹⁶⁴ *Bayer*, AG 2004, 534 (535); *Henssler*, in: Gedächtnisschrift für Heinze (2005), S. 333 (343 ff.).

5. Mitbestimmungsbeibehaltung

Die Regelungen des § 325 Abs. 1 UmwG sowie des Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetzes gelten auch für das DrittelbG.

IV. Beteiligung in der SE, der SCE und bei grenzüberschreitenden Fusionen

Neben die Mitbestimmung nach deutscher Prägung treten nunmehr Mitbestimmungsmodelle europäischer Provenienz. Archetyp hierfür ist die durch das SE-Beteiligungsgesetz in nationales Recht umgesetzte Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer. In Anlehnung hieran erging die Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, deren Umsetzung ins nationale Recht durch das SCE-Beteiligungsgesetz erfolgte. Schließlich erließ der Gesetzgeber zur Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten das MgVG.

Alle drei Mitbestimmungsmodelle weisen zahlreiche Parallelen auf, was nicht nur auf die große Ähnlichkeit der geregelten Sachfragen, sondern auf das Bestreben sowohl des europäischen wie auch des deutschen Gesetzgebers zurückzuführen ist, im Rahmen der Regelung der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ein weitgehend einheitliches System zu schaffen.

1. Erfasste Unternehmen, Betriebe und Arbeitnehmer

Der Mitbestimmung nach dem SEBG unterliegen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 SEBG alle Unternehmen in der Rechtsform der SE mit Sitz im Inland. Darüber hinaus gilt es über § 3 Abs. 1 Satz 2 SEBG auch für Arbeitnehmer einer SE mit Sitz im Ausland, die im Inland beschäftigt sind sowie für beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe mit Sitz im Inland. Entsprechendes gilt gemäß § 3 Abs. 1 SCEBG für die Beteiligung in einer SCE.

Der Mitbestimmung nach dem MgVG unterliegen nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 Satz 1 MgVG Gesellschaften mit Satzungssitz im Inland, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind (Zielgesellschaften). An einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in diesem Sinne können gemäß § 122b Abs. 1 UmwG als übertragende, übernehmende und neue Gesellschaften nur Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 2 Nr. 1 RL 2005/56/EG beteiligt sein, wobei aber gemäß § 122b Abs. 2 Nr. 1 UmwG Genossenschaften ausgeschlossen sind. Damit kön-

nen dem MgVG auch eine AG, eine KGaA, eine SE oder eine GmbH unterliegen. Im Übrigen gilt das Gesetz gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 MgVG für die Arbeitnehmer der Zielgesellschaft, die im Inland beschäftigt sind, sowie für inländische beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und Betriebe.

2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungsmodellen

Ausweislich der § 47 Abs. 1 SEBG und § 49 Abs. 1 SCEBG verdrängen beide Regelungskreise entsprechend ihrem Charakter als *lex specialis* die in innerstaatlichen Gesetzen geregelte Arbeitnehmerbeteiligung, allerdings nur in dem angeordneten Umfang. Kraft Anordnung nicht anwendbar sind damit die inländischen Gesetze zur unternehmerischen Mitbestimmung, während die Bestimmungen zur betrieblichen Mitbestimmung unverändert bleiben.

Im Falle von grenzüberschreitenden Verschmelzungen, bei denen Zielgesellschaft nicht eine SE oder SCE ist, richtet sich die Unternehmensmitbestimmung über § 4 MgVG primär nach dem Recht des Staates, in dem sich der satzungsmäßige Sitz der Zielgesellschaft befindet. Abweichend hiervon ist gemäß § 5 Nr. 1 MgVG das von diesem Gesetz vorgesehene Mitbestimmungsmodell zu etablieren, wenn wenigstens eine der beteiligten Gesellschaften in dem der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans vorausgehenden sechsmonatigen Zeitraum mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigt und ein Mitbestimmungsmodell im Sinne von § 2 Abs. 7 MgVG aufweist. Voraussetzung hierfür ist allerdings nach § 5 Nr. 2 MgVG, dass das für die Zielgesellschaft maßgebliche innerstaatliche Recht des Sitzstaates nicht mindestens den gleichen Mitbestimmungsumfang für die Arbeitnehmer aufweist, wie er jeweils in den beteiligten Gesellschaften bestand. Die letztgenannte Voraussetzung ist gemäß § 5 Nr. 3 MgVG alternativ auch gegeben, wenn das für die Zielgesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmung vorsieht, wie sie den Arbeitnehmern in dem Sitzstaat der Zielgesellschaft gewährt werden. Die Mitbestimmungsmodelle des MgVG finden daher für beteiligte deutsche Gesellschaften regelmäßig Anwendung, wenn sie vor der Verschmelzung dem MitbestG, MitbestErgG, MontanMitbestG oder dem DrittelbG unterlagen. Darüber hinaus sind die Mitbestimmungsmodelle im Sinne des § 5 Nr. 3 MgVG einschlägig, wenn die nach dem nationalen Recht des Sitzstaates zwingend mitbestimmte Zielgesellschaft einen deutschen Betrieb unterhält.

D. Umfang der Verwirklichung der Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und im Vorstand

Kernbestandteil sämtlicher Mitbestimmungsmodelle deutscher Prägung ist die Einbindung von Arbeitnehmern in die Beschlussfassung im Aufsichtsorgan der Gesellschaft. Es bestehen jedoch erhebliche Unterschiede im Detail. Das Stimmgewicht der Arbeitnehmervertreter variiert in Abhängigkeit von einer paritätischen oder unterparitätischen Besetzung. Bei gleicher Personenstärke von Anteilseigner- und die Arbeitnehmerbank wird eine drohende Pattsituationen im Aufsichtsrat auf unterschiedlichem Wege gelöst, teils durch Bestellung eines neutralen Mitglieds, teils durch eine Zweitstimme für den Aufsichtsratsvorsitzenden. Unterschiede bestehen überdies im Hinblick auf das Vertretungsorgan der Gesellschaft, denn nicht nach allen Gesetzen muss ein Arbeitsdirektor bestellt werden.

Einen anderen Ansatz folgen die Mitbestimmungssysteme europäischen Ursprungs, deren Anwendungsbereich entweder an die Rechtsform der mitbestimmten Gesellschaft anknüpfen, so bei der SE und der SCE, oder die an die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Gesellschaft, so bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften in eine Zielgesellschaft nationalen Rechts. Art und Umfang der Mitbestimmung bestimmen sich hier primär nach der Vereinbarung, die zwischen der Leitung der beteiligten Gesellschaften und dem besonderen Verhandlungsgremium als Vertreter der Arbeitnehmer ausgehandelt wurde. Die Spanne möglicher Modelle kann hier vom Verzicht auf Mitbestimmung über die Bildung eines Konsultationsgremiums bis hin zur Mitentscheidung im Aufsichtsorgan reichen.

Im Einzelnen stellt sich der Umfang der Verwirklichung der Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat und Vorstand in den einzelnen Systemen wie folgt dar:

I. Montan-Mitbestimmung

1. Allgemeines

Die mitbestimmungsrechtliche Kernregelung findet sich in § 4 Montan-MitbestG. Dort wird einerseits die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat statuiert, andererseits wird die paritätische Zusammensetzung unter Bestellung eines neutralen Mitglieds zur Verhinderung von Pattsituationen festgeschrieben.

Ein weiterer wesensprägender Eingriff in die Gesellschaftsstruktur findet sich in § 13 Montan-MitbestG, welcher die Wahl eines Arbeitsdirektors als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstandes verlangt, dessen Bestellung aber nicht gegen den Willen der Arbeitnehmer-Vertreter im Aufsichtsrat erfolgen darf.

Das Montan-MitbestErgG übernimmt diesen strukturellen Ansatz in §§ 5, 13 Montan-MitbestErgG.

2. Zusammensetzung des Aufsichtsrats und innere Ordnung

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sowie dessen innere Ordnung wird im Wesentlichen von § 4 Montan-MitbestG bestimmt, wobei die rechtsformspezifischen Regelungen gemäß § 2 Montan-MitbestG zurücktreten, soweit sie im Widerspruch zu den Vorgaben des Montan-MitbestG stehen.

Der Aufsichtsrat einer dem Montan-MitbestErgG unterfallenden Konzernobergesellschaft wird nach Maßgabe von § 5 Montan-MitbestErgG zusammengesetzt.

a) Bildung eines Aufsichtsrats

Während eine Aktiengesellschaft gemäß § 95 AktG zwingend über einen Aufsichtsrat verfügen muss, stellt § 52 Abs. 1 GmbHG die Bildung eines solchen Aufsichtsgremiums in das Ermessen der Gesellschafter. Um den Arbeitnehmern einer von § 1 Abs. 1 Montan-MitbestG erfassten GmbH die erwünschte Einflussnahme auf die grundlegenden planerischen Entscheidungen zu ermöglichen, macht § 3 Abs. 1 Montan-MitbestG die Einrichtung eines Aufsichtsrats, in den dann Vertreter der Arbeitnehmer entsendet werden können, auch für die GmbH obligatorisch.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Montan-MitbestErgG i.V. mit § 3 Abs. 1 Montan-MitbestG ist auch im Bereich des Montan-MitbestErgG für die GmbH die Bildung eines Aufsichtsrats obligatorisch.

b) Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG besteht der Aufsichtsrat grundsätzlich aus 11 Mitgliedern. Je nach der Höhe ihres Grundkapitals gestattet § 9 Montan-MitbestG den Unternehmen, sich durch Satzungsbestimmung für einen größeren Aufsichtsrat zu entscheiden, wobei aber nur die gesetzlich vorgesehenen Aufsichtsratsgrößen zulässig sind. Die Satzung kann bei über 10 Millionen Euro Grundkapital einen 15-köpfigen und bei über 25 Millionen Euro einen 21-köpfigen Aufsichtsrat vorschreiben.

Der Aufsichtsrat besteht gemäß § 4 Abs. 1 Montan-MitbestG grundsätzlich aus der gleichen Zahl von vier Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern, jeweils ergänzt um ein „weiteres Mitglied“. Ein zwischen beiden Seiten stehendes „weiteres Mitglied“, vielfach als „neutrales Mitglied“ bezeichnet, ergänzt den Aufsichtsrat auf eine ungerade Mitgliederzahl. Unter den Arbeitnehmervertretern müssen sich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1

Montan-MitbestG zwei Belegschaftsangehörige befinden. Für die nicht der Belegschaft vorbehaltenen Arbeitnehmersitze stellt das Gesetz keine besonderen Voraussetzungen auf.

Somit gehören neben dem „neutralen Mitglied“ zum 11-köpfigen Aufsichtsrat vier Anteilseignervertreter und ein weiteres Mitglied, zwei belegschaftszugehörige Arbeitnehmer, zwei sonstige Arbeitnehmervertreter (i.d.R. Gewerkschaftsvertreter) und ein weiteres Mitglied an.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben von § 9 Abs. 1 Montan-MitbestG setzt sich der 15-köpfige Aufsichtsrat neben dem „neutralen Mitglied“ aus sechs Anteilseignervertreter und einem weiteren Mitglied, drei belegschaftszugehörigen Arbeitnehmern, drei sonstigen Arbeitnehmervertretern (i.d.R. Gewerkschaftsvertreter) und einem weiteren Mitglied zusammen. Beim 21-köpfigen Aufsichtsrat ergibt sich nach § 9 Abs. 2 Montan-MitbestG eine Zusammensetzung aus acht Anteilseignervertretern und zwei weiteren Mitgliedern, vier belegschaftszugehörigen Arbeitnehmern, vier sonstige Arbeitnehmervertretern (i.d.R. Gewerkschaftsvertreter) und zwei weitere Mitgliedern, die neben das „neutrale Mitglied“ treten.

Für alle Aufsichtsratsmitglieder gelten nach § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG die allgemeinen Voraussetzungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat, eine § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976 entsprechende Ausnahme vom Verbot der Aufsichtsratsmitgliedschaft von Prokuristen nach § 105 Abs. 1 AktG enthält das Montan-MitbestG nicht.

Leitende Angestellte können nicht auf die der Belegschaft vorbehaltenen Sitze gewählt werden, weil sie nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gelten. Ist das Unternehmen herrschendes Unternehmen eines Konzerns im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG und besteht ein Konzernbetriebsrat, so sind nach § 1 Abs. 4 Satz 1 Montan-MitbestG auch Arbeitnehmer der anderen Konzernunternehmen auf diese Sitze wählbar.

Für die Aufsichtsratszugehörigkeit aller „weiteren Mitglieder“ stellt § 4 Abs. 2 Montan-MitbestG Voraussetzungen auf, die eine gewisse Unabhängigkeit sowohl vom Unternehmen als auch von der Arbeitnehmer- und der Anteilseignerseite gewährleisten sollen.

Etwas anders sieht die Rechtslage bei einer Gesellschaft aus, die dem Montan-MitbestErgG unterfällt. Nach § 5 Abs. 1 MitbestErgG besteht der Aufsichtsrat aus 15 Mitgliedern, wobei die Satzung in einem Unternehmen mit einem Grundkapital von mehr als 25 Millionen Euro einen 21-köpfigen Aufsichtsrat vorsehen kann. Dem Aufsichtsrat gehören nach § 5 Abs. 1 MitbestErgG gleich viele Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter sowie ein weiteres – neutrales – Mitglied an. Die Arbeitnehmersitze des Aufsichtsrats werden nach § 6 MitbestErgG auf Belegschaftsangehörige und Gewerkschaftsvertreter dergestalt verteilt, dass im 15-köpfigen Aufsichtsrat fünf Sitze auf Belegschaftsmitglieder und zwei auf Gewerk-

schaftsvertreter entfallen, während im 21-köpfigen Aufsichtsrat 7 Belegschaftsmitglieder und 3 Gewerkschaftsvertreter sitzen.

Der Arbeitnehmerbegriff in § 5 Abs. 5 Montan-MitbestErgG entspricht durch Verweis auf § 5 Abs. 1 und 2 BetrVG der auch für das MitbestG 1976 geltenden Definition und umfasst daher, in Abweichung zum Montan-MitbestG, auch leitende Angestellte. Diese sind in gleicher Weise wie andere Arbeitnehmer wahlberechtigt und wählbar.

c) Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder

Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner, einschließlich des ihrer Bank zuzuordnenden „weiteren Mitglieds“, werden durch das nach Gesetz oder Satzung zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern berufene Organ, also die Anteilseignerversammlung, unter Beachtung der hierfür nach Gesetz und Satzung geltenden Bestimmungen gewählt, wie § 5 Montan-MitbestG klarstellt. Die Abberufung dieser Mitglieder erfolgt gemäß § 11 Abs. 1 Montan-MitbestG über § 103 AktG.

Das Verfahren zur Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich in seinen wesentlichen Zügen aus § 6 Montan-MitbestG. Das Gesetz schreibt ein zweistufiges Verfahren vor: Danach ist auch für die Arbeitnehmervertreter und die auf die Arbeitnehmerseite entfallenden weiteren Mitglieder das in § 5 Montan-MitbestG genannte Wahlorgan (Anteilseignerversammlung) zuständig. Dieses ist aber nach § 6 Abs. 6 Montan-MitbestG an die Vorschläge der aus den Betriebsräten bzw. im Fall des § 1 Abs. 4 Montan-MitbestG aus dem Konzernbetriebsrat gebildeten Wahlkörper gebunden, denen die Auswahl der Kandidaten obliegt. Damit ist die Anteilseignerversammlung faktisch auf eine notarielle Funktion beschränkt.

Die gemäß § 4 Abs. 1 lit. a, § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1 und 2 Montan-MitbestG zwingend belegschaftszugehörigen Arbeitnehmervertreter werden von den Betriebsräten des Unternehmens ausgewählt. Ist das Unternehmen herrschende Konzernobergesellschaft und besteht für den Konzern ein Konzernbetriebsrat, so tritt nach § 1 Abs. 4 Satz 2 Montan-MitbestG dieser an die Stelle der Betriebsräte und die Arbeitnehmer der beherrschten Konzernunternehmen gelten über § 1 Abs. 4 Satz 1 Montan-MitbestG als solche der Konzernobergesellschaft.

Bei den nach § 4 Abs. 1 lit. a, § 6 Abs. 3 und 4, § 9 Abs. 1 und 2 Montan-MitbestG nicht zwingend belegschaftszugehörigen Arbeitnehmervertretern sowie dem der Arbeitnehmerbank zuzuordnenden „weiteren Mitglieder“ steht den Spitzenorganisationen der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften die alleinige Befugnis der Kandidatenauswahl zu. Die Betriebsräte des Unternehmens, im Falle des § 1 Abs. 4 Montan-MitbestG der Konzernbetriebsrats, wählen aus den so vorgeschlagenen Kandidaten nach § 6 Abs. 5 Satz 1 Montan-MitbestG die sonstigen Arbeitnehmervertreter („Gewerkschaftsvertreter“) und die weiteren Mitglieder der Arbeit-

nehmerseite in geheimer Wahl mit relativer Mehrheit und schlägt sie dem Wahlorgan im Sinne von § 5 Montan-MitbestG zur Bestellung vor.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Montan-MitbestG ist ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer von der Anteilseignerversammlung abberufen, wenn dies die Betriebsräte des Unternehmens vorschlagen. Die Abberufung eines Arbeitnehmervertreters, der gemäß § 6 Abs. 3 Montan-MitbestG auf gewerkschaftlichen Vorschlag gewählt wurde oder der ein „weiteres Mitglied“ ist, darf von den Betriebsräten nur vorgeschlagen werden, wenn dies die Gewerkschaft verlangt, die das Mitglied vorgeschlagen hat.

Das in § 4 Abs. 1 lit. c Montan-MitbestG vorgesehene „neutrale Mitglied“ wird gemäß § 8 Abs. 1 Montan-MitbestG ebenfalls von der Anteilseignerversammlung im Sinne von § 5 Montan-MitbestG gewählt. Vorschlagsberechtigt ist der aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern, einschließlich der jeweiligen „weiteren Mitglieder“, bestehende Rumpfaufsichtsrat. Der Vorschlag kann gemäß § 8 Abs. 1 Sätze 2 und 3 Montan-MitbestG nur mit absoluter Mehrheit und unter Zustimmung von mindestens 3 Mitgliedern von jeder Seite beschlossen werden.

Der Vorschlag ist für die Anteilseignerversammlung jedoch nicht verbindlich, wie sich aus § 8 Abs. 2 und 3 Montan-MitbestG ergibt. Kann sich der Rumpfaufsichtsrat auf einen Vorschlag nicht einigen oder wählt die Anteilseignerversammlung den Vorgeschlagenen nicht, folgt ein kompliziertes Vermittlungsverfahren, welches sich unter Einbeziehung der Gerichte über mehrere Kaskaden zieht und an dessen Ende letztlich das Wahlorgan im Sinne von § 5 Montan-MitbestG in der Bestellung des neutralen Mitglieds frei ist.

Das neutrale Mitglied kann nach § 11 Abs. 3 Montan-MitbestG nicht von der Anteilseignerversammlung abberufen werden, sondern nur vom Gericht aus wichtigem Grund auf Antrag von mindestens drei Aufsichtsratsmitgliedern.

Im Anwendungsbereich des Montan-MitbestErgG folgt die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder im Wesentlichen denselben Grundsätzen. Dies gilt über § 5 Abs. 2 Montan-MitbestErgG insbesondere für die Vertreter der Anteilseigner. Es bestehen jedoch Unterschiede im Detail.

Das Verfahren zur Wahl der Arbeitnehmervertreter nach dem MitbestErgG und der zu diesem ergangenen Wahlordnung¹⁶⁵ ist seit der Si-

¹⁶⁵ Wahlordnung zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz vom 10. 10. 2005 (WO-Montan-MitbestErgG), BGBl. I, S. 2927.

cherungsnovelle 1988¹⁶⁶ mit dem des MitbestG identisch mit Ausnahme der Regelungen, die durch die im MitbestG 1976 enthaltene Sitzgarantie für leitende Angestellte bedingt sind. Daher kann im Folgenden weitgehend auf die Ausführungen zum MitbestG 1976 verwiesen werden. Im Unterschied zum Montan-MitbestG entfällt also der förmliche Bestellungsakt durch die Anteilseignerversammlung, weil die Wahl der Vertreter selbst den Bestellvorgang darstellt. Das Abberufungsverfahren folgt gemäß § 10m Montan-MitbestErgG den Grundsätzen, nach denen das betreffende Aufsichtsratsmitglied gewählt worden war. Zuständig sind daher die Wahlberechtigten, wobei der Abberufung aber ein Antrag vorausgehen muss, der bei einem Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer von drei Vierteln der Wahlberechtigten, bei einem Gewerkschaftsvertreter von der Gewerkschaft erfolgen muss.

Der aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern bestehende Rumpfaufsichtsrat wählt schließlich nach § 5 Abs. 3 MitbestErgG i.V. mit § 4 Abs. 2, § 8 Montan-MitbestG gemeinsam das weitere „neutrale Mitglied“. Seine Abberufung ist nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Montan-MitbestErgG i.V. mit § 11 Abs. 3 Montan-MitbestG nur durch das Gericht möglich.

d) Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

Die Kompetenzen, die innere Ordnung sowie die Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats werden im Gesetz nur cursorisch geregelt. § 12 Montan-MitbestG gibt dem Aufsichtsrat ausdrücklich die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans und § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG sieht im Übrigen die pauschale sinnngemäße Anwendung des AktG vor. In § 4 Abs. 3 Montan-MitbestG wird die Gleichberechtigung und Weisungsfreiheit sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich statuiert.

Der Aufsichtsrat wählt nach § 107 Abs. 1 AktG mit einfacher Mehrheit einen Aufsichtsratsvorsitzenden und einen Stellvertreter aus seiner Mitte. Seine übrigen Beschlüsse fasst der Aufsichtsrat mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern nicht das Gesetz ausnahmsweise eine andere Mehrheit verlangt. Der Aufsichtsrat ist nach § 10 Montan-MitbestG beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der gesetzlich vorgesehenen Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt.

Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats, seine innere Ordnung sowie seine Beschlussfähigkeit stimmen durch die Verweise in §§ 13, 3 Abs. 2 Montan-MitbestErgG auf das Montan-MitbestG sowie die Regelung des § 11

¹⁶⁶ Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung vom 20. 12. 1988 (BetrVGÄnd/SprAuG), BGBl. I, S. 2312.

Montan-MitbestErgG mit der Rechtslage unter dem Montan-MitbestG überein.

e) Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat

Im Einklang mit der Rechtslage beim MitbestG 1976 enthalten die Vorschriften über die Bildung und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in §§ 4 ff. MitbestG 1976 keine Vorgaben über einen empfohlenen oder gar zwingenden Geschlechterproporz.

Soweit die Wahlordnungen zum MitbestG 1976¹⁶⁷ eine Soll-Bestimmung zur Geschlechterproportionalität bei Bildung der Wahlvorstände enthalten, fehlt es im Rahmen des Montan-MitbestG an einer Parallelbestimmung, weil die Bundesregierung bisher auf den Erlass einer auf § 15 lit. b Montan-MitbestG zu stützenden Wahlordnung verzichtet hat.

Demgegenüber sieht § 2 Abs. 3 Satz 2 der Wahlordnung zum Montan-MitbestErgG vor, dass die Geschlechter entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Konzern in den *Wahlvorständen* vertreten sein sollen.

3. Vertretungsorgan und Bestellung eines Arbeitsdirektors

Über § 2 Montan-MitbestG wird ein Vorrang des Gesetzes gegenüber dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht und den jeweiligen Satzungen auch hergestellt, soweit sie die Zusammensetzung, die innere Ordnung und die Rechte und Pflichten des Vertretungsorgans betreffen. Kernstück der mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben ist die Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors.

a) Personelle Zusammensetzung des Vertretungsorgans und Befugnisse

Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ ist bei der Aktiengesellschaft der Vorstand (§ 78 Abs. 1 AktG), bei der GmbH sind dies die Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Durch die Bezugnahme in § 12 Montan-MitbestG auf § 76 Abs. 3, § 84 AktG wird die Anwendung aktienrechtlicher Bestimmungen auch auf die GmbH sichergestellt.

Da der Arbeitsdirektor nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG ein gleichberechtigtes Mitglied des Vertretungsorgans sein soll, muss dieses

¹⁶⁷ Die einschlägigen Regelungen sind § 4 Satz 2 Erste WOMitbestG, § 3 Abs. 3 Satz 2 Zweite WOMitbestG, § 3 Abs. 3 Satz 2 Dritte WOMitbestG, § 2 Abs. 3 Satz 2 WOMitbestErgG. Eine Parallelbestimmung enthalten § 2 Abs. 3 Satz 2 WOMontanMitbestErgG und § 2 Abs. 2 Satz 5 WODrittelbG.

aus mindestens zwei Personen bestehen, sodass bei der GmbH ein Alleingeschäftsführer als Vertretungsorgan ausgeschlossen ist.

Im Übrigen bestimmt sich die Rechtsstellung des Vertretungsorgans und seiner Mitglieder nach dem jeweiligen Gesellschaftsrecht und den satzungsmäßigen Bestimmungen.

Dies gilt über § 13 Montan-MitbestErgG auch für Gesellschaften, die dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterfallen.

b) Bestellung und Widerruf der Mitglieder des Vertretungsorgans

Die Bestellung und die Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans bestimmen sich gemäß § 12 Montan-MitbestG nach Maßgabe von § 84 AktG mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Regelung in § 13 Montan-MitbestErgG ist inhaltsgleich.

c) Bestellung, Widerruf und Befugnisse des Arbeitsdirektors

Bei der Beschlussfassung des Aufsichtsrats über die Bestellung und Abberufung des Arbeitsdirektors sieht § 13 Abs. 1 Satz 2 Montan-MitbestG eine Sonderregelung vor, denn eine wirksame Beschlussfassung kommt hier nur zustande, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter einschließlich der weiteren Mitglieder der Arbeitnehmerseite für den Beschluss stimmt. Dieses besondere Mehrheitserfordernis hat dazu geführt, dass in den unter das Montan-MitbestG fallenden Unternehmen regelmäßig von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagene Personen als Arbeitsdirektoren gewählt werden.

Im Übrigen ist die Rechtsstellung des Arbeitsdirektors nach § 13 Montan-MitbestG als gleichberechtigtes Mitglied im Vertretungsorgan mit der zwingenden Ressortzuweisung der Personal- und Sozialangelegenheiten vergleichbar mit der nach § 33 MitbestG, weswegen insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

Durch den Verweis in § 13 Montan-MitbestErgG entspricht die Position des Arbeitsdirektors grundsätzlich jener nach dem Montan-MitbestG. Allerdings schließt § 13 Montan-MitbestErgG den Verweis auf das besondere Mehrheitserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 Montan-MitbestG aus, sodass unter Geltung des Montan-MitbestErgG der Arbeitsdirektor auch gegen das geschlossene Votum der Arbeitnehmervertreter mit den Stimmen der Anteilseignervertreter und des neutralen Mitglieds bestellt und abberufen werden kann.

d) Ausübung von Beteiligungsrechten nur mit Aufsichtsratszustimmung

Die „Potenzierungsklausel“ in § 15 Montan-MitbestErgG, die das Vertretungsorgan bei der Ausübung von bestimmten Beteiligungsrechten an Beschlüsse des Aufsichtsrats bindet, die nur mit den Stimmen der Anteilseignervertreter gefasst werden, entspricht der Regelung in § 32 MitbestG 1976. Auf die Ausführungen hierzu kann verwiesen werden.

e) Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan

Eine gesetzliche Regelung zum Geschlechterproporz im Vertretungsorgan einer mitbestimmten Gesellschaft besteht weder im Bereich des Montan-MitbestG bzw. Montan-MitbestErgG noch nach dem MitbestG 1976.

II. Mitbestimmungsgesetz 1976

1. Allgemeines

Zentrale Vorgaben für die Organisation der Mitbestimmung enthält § 6 MitbestG 1976. Die erste ist die Verankerung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Zum zweiten nimmt § 6 MitbestG 1976 zusammen mit den §§ 25 ff. MitbestG 1976 (innere Ordnung, Beschlussfassung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats) und § 30 MitbestG 1976 (Zusammensetzung, Rechte und Pflichten des Vertretungsorgans) die wesentlichen Eingriffe des MitbestG 1976 in die bestehenden Gesellschaftsstrukturen vor.

Wesensprägend für die Einbindung der Arbeitnehmer in den Entscheidungsprozess ist die von § 7 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 angeordnete paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats, das Zweitstimmrecht des mit Vertrauen der Anteilseignerseite gewählten Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmgleichheit gemäß §§ 29 Abs. 2 Satz 1, 31 Abs. 4 Satz 1 MitbestG 1976 sowie die Bestellung eines Arbeitsdirektors nach § 33 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 in den Vorstand des Unternehmens.

2. Zusammensetzung des Aufsichtsrats und innere Ordnung

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem MitbestG 1976 wird durch die zentralen Vorgaben des § 6 MitbestG 1976 geprägt. Über § 6 Abs. 1 MitbestG 1976 wird die Mitbestimmung im Aufsichtsrat verankert und über § 6 Abs. 2 MitbestG 1976 i.V. mit §§ 25 ff., 30 MitbestG 1976 werden die hierfür erforderlichen wesentlichen Eingriffe in die bestehenden Gesellschaftsstrukturen vorgenommen.

a) Bildung eines Aufsichtsrats

Die Regelung des § 6 Abs. 1 MitbestG 1976 schreibt für die unter das Gesetz fallenden Unternehmen die Bildung eines Aufsichtsrats vor. Diese Vorschrift sichert für die GmbH, die nach § 52 GmbHG einen Aufsichtsrat bilden können aber nicht müssen, das Vorhandensein des Unternehmensorgans, in dem die Mitbestimmung stattfindet.

b) Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Die Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats von Unternehmen, die dem MitbestG 1976 unterfallen, regelt das Gesetz in § 7 MitbestG 1976 als zentraler Vorschrift.

§ 7 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 bestimmt, dass der Aufsichtsrat paritätisch, also zu gleichen Teilen aus Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammengesetzt ist. Damit hat der Aufsichtsrat stets aus einer geraden Zahl von Mitgliedern zu bestehen, anders als in montanmitbestimmten Unternehmen oder solchen, die der Drittelbeteiligung unterliegen.

Im Anwendungsbereich des Gesetzes bestimmt sich die Größe des Aufsichtsrats abweichend von § 95 Abs. 1 AktG nicht nach der Höhe des Grundkapitals, sondern nach § 7 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 2 MitbestG 1976 nach der Anzahl der Arbeitnehmer, wobei hinsichtlich der Zurechnung im Konzern und bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG dieselben Grundsätze wie beim Schwellenwert nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 gelten.

Für die Größe des Aufsichtsrats sieht § 7 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 drei Stufen vor: 12 Aufsichtsratsmitglieder bei bis zu 10.000 Arbeitnehmern, 16 Aufsichtsratsmitglieder bei Arbeitnehmern über 10.000 und bis zu 20.000 Arbeitnehmern und 20 Aufsichtsratsmitglieder bei mehr als 20.000 Arbeitnehmern.

Dem Aufsichtsrat muss gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG 1976 mindestens ein leitender Angestellter im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG 1976 angehören.

c) Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder

Sofern die §§ 7 ff. MitbestG 1976 keine abweichenden Regelungen treffen, finden über § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976 für die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder die §§ 100, 101 Abs. 1 und 3, §§ 102 bis 106 AktG Anwendung.

Abweichend von § 9 Abs. 2 GenG müssen wegen § 6 Abs. 3 Satz 2 MitbestG 1976 nur die Vertreter Anteilseigner zugleich Mitglieder der Genos-

senschaft sein. Im Gegensatz zu § 105 Abs. 1 AktG bestimmt § 6 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 zugunsten der leitenden Angestellten, dass Prokuristen der Unternehmen als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nur ausscheiden, wenn sie dem zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organ unmittelbar unterstellt sind und die Prokura auch im Innenverhältnis alle Organmitglieder und deren Geschäftsbereiche, also die Vertretung des gesamten Unternehmens umfassen.

Hinsichtlich der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite lassen § 8 Abs. 1, § 6 MitbestG 1976 das für das Unternehmen geltende spezifische Gesellschaftsrecht sowie die einschlägigen Satzungsbestimmungen unberührt. Zwingendes Wahlorgan für die Vertreter der Anteilseigner ist infolgedessen grundsätzlich die jeweilige Anteilseignerversammlung. Die Anteilseigner sind bei der Wahl frei, insbesondere nicht an Wahlvorschläge gebunden.

In § 9 MitbestG 1976 statuiert das Gesetz den Grundsatz, dass sämtliche Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat durch die Arbeitnehmer des Unternehmens zu wählen sind. Die Wahl ist in Abhängigkeit von der regelmäßigen Arbeitnehmerzahl des Unternehmens oder eines entsprechenden Beschlusses der Arbeitnehmer als unmittelbare Wahl oder als unmittelbare Wahl durch Delegierte durchzuführen. Ergänzende Vorschriften enthalten die §§ 19 bis 22, 24 MitbestG 1976 sowie die auf der Grundlage von § 39 MitbestG 1976 erlassenen Wahlordnungen¹⁶⁸.

Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer müssen sich gemäß § 7 Abs. 2 MitbestG 1976 immer zu zwei Dritteln aus Arbeitnehmer des Unternehmens und zu einem Drittel aus Vertretern der Gewerkschaften zusammensetzen.

Arbeitnehmern steht das passive Wahlrecht zum Aufsichtsrat gemäß § 7 Abs. 3 Sätze 1 bis 3 MitbestG 1976 zu, wenn sie das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein Jahr dem Unternehmen angehören. Des Weiteren müssen, neben den allgemeinen aktienrechtlichen Anforderungen in § 100 Abs. 1 und 2, § 105 AktG i.V. mit § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976, die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 BetrVG aufgrund des Verweises in § 7 Abs. 3 Satz 4 MitbestG erfüllt sein. Gemäß § 24 Abs. 1 MitbestG 1976 verliert ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt, wenn es seine Wählbarkeit verliert.

Die Gewerkschaftsvertreter müssen nicht in den an der Wahl beteiligten Unternehmen beschäftigt oder in einer Gewerkschaft organisiert sein, sodass für diese Mitglieder nur die allgemeinen aktienrechtlichen Anforderungen in § 100 Abs. 1 und 2, § 105 AktG gelten.

¹⁶⁸ Erste WOMitbestG vom 27. 5. 2002, BGBl. I, S. 1682; Zweite WOMitbestG vom 27. 5. 2002, BGBl. I, S. 1708; Dritte WOMitbestG, BGBl. I, S. 1741.

Die Wahl der Arbeitnehmervertreter kann dabei nur auf Grund von Wahlvorschlägen erfolgen. Für die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder sind gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 MitbestG 1976 die Arbeitnehmer vorschlagsbefugt, wobei die leitenden Angestellten ihre Vertreter und die übrigen Arbeitnehmer die anderen Arbeitnehmervertreter vorschlagen. Das Recht, die Vertreter der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften vorzuschlagen, steht diesen über § 16 Abs. 2 MitbestG 1976 allein zu; das Wahlgremium ist an diese Vorschläge gebunden.

Die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite erfolgt gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976 i.V. mit § 103 Abs. 1 AktG mit mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen durch die Anteilseigner-Versammlung.

Ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer kann über § 23 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 vor Ablauf der Amtszeit auf Antrag abberufen werden. Die in § 23 Abs. 1 Satz 2 MitbestG 1976 näher ausgestaltete Antragsberechtigung differenziert nach dem Kreis der Wahl- bzw. Vorschlagsberechtigten. Ein durch Delegierte gewähltes Aufsichtsratsmitglied wird durch Beschluss der Delegierten abberufen, ein von den Arbeitnehmern unmittelbar gewähltes Mitglied wird durch Beschluss der wahlberechtigten Arbeitnehmer im Wege der unmittelbaren Abstimmung abberufen.

d) Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

Für die innere Ordnung, die Beschlussfassung sowie die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats finden nach § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 primär die Bestimmungen der §§ 27 bis 29, 31 und 32 MitbestG 1976 Anwendung, und daneben, abhängig von der Unternehmensform, in unterschiedlichem Umfang die Normen des AktG und des GenG, sofern mitbestimmungsrechtliche Regelungen nicht entgegenstehen. Vorliegend kann nur auf die spezifischen Vorgaben des Mitbestimmungsrechts eingegangen werden.

Nach der Neuwahl des Aufsichtsrats bzw. nach Beendigung der Amtsdauer der bisherigen Amtsinhaber hat der Aufsichtsrat gemäß § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG 1976 zur Herbeiführung seiner Arbeitsfähigkeit alsbald seinen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter aus der Mitte des Aufsichtsrats zu wählen. Der erste Wahlgang ist nur erfolgreich, wenn Vorsitzender und Stellvertreter gleichermaßen die von § 27 Abs. 1 MitbestG 1976 vorgeschriebene Zwei-Drittel-Mehrheit auf sich vereinen. Wird ein zweiter Wahlgang im Sinne von § 27 Abs. 2 MitbestG 1976 erforderlich, genügt die einfache Mehrheit der Mitglieder der Anteilseigner für die Wahl des Vorsitzenden und die einfache Mehrheit der Mitglieder der Arbeitnehmer für die Wahl des Stellvertreters. Die Bestellung ist frei widerruflich, wobei im Falle der ursprünglichen Wahl nach § 27 Abs. 1 MitbestG 1976 sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats, im Falle von § 27 Abs. 2 MitbestG 1976

nur die ursprünglich wahlberechtigte Gruppe für die Abberufung zuständig ist.

Im unmittelbaren Anschluss daran hat der Aufsichtsrat einen ständigen Ausschuss zu bilden, dem der Aufsichtsratsvorsitzende sowie sein Stellvertreter kraft Gesetzes sowie jeweils ein von den Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner als auch der Arbeitnehmer gewähltes weiteres Mitglied angehören. Primäre Aufgabe dieses nur bei vollständiger Anwesenheit sämtlicher Mitglieder beschlussfähigen Ausschusses ist die Vermittlungsfunktion im Rahmen von § 31 Abs. 3 Satz 1 MitbestG 1976 bei Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans, wenn der erste Wahldurchgang scheitert. Weitere Zuständigkeiten können dem Ausschuss in den Grenzen von § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG i.V. mit § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 zugewiesen werden.

Die allgemeine Beschlussfassung des Aufsichtsrats, also abgesehen von der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden, seines Stellvertreters, der Mitglieder des ständigen Ausschusses sowie der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans, wird von § 29 MitbestG 1976 geregelt. Hiernach bedarf ein Beschluss zu seiner Wirksamkeit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei Enthaltungen und ungültige Stimmen nicht mitzählen und der Aufsichtsrat gemäß § 28 Satz 1 MitbestG 1976 nur beschlussfähig ist, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt. Das Erfordernis der einfachen Stimmenmehrheit soll durch den davon ausgehenden faktischen Einigungszwang die Kooperation zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern fördern, ohne die Parität in Frage zu stellen oder einer Gruppe ein Vetorecht einzuräumen.

Nach § 29 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976 hat der Aufsichtsratsvorsitzende eine zweite Stimme, wenn sowohl die erste als auch die zweite Abstimmung über denselben Gegenstand Stimmengleichheit ergibt. Hierdurch sollen Pattsituationen infolge der paritätischen Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Interesse der Funktionsfähigkeit aufgelöst und verfassungsrechtliche Bedenken dadurch zerstreut werden, dass der Anteilseignerseite bei materieller Betrachtung ein leichtes Übergewicht zukommt, denn der Aufsichtsratsvorsitzende genießt aufgrund der Regelung in § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG 1976 typischerweise das Vertrauen der Anteilseigner.

Auf die Befugnisse des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans, insbesondere auch des Arbeitsdirektors, wird an gesonderter Stelle eingegangen.

3. Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat

In Übereinstimmung mit der Rechtslage bei der Montan-Mitbestimmung enthalten die Vorschriften über die Bildung und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in §§ 6 ff. MitbestG 1976 keine Vorgaben über einen

empfohlenen oder gar zwingenden Geschlechterproporz. Lediglich für die Bildung der Wahlvorstände sehen die entsprechenden Wahlordnungen vor, dass die Geschlechterproportionalität – entsprechend dem Verhältnis im Unternehmen – beachtet werden soll.

4. Vertretungsorgan und Bestellung eines Arbeitsdirektors

Die Vorschrift des § 30 MitbestG 1976 statuiert einen Vorrang des MitbestG 1976 vor dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht einschließlich des Satzungsrechts, soweit den §§ 31 bis 33 MitbestG 1976 abweichende Regelungen über die Zusammensetzung, die Rechte und Pflichten des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs sowie der Bestellung seiner Mitglieder zu entnehmen sind. Die mitbestimmungsrechtlichen Kernregelungen überlagern demnach auch hier das für die Rechtsform des jeweiligen Unternehmens geltende spezifische Gesellschaftsrecht.

a) Personelle Zusammensetzung des Vertretungsorgans und Befugnisse

Hinsichtlich der personellen Zusammensetzung des Vertretungsorgans erschöpft sich das Gesetz in der zwingenden Regelung des § 33 Abs. 1 MitbestG 1976, wonach dem Vertretungsorgan außer bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien ein vom Aufsichtsrat bestellter Arbeitsdirektor angehören muss.

Aus dem Wortlaut von § 33 Abs. 1 und 2 MitbestG 1976, wonach der Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied zu bestellen ist und dieser seine Aufgaben im engen Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben hat, ergibt sich, dass dem Vertretungsorgan eines mitbestimmten Unternehmens mindestens zwei Mitglieder angehören müssen, soweit nicht vom jeweils einschlägigen rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht oder der Satzung eine größere Mitgliederzahl vorgeschrieben wird.

Die Rechte und Pflichten der Mitglieder des Vertretungsorgans ergeben sich unter Berücksichtigung der Befugnisse des Arbeitsdirektors aus dem rechtsformspezifischen Gesellschaftsrecht des Unternehmens sowie der gesetzlich zulässigen satzungsmäßigen Ausgestaltung.

b) Bestellung und Widerruf der Mitglieder des Vertretungsorgans

Die Bestellung und der Widerruf der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans sind – abgesehen von der über § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG 1976 ausgenommenen Kommanditgesellschaft auf Aktien – für alle Unternehmen einheitlich geregelt.

Nach § 31 Abs. 1 MitbestG 1976 bestimmen sich Bestellung und Widerruf der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans nach den §§ 84, 85 AktG, und zwar nach Maßgabe der Abs. 2 und 5. Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass sich die Dauer der Bestellung, die Wiederbestellung, die Verlängerung der Amtszeit der Mitglieder des Vertretungsorgans, die Voraussetzungen für den Widerruf der Bestellung sowie die gerichtliche Ersatzbestellung aus den §§ 84, 85 AktG ergeben. Nur das Verfahren im Aufsichtsrat für die Bestellung und den Widerruf der Bestellung regelt sich allein nach § 31 Abs. 2 bis 5 MitbestG 1976.

Das Gesetz geht in § 31 Abs. 2 bis 4 MitbestG 1976 von einem bis zu dreistufigen Bestellungsverfahren im Aufsichtsrat aus. Dieses geht davon aus, dass sich Anteilseigner- und Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat bei Wahrnehmung der für das Unternehmensgeschick besonders wichtigen Entscheidung über die personelle Zusammensetzung des Vorstands einigen, um diesem eine hohe Legitimation von beiden Seiten zu verschaffen. Deshalb fordert § 31 Abs. 2 MitbestG 1976 für eine Bestellung im ersten Wahldurchgang eine Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Stimmen sämtlicher Mitglieder des paritätisch zusammengesetzten Aufsichtsrats. Zur Sicherung einer breiten Vertrauensbasis für das Vertretungsorgan verlangt § 31 Abs. 3 MitbestG 1976 deshalb vor einer zweiten Abstimmung, bei welcher die Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Aufsichtsrats genügt, zwingend einen Vermittlungsvorschlag des in der Regel paritätisch zusammengesetzten ständigen Ausschusses im Sinne von § 27 Abs. 3 MitbestG 1976. Wird auch die im zweiten Wahlgang erforderliche Mehrheit nicht erreicht, erhält der Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Unternehmens den Vorrang. In einer erneuten dritten Abstimmung nach § 31 Abs. 4 MitbestG kann der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen abgeben, um so die Bestellung mit der erforderlichen Mehrheit der Stimmen des Aufsichtsrats zu ermöglichen. Dieses Verfahren zur Bestellung überträgt § 31 Abs. 5 MitbestG 1976 auf den Widerruf der Bestellung.

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kann gemäß § 84 Abs. 2 AktG ein Mitglied des Vorstands zum Vorsitzenden ernennen, dessen Rechtsstellung im Rahmen des § 77 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 AktG näher bestimmt werden kann. Diese Ernennung erfolgt durch Beschluss des Aufsichtsrates nach § 29 MitbestG 1976, nicht durch Bestellung nach § 31 MitbestG. Eine entsprechende Befugnis steht dem Aufsichtsrat in den anderen mitbestimmten Kapitalgesellschaften zu.

c) Bestellung, Widerruf und Befugnisse des Arbeitsdirektors

In den vom MitbestG 1976 erfassten Unternehmen ist gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 MitbestG zwingend ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des Vertretungsorgans zu bestellen. Hiervon ausgenommen sind über § 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG lediglich Unternehmen in der Rechts-

form der Kommanditgesellschaft auf Aktien, weil diese von ihren Komplementären als „geborenen“ Geschäftsführern geleitet wird.

Als gleichberechtigtes Mitglied des Vertretungsorgans handelt der Arbeitsdirektor als gesetzlicher Vertreter des Unternehmens, der dieses und seine Interessen nach innen und außen zu vertreten hat. Im Verhältnis zu den einzelnen Arbeitnehmern des Unternehmens, zur Belegschaft wie auch zu den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen ist der Arbeitsdirektor Vertreter des Arbeitgebers. Gegenüber den Arbeitnehmern ist er weisungsbefugt und im Bereich der Betriebsverfassung Arbeitgeberpartner der Betriebsräte.

Bei Genossenschaften kann gemäß § 33 Abs. 3 MitbestG 1976 abweichend von § 9 Abs. 2 GenG auch ein Nichtmitglied zum Arbeitsdirektor bestellt werden.

Aufgrund dieser vollen Integration in das Vertretungsorgan kann der Arbeitsdirektor nicht als eigenständiges Organ der Mitbestimmung bewertet werden. Im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und die begriffliche Übereinstimmung mit den Regelungen der Montan-Mitbestimmung besteht jedoch Einigkeit, dass dem Arbeitsdirektor ungeachtet der gesetzlichen Gesamtverantwortlichkeit ein gesetzliches Mindestressort im Bereich der Personal- und Sozialangelegenheiten im Vertretungsorgan zusteht¹⁶⁹. Aufgrund dieser Ressortverteilung ist der Arbeitsdirektor jedoch der natürliche Ansprechpartner der Arbeitnehmer, der Betriebsräte und auch der Arbeitnehmermitglieder im Aufsichtsrat. Hierdurch wächst dem Arbeitsdirektor eine Mittlerfunktion zu, welche auf eine frühzeitige Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer auch im Vertretungsorgan des Unternehmens gerichtet ist.

Das MitbestG 1976 hat für die Wahl des Arbeitsdirektors das besondere Verfahren des § 13 Abs. 1 Satz 2 Montan-MitbestG, wonach eine Bestellung gegen die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht möglich ist, nicht übernommen. Vielmehr folgt die Bestellung des Arbeitsdirektors den allgemeinen Bestellungsverfahren nach § 31 Abs. 1 bis 4 MitbestG i.V. mit §§ 84, 85 AktG. Die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner sind somit in der Lage, auch gegen sämtliche Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer den Arbeitsdirektor zu bestellen. Anders als bei den übrigen Mitgliedern des Vertretungsorgans wird dem Arbeitsdirektor durch den Akt der Bestellung zugleich der Aufgabenbereich des Personal- und Sozialwesens zugewiesen.

Auf den Widerruf der Bestellung des Arbeitsdirektors finden über § 31 Abs. 5 MitbestG 1976 dieselben Regelungen wie auf die Bestellung Anwendung. Solange der Arbeitsdirektor das Vertrauen der Anteilseignersei-

¹⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (378); BGH, Urteil vom 14. 11. 1983 – II ZR 33/83, BGHZ 89, 48 (59).

te genießt, können damit die Arbeitnehmervertreter das Ausscheiden des Arbeitsdirektors aus dem Vertretungsorgan rechtlich nicht erzwingen.

d) Ausübung von Beteiligungsrechten nur mit Aufsichtsrats-Zustimmung

Die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Satz 1 MitbestG 1976 sieht vor, dass das gesetzliche Vertretungsorgan einer vom MitbestG 1976 erfassten Obergesellschaft bei der Ausübung von bestimmten Mitgliedschaftsrechten an einem anderen, gleichfalls dem MitbestG 1976 unterliegenden Untergesellschaft nur auf Grund von Beschlüssen ihres Aufsichtsrats handeln kann. Diese für das Vertretungsorgan verbindlichen Beschlüsse bedürfen kraft § 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG 1976 nur der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner. Durch diese – in ihrer Zweckbestimmung umstrittene – Bestimmung soll zum einen verhindert werden, dass sich der Einfluss der Arbeitnehmerseite potenziert, etwa durch Rücksichtnahme des Vertretungsorgans der Obergesellschaft auf Wünsche der Arbeitnehmerseite seines Aufsichtsrats bei der Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats der Untergesellschaft. Zum anderen soll eine (faktische) Ausdehnung der Mitbestimmung in der Untergesellschaft auf Befugnisse verhindert werden, die ausschließlich der Anteilseignerversammlung zustehen.

e) Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan

Eine gesetzliche Regelung zum Geschlechterproporz im Vertretungsorgan einer mitbestimmten Gesellschaft besteht im MitbestG 1976 nicht.

III. Drittelbeteiligungsgesetz

1. Allgemeines

Der Eckpfeiler der Arbeitnehmerbeteiligung nach dem DrittelbG ist die Bestimmung des § 4 Abs. 1 DrittelbG, wonach der Aufsichtsrat der Unternehmen, die aufgrund von § 1 DrittelbG der Mitbestimmung nach diesem Gesetz unterliegen, zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muss.

Diese „drittelparitätische“ Zusammensetzung ist ein zwingendes Recht der Arbeitnehmer, das nicht durch Gesellschaftsvertrag, Satzung, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung vermindert werden kann. Umstritten ist, ob eine Erweiterung der Arbeitnehmerbank über ein Drittel der Aufsichts-

ratsmitglieder hinaus zulässig ist¹⁷⁰. Letztlich bestimmt die Rechtsform der mitbestimmten Gesellschaft, ob eine Erweiterung der Mitbestimmung zugunsten der Arbeitnehmer möglich ist. Von § 4 Abs. 1 DrittelbG abweichende Vereinbarungen lassen §§ 96, 23 Abs. 5 AktG i.V. mit § 278 Abs. 3 AktG für die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht zu, eine Aufstockung der Arbeitnehmerbank lassen §§ 36, 18 Abs. 2 GenG für die Genossenschaft und §§ 17, 35 VAG für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nicht zu, weil durch diese Normen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats insgesamt zwingend ausgestaltet ist. Anders stellt sich dies bei der GmbH dar, wo § 52 Abs. 1 GmbHG sowohl das „Ob“ der Errichtung als auch das „Wie“ der Zusammensetzung der Satzung überantwortet. Nach überwiegender Ansicht ist es daher zulässig, den Anteil der Arbeitnehmervertreter über den von § 4 Abs. 1 DrittelbG geforderten Anteil hinaus auszudehnen¹⁷¹.

2. Anzahl der Arbeitnehmervertreter

Über die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat trifft das DrittelbG keine Aussage. Vielmehr richten sich die Größe des Aufsichtsrats und infolgedessen auch die zu berufende Anzahl von Arbeitnehmervertretern nach der – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben gestalteten – Satzung der jeweiligen Gesellschaft. Da die Arbeitnehmervertreter ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder stellen, muss die Gesamtzahl der Mitglieder durch drei teilbar sein. Für die einzelnen Gesellschaftsformen gilt:

a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien

Die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder folgt für die Aktiengesellschaft aus § 95 AktG und für die Kommanditgesellschaft auf Aktien aus §§ 95, 278 Abs. 3 AktG. Hiernach muss der Aufsichtsrat aus mindestens drei Mitgliedern zusammengesetzt sein, die Satzung kann eine – durch drei teilbare – höhere Anzahl festsetzen. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder ist nach Höhe des Grundkapitals gestaffelt. Über § 4 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 DrittelbG muss ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden.

¹⁷⁰ Für eine solche Erweiterungsmöglichkeit OLG Bremen, Urteil vom 22. 3. 1977 – 2 W 102/75, NJW 1977, 1153 (1155); dagegen *Kraft* in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (8. Aufl. 2005), Einl. BetrVG 1952 RdNr. 7; *Oetker* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), Einl. DrittelbG RdNr. 6; *Hensche*, ArbuR 1971, 33 (34 ff.).

¹⁷¹ OLG Bremen, Urteil vom 22. 3. 1977 – 2 W 102/75, NJW 1977, 1153 (1155); *Biedenkopf/Säcker*, ZfA 1971, 211 (262 Fn. 81); *Henssler*, in: Festschrift für H.P. Westermann (2008), S. 1019 (1026 ff.); *Kleinsorge* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 4 DrittelbG RdNr. 4.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG steht das „Ob“ der Einrichtung und das „Wie“ der Zusammensetzung eines Aufsichtsrats im Ermessen der Gesellschafter. Hiervon abweichend schreibt § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG jedoch die Errichtung eines Aufsichtsrats zwingend vor, wenn die GmbH regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Über die Verweisung in § 1 Abs. Nr. 3 DrittelbG findet die Regelung des § 95 AktG entsprechende Anwendung auf den Aufsichtsrat der GmbH, sodass hinsichtlich der Zusammensetzung unter Geltung des DrittelbG auf die Ausführungen zur AG verwiesen werden kann. Ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder muss nach § 4 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG von der Arbeitnehmerseite bestellt werden.

c) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Die Mindest- und Höchstmitgliederzahl eines VVaG wird durch § 35 Abs. 1 VAG vorgegeben. Soweit nach §§ 35, 53 Abs. 1 VAG ein Aufsichtsrat zu bilden ist, besteht er grundsätzlich aus drei Mitgliedern. Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder kann dabei bis auf 21 erhöht werden, wobei die Zahl immer durch drei teilbar sein muss. Ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrates muss gemäß § 4 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG von Vertretern der Arbeitnehmer gewählt werden. Entsprechendes gilt aus Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG, wenn bei einem kleinen VVaG ein Aufsichtsrat gemäß §§ 35, 53 Abs. 3 VAG auf freiwilliger Basis eingerichtet wird.

d) Genossenschaft

Nach der Regelung des § 36 Abs. 1 GenG besteht der Aufsichtsrat der Genossenschaft aus mindestens drei Mitgliedern, kann aber durch Satzung auf eine größere Zahl festgelegt werden, wobei aber im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen keine Obergrenze besteht. § 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelbG verlangt dabei, dass die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder durch drei teilbar ist, damit entsprechend § 4 Abs. 1 DrittelbG ein Drittel der Mitglieder von Arbeitnehmerseite entsandt werden kann.

3. Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf Arbeitnehmerseite

Soweit der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern besteht, ist gemäß § 4 Abs. 1 DrittelbG nur ein Arbeitnehmervertreter zu wählen, setzt sich der Aufsichtsrat aus sechs Mitgliedern zusammen, sind zwei Arbeitnehmervertreter zu benennen. Hierbei muss es sich gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG um unternehmensangehörige Arbeitnehmer im Sinne von § 3 DrittelbG handeln, was insoweit die Entsendung von leitenden Angestellten aus-

schließt. Erst wenn der Aufsichtsrat aus neun oder mehr Mitgliedern zu bilden ist, können aufgrund von § 4 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG auch solche Personen von den Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat gewählt werden, welche nicht den Arbeitnehmerbegriff des § 3 DrittelbG erfüllen.

Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer werden gemäß § 5 Abs. 1 DrittelbG nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl für die Zeit gewählt, die im Gesetz oder in der Satzung für die von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder bestimmt ist. Die Arbeitnehmervertreter erlangen ihr Aufsichtsratsmandat unmittelbar durch diese Wahl. Eine anschließende Bestellung der so gewählten Vertreter durch das allgemein zuständige satzungsmäßige Wahlorgan ist weder erforderlich noch zulässig.

Die Wahl erfolgt gemäß § 5 Satz 1 DrittelbG auf Grund von Wahlvorschlägen der Betriebsräte und der Arbeitnehmer. Aufgrund der abschließend gefassten Aufzählung sind weder der Arbeitgeber noch eine im Unternehmen vertretene Gewerkschaft berechtigt, Wahlvorschläge aufzustellen.

Das Wahlgremium wird nach Maßgabe von § 5 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG aus allen Arbeitnehmern des Unternehmens gebildet, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Darüber hinaus sind gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG i.V. mit § 7 Satz 2 BetrVG auch solche Leiharbeiter aktiv wahlberechtigt, die länger als drei Monate in einem Betrieb des Unternehmens eingesetzt werden. Das Teilnahmerecht an der Aufsichtsrats-Wahl im herrschenden Unternehmen steht über § 2 Abs. 1 DrittelbG auch den Arbeitnehmern zu, welche in einem im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG beherrschten Unternehmen beschäftigt sind. Die aktive Wahlberechtigung erstreckt sich damit auch auf Arbeitnehmer im faktischen Konzern. Aufgrund der Definition des Arbeitnehmers in § 3 Abs. 1 DrittelbG sind jedoch alle leitenden Angestellten vom aktiven Wahlrecht ausgeschlossen.

Die Voraussetzungen des passiven Wahlrechts werden von § 4 Abs. 3 DrittelbG näher definiert. Wählbar sind hiernach insbesondere nur Arbeitnehmer des Unternehmens, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein Jahr dem Unternehmen angehören. Dieses passive Wahlrecht steht den Arbeitnehmern der abhängigen Konzernunternehmen über § 2 Abs. 1 DrittelbG in gleichem Umfang zu wie den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens. Soweit § 9 Abs. 2 Satz 1 GenG verlangt, dass die Aufsichtsratsmitglieder zugleich Mitglieder der Genossenschaft sind, gilt dies gemäß § 1 Abs. 3 DrittelbG nicht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

4. Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat

Nach § 4 Abs. 4 DrittelbG sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein. Während dies nach der früheren Regelung des § 76 Abs. 2 Satz 4 BetrVG 1952 davon abhing, dass Frauen mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer des Unternehmens ausmachten, soll sich nun nach § 4 Abs. 4 DrittelbG das tatsächliche Verhältnis der Geschlechter im Unternehmen ohne Berücksichtigung von Schwellenwerten widerspiegeln¹⁷². Dabei ist als Bemessungsgrundlage nicht auf die wahlberechtigten Frauen und Männer abzustellen, sondern auf alle Arbeitnehmer des Unternehmens. Finden die Wahlen zum Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft statt, muss unter Berücksichtigung der Wertung von § 2 DrittelbG das proportionale Verhältnis zwischen Frauen und Männer an der Gesamtbelegschaft der herrschenden und beherrschten Unternehmen abgestellt werden.

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 2 BetrVG ist § 4 Abs. 4 DrittelbG nicht zwingend, sondern eine Soll-Vorschrift, sodass deren Verletzung weder zur Ungültigkeit eines Wahlvorschlags noch zur Anfechtbarkeit der Wahl führt¹⁷³.

Die Regelung des § 4 Abs. 4 DrittelbG ist ein Alleinstellungsmerkmal der Drittelbeteiligung, denn in keinem anderen Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat einer nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaft findet sich eine vergleichbare Regelung zur Berücksichtigung der Geschlechterverteilung im Unternehmen. Lediglich für die Bildung der Wahlvorstände sehen die entsprechenden Wahlordnungen vor, dass die Geschlechterproportionalität – entsprechend dem Verhältnis im Unternehmen – beachtet werden sollen.

5. Kein Arbeitsdirektor

Die Wahl eines Arbeitsdirektors in den Vorstand oder ein sonstiges Vertretungsorgan der mitbestimmten Gesellschaft ist vom DrittelbG nicht vorgesehen.

¹⁷² BT-Drucks. 10/04, S. 24 zu § 4 Abs. 4 DrittelbG: „Frauen und Männer sollen unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein. Mit dieser Vorschrift wird den Anwendern eine praktikable Sollregelung an die Hand gegeben, die auf das tatsächliche mengenbezogene Geschlechterverhältnis im Unternehmen abstellt.“

¹⁷³ Huke/Prinz, BB 2004, 2633 (2635); Kleinsorge in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsgesetz (3. Aufl. 2008), § 4 DrittelbG RdNr. 35; Oetker in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), § 4 DrittelbG RdNr. 11.

IV. Beteiligung in der SE, der SCE und bei grenzüberschreitenden Fusionen

1. Allgemeines

Im Regelungsbereich des SEBG, SCEBG sowie in den von § 5 MgVG definierten Fallgruppen ist der Grundsatz der autonomen Mitbestimmungsvereinbarung maßgebend. Anders als in den Mitbestimmungsmodellen deutscher Prägung soll also ein auf die jeweiligen Gesellschaften maßgeschneidertes Modell ausgehandelt werden. Gleichwohl soll die in den beteiligten Gesellschaften bestehende Mitbestimmung den Arbeitnehmern in der neu errichteten SE oder SCE bzw. in der Zielgesellschaft in einem gewissen Umfang erhalten bleiben.

Das SEBG, das SCEBG und das MgVG sichern die autonome Ausgestaltung der Mitbestimmung durch Abschluss einer Vereinbarung über die Mitbestimmung, indem der Verhandlungsrahmen ausgestaltet wird. Die Sicherung der bestehenden Mitbestimmungsrechte erfolgt dabei auf zwei Ebenen. Zum einen bestehen zwingende Verfahrenslinien für die Aushandlung der Mitbestimmungsvereinbarung, zum anderen bestehen Auffangregelungen, die greifen, wenn sich Unternehmensleitung und Arbeitnehmervertreter nicht verständigen konnten.

Sowohl auf das Verhandlungsverfahren als auch die Auffangregelung kann im Hinblick auf die enorme Komplexität an dieser Stelle nur kurzfristig eingegangen werden.

2. Unternehmensmitbestimmung kraft Vereinbarung

Die Errichtung der Unternehmensmitbestimmung in der SE, SCE oder der Zielgesellschaft kraft Vereinbarung erfolgt in zwei Stufen: Zunächst wird das besondere Verhandlungsgremium als Verhandlungsführer für die Arbeitnehmerseite errichtet, sodann schließt es mit den Leitungen der beteiligten Gesellschaften die Mitbestimmungsvereinbarung ab.

a) Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums

Das Verhandlungsverfahren wird gemäß § 4 Abs. 1 SEBG, § 4 SCEB bzw. § 6 Abs. 1 MgVG durch die Leitungen ausgelöst, die im Rahmen des Gründungsverfahrens der neuen Gesellschaft zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums als Interessenvertretung der Arbeitnehmer aufzufordern haben.

Die Zusammensetzung und Größe des besonderen Verhandlungsgremiums erfolgt nach § 5 SEBG, § 5 SCEBG bzw. § 7 MgVG in einem vielschichtigen Verfahren der proportionalen Repräsentation der beteiligten Gesellschaften und der mitgliedstaatlichen Mindestvertretung. Inländische

Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums können gemäß § 6 Abs. 2 SEBG, § 6 Abs. 2 SCEBG bzw. § 8 Abs. 2 MgVG Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und Betriebe sowie Gewerkschaftsvertreter sein. Dabei ist jeder siebte Platz in diesem Gremium einem leitenden Angestellten der Gesellschaften vorbehalten. Gehören dem besonderen Verhandlungsgremium mehr als zwei Mitglieder an, ist jedes dritte Mitglied ein Vertreter einer Gewerkschaft, die in einem beteiligten Unternehmen vertreten ist. Insgesamt sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis gewählt werden.

Die inländischen Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums werden nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SEBG, § 8 Abs. 1 Satz 1 SCEBG bzw. § 10 Abs. 1 Satz 1 MgVG von einem gesonderten Gremium gewählt; sofern in den beteiligten Gesellschaften jedoch keine Arbeitnehmervertretung besteht, erfolgt die Wahl unmittelbar von den im Inland beschäftigten Arbeitnehmern, § 8 Abs. 7 SEBG, § 8 Abs. 7 SCEBG bzw. § 10 Abs. 7 MgVG.

b) Verhandlungsverfahren und möglicher Abschluss einer Vereinbarung

aa) Allgemeines zum Verhandlungsverfahren

Die Leitungen der beteiligten Unternehmen sowie das besondere Verhandlungsgremium sollen als Verhandlungspartner die Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses einer Vereinbarung über die Mitbestimmung in der zu errichtenden Gesellschaft durchführen und zu diesem Zweck vertrauensvoll zusammenarbeiten. Die Leitungen der beteiligten Gesellschaften haben das besondere Verhandlungsgremium auch während des Verhandlungsverfahrens laufend über die aktuellen Entwicklungen des Gründungs- bzw. Verschmelzungsvorhabens zu unterrichten. Die beteiligten Unternehmen bzw. nach ihrer Gründung die neu zu errichtende Gesellschaft haben die für die Bildung und Tätigkeit des besonderen Verhandlungsgremiums erforderlichen Kosten zu tragen und die sachlichen wie personellen Mittel zu stellen.

Im Rahmen des SEBG sowie des SCEBG können sich die Leitungen der beteiligten Unternehmen dem Verhandlungsverfahren nicht einseitig entziehen, da eine Eintragung der SE gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO bzw. der SCE nach Art. 11 Abs. 2 SCE-VO im Register erst erfolgen kann, wenn eine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung getroffen wurde, das besondere Verhandlungsgremium wirksam die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen beschlossen hat oder die gesetzlich vorgesehene Verhandlungsfrist abgelaufen wurde. Demgegenüber können sich die Leitungen der beteiligten Gesellschaften gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MgVG der Verhandlungspflicht entziehen, indem sie einseitig die Geltung der gesetzlichen Auffangregelung beschließen.

bb) Möglicher Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen

Die Verhandlungen müssen nicht zwingend in den Abschluss einer Vereinbarung münden. Vielmehr kann das besondere Verhandlungsgremium beschließen, nach seiner Konstituierung keine Verhandlungen aufzunehmen bzw. bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen. Unzulässig ist ein solcher Beschluss nur im Falle der Umwandlung in eine SE bzw. SCE, wenn den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen.

Die Folgen eines solchen Beschlusses sind weitreichend. Im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung finden dann gemäß § 18 Satz 2 MgVG die Vorschriften über die Mitbestimmung Anwendung, die in dem Staat gelten, in welchem sich der satzungsmäßige Sitz der Zielgesellschaft befindet. Ähnlich tiefgreifend sind die Rechtsfolgen bei Gründung einer SE oder einer SCE. Gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 SEBG bzw. § 16 Abs. 2 Satz 2 SCEBG ist die gesetzliche Auffangregelung weder im Hinblick auf die Unterrichtung und Anhörung noch bezüglich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer anzuwenden. Anders als im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung greifen aber auch nicht die nationalen Systeme zur Unternehmensmitbestimmung subsidiär ein, SE und SCE sind dann insoweit mitbestimmungsfrei. Unberührt bleiben lediglich die nationalen Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung sowie dem Europäischen Betriebsrätegesetz, wie sich aus § 16 Abs. 1 Satz 3 SEBG, § 16 Abs. 1 Satz 3 SCEBG ergibt und aus § 47 Abs. 1 SEBG bzw. § 49 Abs. 1 SCEBG zu folgern ist. Anders als im Falle des MgVG steht jedoch der Beschluss, die Verhandlungen nicht aufzunehmen oder abubrechen, einer Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE bzw. der SCE nicht dauerhaft entgegen. Frühestens nach Ablauf von zwei Jahren kann erneut ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet und erneut in die Verhandlungen um eine Mitbestimmungsvereinbarung bei der SE bzw. SCE eingetreten werden, sofern ein Quorum von 10% der Arbeitnehmer des Unternehmens, der betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe dies beantragt. Wenn strukturelle Veränderungen anstehen, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, ist ebenfalls in eine erneute Verhandlung über eine Mitbestimmungsvereinbarung einzutreten, sofern dies die Leitung der beteiligten Gesellschaften oder der jeweilige Betriebsrat dies verlangt.

cc) Willensbildung im besonderen Verhandlungsgremium

Die Willensbildung im besonderen Verhandlungsgremium erfolgt durch Beschlussfassung. Sie bedarf grundsätzlich der Mehrheit seiner Mitglieder, in der zugleich die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmervertreter enthalten ist. Ausnahmsweise bedarf die Willensbildung einer qualifizierten Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten repräsentieren. Die

qualifizierte Mehrheit ist erforderlich, wenn die Mitbestimmungsvereinbarung eine Minderung der in den beteiligten Gesellschaften bestehenden Mitbestimmungsrechte zur Folge hätte. Entsprechendes gilt, wenn das besondere Verhandlungsgremium – soweit zulässig – beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzuberechnen.

dd) Inhalt einer Mitbestimmungsvereinbarung

Die Verhandlungspartner dürfen die Mitbestimmung in der zu errichtenden Gesellschaft (SE, SCE oder die Zielgesellschaft bei der Verschmelzung) weitgehend autonom ausgestalten. Die Vereinbarung kann sich aber auch darin erschöpfen, die Geltung der jeweils gesetzlich vorgesehenen Auffangregelung vorzuschreiben.

Die Leitungen der beteiligten Gesellschaften stehen allerdings unter einem gewissen Verhandlungsdruck. Wie bereits ausgeführt, kann eine Eintragung der SE bzw. SCE vor Ablauf des in der Regel sechs Monate dauernden Verhandlungszeitraums nur erfolgen, wenn eine Vereinbarung geschlossen wurde oder das Verhandlungsgremium – wirksam – die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen beschlossen hat.

Neben diesem zeitlichen besteht aber auch ein inhaltlicher Anreiz für eine Verhandlungslösung. Besteht in mindestens einer der beteiligten Gesellschaften bereits eine Form der Mitbestimmung, so ist nach einem ergebnislosen Verhandlungsablauf gemäß § 34 Abs. 1 SEBG bzw. § 34 SCEBG in vielen Fällen die Mitbestimmung nach dem gesetzlichen Auffangmodell zu etablieren. Dies gilt auch für grenzüberschreitende Fusionen nach § 23 MgVG.

Gewisse Vorgaben zu den Elementen, über die eine Einigung der Verhandlungspartner erzielt werden muss, finden sich in § 21 SEBG, § 21 SCEBG sowie § 22 MgVG. Inhaltliche Vorgaben bestehen im Übrigen jedoch nicht.

3. Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes

a) Anwendungsbereich

Die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes ist nach § 22 Abs. 1 SEBG in der SE bzw. gemäß § 22 Abs. 2 SCEBG in der SCE anzuwenden, wenn die Verhandlungspartner dieses vereinbaren oder sie bis zum Ende des Verhandlungszeitraums keine Vereinbarung erzielt haben und das besondere Verhandlungsgremium keinen – wirksamen – Beschluss zur Nichtaufnahme bzw. zum Abbruch der Verhandlungen gefasst hat. Entsprechendes gilt auch für die Zielgesellschaft nach § 23 Abs. 1 MgVG mit der Besonderheit, dass die Auffangregelung auch dann gilt, wenn die Lei-

tungen der beteiligten Gesellschaften entscheiden, diese Regelungen ohne vorhergehende Verhandlung unmittelbar ab dem Zeitpunkt der Eintragung anzuwenden.

Haben die Verhandlungspartner nicht die Geltung der Auffangregelung vereinbart, greift diese von Gesetzes wegen jedoch nur dann ein, wenn zusätzliche Bedingungen erfüllt sind. So muss im Falle der Gründung einer SE oder SCE durch Umwandlung die in Frage stehende Gesellschaft der Mitbestimmung unterlegen haben oder es müssen im Falle einer Verschmelzung mindestens 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften in mitbestimmten Unternehmen beschäftigt gewesen sein, wobei sich dieser Wert auf 50% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer bei Gründung einer SE-Holding-Gesellschaft bzw. einer sonstigen SCE-Gründung erhöht. Entsprechendes gilt für grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 2 MgVG, wobei aber ein einheitlicher Schwellenwert von einem Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften angelegt wird.

Laut § 39 SEBG bzw. § 39 SCEBG sowie § 28 MgVG ist die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes nicht in Zielgesellschaften mit Tendenzträgerereignis zu errichten.

b) Umfang der Mitbestimmung

Die von Gesetzes wegen anzuwendende Mitbestimmung orientiert sich an den in den beteiligten Gesellschaften bestehenden Mitbestimmungsmodellen im Sinne von § 2 Abs. 12 SEBG, § 2 Abs. 12 SCEBG bzw. § 2 Abs. 7 MgVG. Es bestehen jedoch erhebliche Unterschiede im Detail zwischen der Gründung einer SE bzw. SCE einerseits und der grenzüberschreitenden Verschmelzung andererseits.

aa) Auffangregelung nach SE-Beteiligungsgesetz und SCE-Beteiligungsgesetz

Bei Gründung einer SE oder SCE durch Umwandlung bleibt gemäß § 35 Abs. 1 SEBG, § 35 Abs. 1 SCEBG die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die vor der Umwandlung in der Gesellschaft bestanden hat.

Bei Gründung durch Verschmelzung, bei Errichtung einer Holding-SE oder der Gründung einer SCE auf andere Weise haben die Arbeitnehmer der SE bzw. SCE, ihrer Tochterunternehmen und Betriebe oder ihr Vertretungsorgan über § 35 Abs. 2 SEBG, § 35 Abs. 2 SCEBG das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE bzw. SCE zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu Empfehlen oder abzulehnen. Die Zahl dieser Arbeitnehmervertreter ist gesetzlich nicht genau

festgelegt. Vielmehr wird der insoweit „höchste Anteil“ an Arbeitnehmervertretern in den Organen der beteiligten Gesellschaften für maßgeblich erklärt.

Die Arbeitnehmermandate für das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan werden gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 SEBG bzw. § 36 Abs. 1 Satz 1 SCEBG durch den SE/SCE-Betriebsrat auf die Mitgliedstaaten verteilt, in denen Mitglieder zu wählen oder zu bestellen sind.

Für die konkrete Verteilung der Mandate unterscheiden SEBG und SCEBG zwischen den in- und den ausländischen Mitbestimmungsmandaten. Die Auswahl der ausländischen Arbeitnehmervertreter erfolgt nach Maßgabe von § 36 Abs. 2 SEBG bzw. § 36 Abs. 2 SCEBG grundsätzlich nach dem Umsetzungsgesetz des relevanten Mitgliedstaates. Enthält das einzelne Umsetzungsgesetz keine Regelung über die Mandatsverteilung, hat das besondere Verhandlungsgremium die Arbeitnehmervertreter aus dem relevanten Mitgliedstaat zu bestimmen.

Die inländischen Arbeitnehmervertreter werden gemäß § 36 Abs. 3 SEBG bzw. § 36 Abs. 3 SCEBG durch ein Wahlgremium gewählt, das sich aus den Arbeitnehmervertretern der Zielgesellschaft, ihrer Tochtergesellschaften und Betrieben zusammensetzt.

Vergleichbar dem zweistufigen Aufbau nach dem Montan-MitbestG werden die Arbeitnehmervertreter aber nicht direkt in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gewählt. Vielmehr erfolgt die formale Bestellung durch die Hauptversammlung der SE (§ 36 Abs. 4 SEBG) bzw. durch die Generalversammlung der SCE (§ 36 Abs. 4 SCEBG), die aber jeweils an die Vorschläge des Wahlgremiums gebunden sind. Die Abberufung ist in § 37 SEBG bzw. § 37 SCEBG geregelt.

Hinsichtlich der inneren Ordnung des Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgans gilt, dass die Arbeitnehmervertreter gemäß § 38 SEBG bzw. § 38 SCEBG Mitglieder mit den gleichen Rechten und Pflichten ausgestattet sind wie die Vertreter der Anteilseignerseite.

Darüber hinaus sehen § 38 Abs. 2 SEBG bzw. § 38 SCEBG vor, dass ein Mitglied des Leitungsorgans bzw. ein geschäftsführender Direktor für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist. Um die Wahrnehmung der hiermit verbundenen Aufgaben zu gewährleisten, besteht das Leitungsorgan im dualistischen System stets aus zwei Mitgliedern bzw. aus zwei geschäftsführenden Direktoren im monistischen Aufbau. Abweichend von der Rechtslage beim Montan-MitbestG oder dem MitbestG 1976 betrifft die Regelung in § 38 Abs. 2 SEBG bzw. § 38 SCEBG jedoch nur die Geschäftsverteilung innerhalb des Leitungsorgans bzw. zwischen den geschäftsführenden Direktoren und legt eine Ressortzuständigkeit für den Bereich Arbeit und Soziales zwingend fest. Dementsprechend obliegt die Zuweisung des Ressorts zu einem Mitglied des Leitungsorgans bzw. einem geschäftsführenden Direktor der Geschäftsordnung des Leitungsor-

gans bzw. dem Verwaltungsrat. Die Bestellung einer bestimmten Person für das Ressort für Arbeit und Soziales durch die Hauptversammlung bzw. die Generalversammlung – gegebenenfalls auf Vorschlag der Wahlgremien der Arbeitnehmer – ist daher nicht zulässig.

Bei einer dualistisch strukturierten SE oder SCE verlangen Art. 50 Abs. 2 SE-VO bzw. Art. 41 Abs. 1 SCE-VO, dass zum Vorsitzenden des Aufsichtsorgans nur ein von der Hauptversammlung bzw. der Generalversammlung bestelltes Mitglied gewählt werden darf, wenn die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans von den Arbeitnehmern bestellt werden. Bei Stimmgleichheit gibt dann in paritätisch zusammengesetzten Leitungsorganen die Stimme des Vorsitzenden gemäß Art. 50 Abs. 2 SE-VO bzw. Art. 50 Abs. 2 SCE-VO zwingend den Ausschlag. Dies entspricht im Ergebnis der Regelung nach dem MitbestG 1976. Eine Parallelregelung findet sich für monistisch strukturierte Gesellschaften in Art. 45, 50 Abs. 2 SE-VO bzw. Art. 44 Abs. 1, 50 Abs. 2 SCE-VO.

Eine Sonderregelung zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung enthalten § 38 Abs. 3 SE-Beteiligungsgesetz bzw. § 38 SCE-Beteiligungsgesetz. Ist das Aufsichtsorgan einer beteiligten Gesellschaft paritätisch besetzt und gehört diesem ein weiteres Mitglied an, ist ebenfalls ein weiteres Mitglied in das Aufsichtsorgan oder in den Verwaltungsrat auf gemeinsamen Vorschlag der Arbeitnehmer und Anteilseigner bzw. Mitglieder zu wählen.

bb) Auffangregelung nach MgVG

Etwas anders stellt sich die Rechtslage im Falle grenzüberschreitender Verschmelzungen im Sinne des MgVG dar.

Unterlagen alle beteiligten Gesellschaften im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung dem gleichen Mitbestimmungsmodell, ist es auch in der Zielgesellschaft zu etablieren. Bestanden in den beteiligten Gesellschaften verschiedene Formen der Mitbestimmung nach § 2 Abs. 7 MgVG, soll nach § 23 Abs. 2 Satz 1 MgVG das besondere Verhandlungsgremium das für die Zielgesellschaft anwendbare Mitbestimmungsmodell bestimmen. Unterbleibt dies, macht das MgVG das anwendbare Mitbestimmungsmodell von der Beteiligung einer inländischen Gesellschaft an der Verschmelzung sowie subsidiär von der Kopfzahl der in den beteiligten Gesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer abhängig.

Der Umfang der Mitbestimmung bemisst sich für beide Modelle gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 MgVG nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der Zielgesellschaft bestanden hat. Die Arbeitnehmermandate für das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Zielgesellschaft werden nach § 25 Abs. 1 Satz 1 MgVG durch das besondere Verhandlungsgremium

auf die Mitgliedstaaten verteilt, in denen Mitglieder zu wählen oder zu bestellen sind.

Für die konkrete Verteilung der Mandate differenziert das MgVG zwischen den in- und den ausländischen Mitbestimmungsmandaten. Die inländischen Arbeitnehmervertreter werden laut § 25 Abs. 3 MgVG durch ein Wahlgremium gewählt, das sich aus den Arbeitnehmervertretern der Zielgesellschaft, ihrer Tochtergesellschaften und Betrieben zusammensetzt.

Die Auswahl der ausländischen Arbeitnehmervertreter richtet sich grundsätzlich nach dem Umsetzungsgesetz des relevanten Mitgliedstaates. Enthält das einzelne Umsetzungsgesetz keine Regelung über die Mandatsverteilung, hat das besondere Verhandlungsgremium nach § 25 Abs. 2 MgVG die Arbeitnehmervertreter aus dem relevanten Mitgliedstaat zu bestimmen.

Die inhaltliche Ausgestaltung der Mitbestimmung richtet sich nach der Rechtsform der Zielgesellschaft. Für inländische Zielgesellschaften ordnet § 24 Abs. 2 MgVG die entsprechende Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat an. Darüber hinaus schreibt § 27 Abs. 2 Satz 1 MgVG die zwingende Bestellung eines Arbeitsdirektors vor.

Eine § 38 Abs. 3 SEBG bzw. § 38 SCEBG entsprechende Regelung zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung enthält § 27 Abs. 3 MgVG.

4. Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan

Zwingende Bestimmungen über die Beteiligung der beiden Geschlechter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE und der SCE bestehen nicht. Gelangen die Beteiligten zu einer *Vereinbarung* über die Mitbestimmung, enthält sich das Gesetz jedweder Regelung und überlässt die Zusammensetzung des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der privatautonomen Regelung. Lediglich für den Fall, dass in Ermangelung einer Vereinbarung die gesetzliche Auffangregelung zum Tragen kommt, *sollen* die aus dem Inland kommenden Mitglieder in dem kraft Gesetzes gebildeten Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE bzw. SCE entsprechend dem zahlenmäßigen Verhältnis der Geschlechter berücksichtigt werden (§ 6 Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 3 SEBG und § 6 Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 3 SCEBG). Eine entsprechende Regelung gilt auch für die auf das Inland entfallenden Mitglieder im besonderen Verhandlungsgremium (§ 6 Abs. 2 Satz 2 SEBG und § 6 Abs. 2 Satz 2 SCEBG).

Vergleichbar ist die Rechtslage bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG. Auch hier gibt es im Rahmen der Verhandlungslösung keine gesetzliche Vorgabe über die Vertretung der Geschlechter, sondern nur eine Soll-Vorschrift im Falle des Eingreifens der Auffanglö-

sung (§ 8 Abs. 2 Satz 2, § 25 Abs. 3 Satz 2 MgVG vor). Da im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung die Bestimmungen des MgVG gegenüber den Mitbestimmungsmodellen nationalen Ursprungs vorrangig sind, unterliegt insoweit eine aus der Verschmelzung hervorgehende Zielgesellschaft nationalen Rechts mit satzungsmäßigem Sitz im Inland ausnahmsweise auch außerhalb des DrittelbG einem – nicht zwingenden – Gebot des Geschlechterproporz bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats.

E. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Mitbestimmungsrechts

Nachdem sich bereits zu Beginn der 1970er-Jahre im Schrifttum divergierende Grundpositionen zur Verfassungsmäßigkeit der geltenden und geplanten Mitbestimmungsmodelle herauskristallisiert hatten¹⁷⁴, befasste sich das BVerfG sich in zwei Grundsatzurteilen mit dem System der deutschen Mitbestimmung und konkretisierte hierbei die einschlägigen verfassungsrechtlichen Rahmendaten aus Sicht der Rechtsprechung.

Im „Mitbestimmungsurteil“ vom 1. März 1979¹⁷⁵ gelangte das BVerfG zu folgender Erkenntnis:

„Die erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 ist mit den Grundrechten der von dem Gesetz erfassten Gesellschaften, der Anteilseigner und der Koalitionen der Arbeitgeber vereinbar.“

Anlass zu einer differenzierten Bewertung der Rechtslage sah das BVerfG im „Mannesmannurteil“ vom 2. März 1999¹⁷⁶, wo es zu folgenden Leitsätzen gelangte:

- „1. Die Einbeziehung von Konzernobergesellschaften in die Sonderform der Montan-Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie einen ausreichenden Montan-Bezug aufweisen.
2. Einen solchen Bezug vermittelt zwar die in Nr. 1 des § 3 Abs. 2 Satz 1 Mitbestimmungsergänzungsgesetz bestimmte Montan-Umsatzquote, nicht aber die in Nr. 2 dieser Vorschrift festgelegte Arbeitnehmerzahl.
3. Die in § 3 in Verbindung mit § 16 Mitbestimmungsergänzungsgesetz festgelegten unterschiedlichen Umsatzquoten für den Verbleib in der und den Eintritt in die Montan-Mitbestimmung sind mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.“

Auch wenn beide Urteile die verfassungsrechtliche Gesamtproblematik keinesfalls umfassend und abschließend behandeln und in dogmatischer Hinsicht intensiv und kritisch gewürdigt¹⁷⁷ wurden, stecken die Urteile

¹⁷⁴ Stellvertretend für die Gruppe jener, die verfassungsrechtliche Bedenken äußerten, *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (1977) („Kölner Gutachten“), und stellvertretend für jene, welche die grundrechtlichen Vorgaben als gewahrt ansahen, *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe (1978) („Frankfurter Gutachten“).

¹⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 ff.

¹⁷⁶ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 ff.

¹⁷⁷ Zum Mitbestimmungsurteil: *Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung (1985); *Meessen*, NJW 1979, 833 ff.; *Nagel*, Paritätische Mitbestimmung und

doch im Wesentlichen den grundrechtlichen Rahmen für die bestehenden Mitbestimmungsmodelle und künftige Rechtsfortbildungen ab.

Im Lichte der verfassungsgerichtlichen Judikatur lässt sich aus heutiger Sicht feststellen, dass einerseits durch die Mitbestimmungsmodelle in Grundrechtspositionen eingegriffen wird, insbesondere in die Eigentums-garantie, die Vereinigungsfreiheit, die Berufsfreiheit, die Koalitionsfreiheit sowie in den Gleichheitssatz, dass andererseits die hieraus folgenden Beschränkungen grundrechtlicher Gewährleistungen grundsätzlich einer verfassungsrechtlichen Legitimation zugänglich sind.

1. Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)

Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG muss zwischen dem Schutz der Anteilseigner einerseits und der Garantie des Eigentums der mitbestimmten Unternehmen selbst differenziert werden.

a) Garantie des Anteilseigentums

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Eigentum. Eigentumsfähige Position ist grundsätzlich jedes vom Gesetzgeber zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Eingriffs gewährte konkrete vermögenswerte Recht, jedenfalls wenn es durch Entfaltung des Leistungswillens entstanden ist. Eigentumsrechtlich geschützte vermögenswerte Rechte sind solche, welche durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis gekennzeichnet sind. Neben diesem Schutz individueller Positionen besteht aber auch eine Institutsgarantie, die sich als Schutzpflicht des Staates auswirkt. Diese verlangt die Bereitstellung einer geeigneten Rechtsordnung, welche es dem Bürger erlaubt, rechtlich geschützte vermögenswerte Positionen bilden und über diese privatnützig verfügen zu können.

aa) Anforderungen an den Schutz des Anteilseigner und die Rechtsordnung

Bezogen auf die Rechtstellung eines Anteilseigners schützt Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG das im Geschäftsanteil verkörperte Anteilseigentum, das im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung durch Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis gekennzeichnet ist. Der Schutz erstreckt sich auf die mitgliedschaftliche Stellung in einer Gesellschaft, die das Anteilseigentum vermittelt. Aus der mitgliedschaftlichen Stellung erwachsen dem

Grundgesetz (1988); *Papier*, ZGR 1979, 444 ff.; *Raiser*, JZ 1979, 489 ff.; *Rittner*, JZ 1979, 743 ff.; *Säcker*, RdA 1979, 380 ff.; *Seiter*, in: Festschrift für Müller (1981), S. 589 ff. Zum Mannesmann-Urteil: *Fleischer/Thüsing*, NZG 1999, 545 f.; *Raiser*, RdA 1999, 394 ff.; *Sachs*, JuS 2000, 81 ff.

Gesellschafter im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Gesellschaftssatzung sowohl Leitungsbefugnisse als auch vermögensrechtliche Ansprüche. Die Leitungsbefugnis beruht darauf, dass das Gesellschaftsrecht die Anteilseignerversammlung als zentrales Organ der Gesellschaft vorsieht. Die vermögensrechtliche Stellung ist insbesondere in dem gesetzlichen Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit er zur Verteilung kommt, in dem Recht zum Bezug neuer Anteile bei Kapitalerhöhungen, dem Recht auf Teilnahme an dem Liquidationserlös sowie dem Recht, den Anteil gegen ein Entgelt zu veräußern, begründet.

Spiegelbildlich hierzu kann Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG die Wertung entnommen werden, dass die Rechtsordnung eine (gesellschaftsrechtliche) Organisationsform zur Verfügung stellen muss, innerhalb derer Bürger im zielgerichteten Zusammenwirken mit anderen Vermögenswerte zur privatnützigen Verwendung und Verfügung durch gemeinschaftliche Ausübung von Leitungsmacht und Teilhabe an der so generierten Wertschöpfung bilden können.

bb) Kein Eingriff in Form der Enteignung

Auf der Grundlage der heute ganz herrschenden Ansicht¹⁷⁸ gibt es zwei Arten von Eigentumsbeeinträchtigungen, die jeweils unterschiedlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen unterworfen sind, nämlich einerseits die Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG und andererseits die Inhalts- und Schrankenbestimmungen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG. Der Bereich der Inhalts- und Schrankenbestimmungen ist negativ definiert als jeder Eingriff, der nicht Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG ist.

Eine Enteignung ist die auf eine vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet, wobei die Aufgabenerfüllung gerade durch Nutzung der entzogenen Eigentumspositionen und nicht durch bloße Entziehung angestrebt sein muss.

Soweit im Rahmen der gesetzlichen Mitbestimmung die Befugnisse des Aufsichtsorgans teilweise auf Vertreter der Arbeitnehmer übertragen wird, liegt darin eine Beeinträchtigung der Leitungsmacht der Anteilseigner und damit ihres Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, wenn die Anteilseigner zuvor sämtliche Aufsichtsratsmitglieder bestellen konnten und somit die Leitungsmacht allein im eigenen vermögenswerten Interesse ohne Rücksichtnahme auf die Belange der Arbeitnehmer ausüben konnten. Hierin liegt aber keine Enteignung, weil die vermögensrechtliche Stellung der Anteilseigner unverändert bleibt. Ihnen allein gebührt der Bi-

¹⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 12. 6. 1979 – 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1 (27 f.); BVerfG, Beschluss vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 (239 ff.); BVerfG, Beschluss vom 16. 2. 2000 – 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1 (15 f.).

lanzgewinn, der Liquidationserlös oder das Entgelt bei Verfügung über den Gesellschaftsanteil. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Übertragung eines Teils der Leitungsmacht auf die Arbeitnehmer zur Folge haben kann, dass unternehmenslenkende Entscheidungen getroffen werden, welche sich nachteilig auf die Ertragskraft auswirken und damit die vermögenswerten Positionen der Anteilseigner faktisch aushöhlen. Da die Arbeitnehmer nicht am – positiven oder negativen – Ergebnis der von ihnen mitgetragenen Lenkungsmacht im Unternehmen teilhaben, kommt dem Teil der Leitungsmacht, der von den Anteilseignern auf die Arbeitnehmer übertragen wurde, kein eigenständiger vermögenswerter Nutzen zu. Damit fehlt es an der für die Annahme einer Enteignung begrifflich notwendigen Nutzung der entzogenen Eigentumsposition im Interesse anderer als der bisherigen Inhaber.

cc) Gerechtfertigter Eingriff in Form der Inhalts- und Schrankenbestimmung

Liegt keine Enteignung vor, ist der in der Übertragung der Leitungsmacht auf die Arbeitnehmer liegende Eingriff in das Anteilseigentum dogmatisch als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG zu werten.

Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten: Sie muss erstens im Hinblick auf den verfolgten legitimen Zweck geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen. Zweitens muss die Bestimmung erforderlich sein, es darf also keine mildere, aber gleich wirksame Alternative zur Verfügung stehen. Schließlich müssen die Intensität, die Schwere und die Tragweite im Hinblick auf die Bedeutung des verfolgten legitimen Zwecks angemessen sein. Dabei kommt dem Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 14 Abs. 2 GG ein umso größerer Gestaltungsspielraum, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht. Soweit es jedoch um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht, genießt dieses einen besonderen Schutz, welcher den Spielraum des Gesetzgebers einengt.

Im „Mitbestimmungsurteil“ stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Aspekt des Anteilseigentums als Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich in den von der Mitbestimmung erfassten Kapitalgesellschaften erheblich niedriger sei als beispielsweise in Personengesellschaften, da die Anteilseigner typischerweise nicht zur Geschäftsführung berufen seien, die Anteilseigner ihre Leitungsbefugnis nur mit der Mehrheit der anderen ausüben könnten, diese mehrheitliche Leitungsbefugnis selbst nur mittelbar über die geschäftsführenden und aufsichtführenden Organe auf die Geschäftspolitik einwirke, sodass der Konnex zwischen der autonomen

Entscheidung des einzelnen Anteilseigners und den wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Anteilseignerstellung stark gelöst sei¹⁷⁹.

Damit rückt die Sozialbindung des Anteilseigentums in den Vordergrund und eröffnet dem Gesetzgeber einen erweiterten Regelungsspielraum. Auf dieser Grundlage stellt das BVerfG fest, dass die Mitbestimmung grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Institutsgarantie des Eigentums darstellt¹⁸⁰:

„Hat die Anteilseignerseite auf Grund der rechtlichen Regelung das Übergewicht, so kann allein in dem Umstand, daß sie dieses bei Zusammengehen einer Minderheit mit der Arbeitnehmerseite verlieren kann, keine rechtlich relevante Struktur- oder Substanzveränderung des Anteilseigentums erblickt werden; dies um so weniger, als das Mitbestimmungsgesetz weder die Privatnützigkeit des Anteilseigentums beseitigt noch das Zuordnungsverhältnis berührt. ... Auch die Beseitigung der Möglichkeit, die Mitglieder des Vertretungsorgans durch die Anteilseignerversammlung zu bestellen und abzurufen, greift nicht in die Substanz des Anteilseigentums ein. Die Verlagerung von Zuständigkeiten eines Gesellschaftsorgans auf ein anderes kann bereits für sich genommen schwerlich als Substanzveränderung des Anteilseigentums angesehen werden. Es kommt hinzu, daß das Mitbestimmungsgesetz den Anteilseignern nicht nur das leichte Übergewicht, sondern bei den insoweit betroffenen Gesellschaftsformen darüber hinaus der Anteilseignerversammlung als oberstem Unternehmensorgan die Befugnis beläßt, erheblichen Einfluß auf die Geschäftsführung auszuüben; ... unzweifelhaft kann die Zustimmung des Aufsichtsrats durch einen mit einer Mehrheit von drei Vierteln getroffenen Beschluß der Anteilseignerversammlung ersetzt werden.“

Auch wenn das BVerfG vermied, die Grenze zur Verletzung der Institutsgarantie positiv zu definieren, kann aus seinen Ausführungen geschlossen werden, dass ein Mitbestimmungsmodell nicht mehr zulässig ist, bei welchem die Anteilseigner die Minderheit der Vertreter im Aufsichtsrat stellen. Dies gälte etwa für das „Drei-Bänke-Modell“, bei dem sie selbst bei geschlossenem Abstimmungsverhalten überstimmt werden können.

Darüber hinaus hat das BVerfG aber auch keinen ungeeigneten oder nicht erforderlichen Eingriff in das bereits bestehende und über Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Anteilseigentum feststellen können¹⁸¹:

„Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sollte das Gesetz „eine gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen“ einführen ... Diesen Zweck hat das Gesetz in der verabschiedeten Fassung nicht voll verwirklicht. Es hat indessen ebenfalls die Aufgabe, die mit der Unter-

¹⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (342 ff.).

¹⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (346 f.).

¹⁸¹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (350).

ordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern ... und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen ... Dies dient nicht nur einem reinen Gruppeninteresse. Vielmehr haben die durch die institutionelle Mitbestimmung angestrebte Kooperation und Integration, die eine Berücksichtigung auch anderer als der unmittelbaren eigenen Interessen erfordern, allgemeine gesellschaftspolitische Bedeutung; die Mitbestimmung ist namentlich als geeignet angesehen worden, die Marktwirtschaft politisch zu sichern ... In dieser Bedeutung soll sie – ungeachtet ihrer Ausgestaltung im einzelnen – dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Sie kann nicht als ungeeignet oder nicht erforderlich angesehen werden, diesen Zweck zu erreichen, auch wenn sich nicht ausschließen läßt, daß namentlich in der ersten Phase Reibungsverluste auftreten werden, die dem verfolgten Zweck möglicherweise eher zuwiderlaufen.“

Des Weiteren hält das BVerfG den Eingriff im Hinblick auf die Sozialbindung des Anteilseigentums nicht für unangemessen, weil unter Berücksichtigung der typischen Stellung des Anteilseigners in den mitbestimmten Gesellschaften weder eine nachhaltige Beeinträchtigung der Vermögensinteressen zu erwarten sei noch die Leitungsmacht der Aktionäre insgesamt beseitigt sei¹⁸²:

„Das Gesellschaftsrecht verleiht der Gesamtheit der Anteilseigner mit dem Recht zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder eine Herrschaftsbefugnis von Gewicht, das ... durch die Zuständigkeit zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans gesteigert wurde. Diese Befugnisse werden durch das Mitbestimmungsgesetz verringert, wenn auch nicht „halbiert“, weil die Anteilseigner in ihrer Gesamtheit den maßgeblichen Einfluß im Unternehmen behalten. Demgegenüber läßt sich bei Zugrundelegung der maßgeblichen Prognose des Gesetzgebers ... nicht annehmen, daß auch das vermögensrechtliche Element des Anteilseigentums eine wesentliche Einbuße erleiden wird. Bei dieser Sachlage kann für die verfassungsrechtliche Prüfung nicht davon ausgegangen werden, daß das Mitbestimmungsgesetz den Vermögenswert der Anteilsrechte, die Renditeaussichten der Anteilseigner oder die Kapitallenkungsfunction der Anteilsrechte in nennenswertem Umfang beschränke.

Demgegenüber liegt die bedeutende soziale Funktion des Anteilseigentums auf der Hand. Sein sozialer Bezug zeigt sich bereits darin, daß es in aller Regel in der Gemeinschaft mit anderen in einer Gesellschaft besteht, die Eigentümer von Produktionsmitteln ist. Vor allem bedarf es zur Nutzung des Anteilseigentums immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer; die Ausübung der Verfügungsbefugnis durch den Eigentümer kann sich zugleich auf deren Daseinsgrundlage auswirken. Sie berührt damit die Grundrechtssphäre der Arbeitnehmer. ... Mitbestimmung im Unternehmen beeinflusst zu einem nicht unwesentlichen Teil die Bedingungen, unter de-

¹⁸² BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (347 ff.).

nen die Arbeitnehmer namentlich ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit wahrnehmen, das für alle sozialen Schichten von Bedeutung ist.

Wie weit die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums bei Organisationsmaßnahmen sozialordnender Art reicht, bedarf keiner abschließenden Festlegung. Der Gesetzgeber hält sich jedenfalls dann innerhalb der Grenzen zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führt, daß über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, wenn diese nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und wenn ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird.“

Damit hat das BVerfG im Ergebnis offen gelassen, wo genau die Grenze zu einem unverhältnismäßigen Eingriff verläuft. Bedeutsam ist dies im Hinblick auf die Regelungen zur Montan-Mitbestimmung, bei welcher Arbeitnehmer- und Anteilseignerbank über die gleiche Stimmenanzahl verfügen und eine Pattsituation durch die Stimme eines „neutralen Mitglieds“ gelöst wird, das nicht zwingend das Vertrauen der Anteilseigner genießt.

Im späteren „Mannesmann-Urteil“ hat das BVerfG zur Regelung des Montan-MitbestErgG jedoch letztlich ausgeführt, dass die Unterschiede zum Modell des MitbestG 1976 nicht sehr gewichtig sein sollen, eine nachhaltige Erschwerung der unternehmerischen Entscheidungsabläufe oder Verminderungen der Rentabilität nicht hätten festgestellt werden können¹⁸³. Dies deutet darauf hin, dass sich auch das Modell der Montan-Mitbestimmung in dem Gestaltungsrahmen bewegt, der sich dem Gesetzgeber aus dem Spannungsverhältnis von Privatnützigkeit und Sozialbindung des Anteilseigentums ergibt.

b) Eigentumsschutz der Unternehmen

Träger der Eigentumsgarantie können über Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen sein, sodass sich die von den Mitbestimmungsgesetzen erfassten Gesellschaften selbst auch auf einen möglichen Eingriff in ihr Eigentumsrecht berufen können.

Durch die Mitbestimmung werden jedoch weder die Außenbeziehungen der Gesellschaft noch die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft an sich betroffen, sondern „nur“ das Verfahren der internen Willensbildung. Dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unterfällt jedoch auch der Prozess der Willensbildung des Eigentümers, denn dieser ist Funktionsbe-

¹⁸³ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (390 f.).

dingung für die Privatnützigkeit bei der Nutzung vermögensrechtlicher Positionen¹⁸⁴.

Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Eigentumsgarantie durch Einflussnahme auf die Willensbildung liegt aus Sicht des BVerfG jedoch mit Blick auf die Sozialbindung des Eigentums erst dann vor, wenn Funktionsunfähigkeit bei der Entschlussfassung besteht oder ein lähmender Zustand eintritt, der dem nahe kommt. Eine bloße Erschwerung der Willensbildung im Beschlussgremium durch qualifizierte Mehrheiten im ersten und zweiten Durchgang sowie die Notwendigkeit eines Vermittlungsverfahrens genügen daher aus Sicht des BVerfG nicht, um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentumsrecht der mitbestimmten Gesellschaft zu begründen, solange eine Beschlussfassung auf Betreiben der Anteilseignerseite in angemessenem Zeitrahmen herbeigeführt werden kann.

2. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)

Die Vereinigungsfreiheit wird von Art. 9 Abs. 1 GG geschützt. Für den Bürger gewährleistet sie die Freiheit, sich mit anderen zu jedem verfassungsmäßig erlaubten Zweck zusammenzuschließen und einer organisatorischen Willensbildung zu unterwerfen. Bedingungen dieser Freiheit und damit von Art. 9 Abs. 1 GG umfasst sind die Gründungs- und Beitrittsfreiheit sowie die Freiheit, aus einer Vereinigung auszutreten oder ihr fernzubleiben. Ebenso ist wegen des engen Zusammenhangs von individueller und kollektiver Vereinigungsfreiheit die Vereinigung selbst durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt. Der Schutz des Grundrechts umfasst sowohl für die Mitglieder als auch für die Vereinigungen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte¹⁸⁵. Ohne solche Selbstbestimmung könnte von einem freien Vereinigungswesen keine Rede sein.

Aus Sicht des BVerfG¹⁸⁶ berührt die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht die Gründungs- und Beitrittsfreiheit, da den Arbeitnehmervertretern nicht die vollen Mitgliedschaftsrechte gewährt würden. Soweit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft durch Erschwernisse der Willensbildung im Aufsichtsrat tangiert sei, liege darin – wie auch schon nach den Wertungen im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 GG – kein unangemessener Eingriff¹⁸⁷.

Ein gewisses Maß an Fremdbestimmtheit und damit ein Eingriff in die von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmtheit erblickt das BVerfG jedoch in dem Umstand, dass mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichts-

¹⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (352).

¹⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (354).

¹⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (356).

¹⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (357).

rat Personen an der Willensbildung des Unternehmens mitwirken, die keine Mitglieder sind. Im Ergebnis liege aber kein unverhältnismäßiger Eingriff vor, da bei den erfassten Kapitalgesellschaften das personale Element der Selbstbestimmtheit relativiert sei, der Wirkungskreis der gefassten Beschlüsse weit über die Vereinigung hinausgehe und letztlich der ausschlaggebende Einfluss auf der Anteilseignerseite verbleibe¹⁸⁸:

„Eine wesentliche Funktion von Kapitalgesellschaften ist die Ansammlung und Nutzung von Kapital. Die Mitgliedschaft ist in der Regel nicht Bestandteil der Lebensgestaltung des Einzelnen, und die Bindungen der Mitglieder untereinander und zur Gesellschaft sind typischerweise von geringerer Intensität als die einer sonstigen Personenvereinigung. Dem entspricht es, wenn – abgesehen von der Genossenschaft – Stimmrecht und Stimmgewicht sich nicht nach der Mitgliedschaft, sondern nach der Höhe des Kapitalanteils richten ... und wenn – mit Ausnahme der Genossenschaft – der Aufsichtsrat sowie das leitende Organ nicht aus Mitgliedern zu bestehen brauchen; als Selbstbestimmung der Gesellschaft vermittelndes Band kommt insoweit nur die Wahl durch die über verschiedene Stimmgewichte verfügenden Anteilseigner in Betracht ...

Auf der anderen Seite machen Existenz und Wirken von Kapitalgesellschaften in weit höherem Maße ausgestaltende gesetzliche Regelungen notwendig als dies für den politischen, kulturellen, geselligen Verein, den Sportverein, den Interessenverband oder die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall ist. Das Wirken der Gesellschaften ist in das wirtschaftliche und soziale Gesamtleben eng eingeflochten. Ihre Organisation und das Zustandekommen ihrer Entscheidungen berühren daher eine Vielzahl von Belangen der Mitglieder selbst, Dritter, etwa der Gläubiger, besonders aber auch der Arbeitnehmer, sowie öffentliche Interessen. Demgemäß tritt hier vielfach die Funktion der ausgestaltenden Gesetze als Ausgleichsregelungen zwischen den verschiedenen schutzwürdigen Belangen in besonderem Maße hervor ...

Durch [die Regelungen des] MitbestG ist indessen dafür Sorge getragen, daß der ausschlaggebende Einfluß ... grundsätzlich der Anteilseignerseite verbleibt.“

3. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die Berufsfreiheit wird von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet. Die Berufsfreiheit, die über Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen zusteht, schützt als einheitliches Grundrecht sowohl die Wahl eines Berufs als auch dessen Ausübung. Ein Eingriff in dieses Recht der Berufsfreiheit liegt jedoch nur vor, wenn eine staatliche Maßnahme an die Ausübung einer bestimmten Art der beruflichen Tätigkeit anknüpft oder zumindest objektiv berufsregelnde Tendenz hat, also nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich aus-

¹⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (357 ff.).

geübt werden. Eingriffe in die Berufsfreiheit müssen verhältnismäßig sein, wobei sich die Anforderungen an die Rechtfertigung danach richten, ob eine objektive oder eine subjektive Berufswahlbeschränkung vorliegt oder lediglich eine Berufsausübungsregelung gegeben ist.

Im Mitbestimmungsurteil führt das BVerfG aus, dass die Berufsfreiheit auch die „Unternehmerfreiheit“ im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen durch Kapitalgesellschaften schütze. Die Regelungen zur Mitbestimmung engten die Vertretungsorgane in der Freiheit ihrer Planung und Entscheidung ein, weil sie im Umfang ihrer Abhängigkeit vom Aufsichtsrat auf den Willen der Arbeitnehmervertreter Rücksicht nehmen müssten. Hierbei handle es sich um eine bloße Berufsausübungsregelung, die durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls getragen sei. Angestrebt werde eine soziale Legitimation der Unternehmensleistung. In Parallelität zur Wertung im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 GG sei der personale Grundzug der Berufsfreiheit bei Kapitalgesellschaften relativiert, die soziale Tragweite der Entscheidungen jedoch gesteigert. Schließlich komme den von den Anteilseignern gewählten Aufsichtsratsmitgliedern das Letztentscheidungsrecht zu, sodass ihr planerischer Einfluss auf die Erwerbstätigkeit gesichert sei¹⁸⁹:

„Angesichts der Größe der dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen fehlt deren Berufsfreiheit weitgehend der personale Grundzug, der den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts ausmacht. Die Grundrechtsträger können die verbürgte Freiheit nur mit Hilfe anderer, der Arbeitnehmer, wahrnehmen, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind [D]ie Regelungen des Gesetzes berühren den personalen Kern des Grundrechts der Berufsfreiheit nur am Rande. Der Einfluß der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat auf die Unternehmensführung ist grundsätzlich kein ausschlaggebender; vielmehr kommt den von den Anteilseignern der Gesellschaft als Unternehmensträger gewählten Aufsichtsratsmitgliedern das Letztentscheidungsrecht zu. Soweit Entscheidungen des Vertretungsorgans von einer Entscheidung des Aufsichtsrats abhängig sind, bleiben diese infolgedessen grundsätzlich solche, die sich auf die Mitglieder der Gesellschaft zurückführen lassen. Demgemäß handelt es sich um eine Einschränkung von geringerer Intensität. Diese ist der Preis der angestrebten Ergänzung der ökonomischen durch eine soziale Legitimation der Unternehmensleitung in größeren Unternehmen, der Kooperation und Integration aller im Unternehmen tätigen Kräfte, deren Kapitaleinsatz und Arbeit Voraussetzung der Existenz und der Wirksamkeit des Unternehmens ist.“

4. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

Die Koalitionsfreiheit wird von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt. Sie soll einen von staatlicher Rechtssetzung freien Raum garantieren, in dem frei gebil-

¹⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (362 ff.).

dete Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen das Arbeitsleben selbständig ordnen. Über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme, bestimmen¹⁹⁰. Die Koalitionsfreiheit gewährleistet die Freiheit des Zusammenschlusses zur Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks. Elemente der Gewährleistung sind die Gründungs- und Beitrittsfreiheit, die Freiheit des Austritts und des Fernbleibens sowie der Schutz der Koalition in ihrer Funktion als solcher. Letzteres schließt das Recht ein, in ihrer Gesamtstruktur vom Gegner unabhängig zu sein, um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten¹⁹¹. Die Koalitionsfreiheit bedarf von vornherein der gesetzlichen Ausgestaltung, insbesondere dort, wo die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit oder die Freiheit verschiedener Koalitionen kollidieren¹⁹². Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.

Das BVerfG stellte im Mitbestimmungsurteil fest, dass eine Beeinträchtigung der individuellen Koalitionsfreiheit, also der Freiheit, Koalitionen zu bilden oder ihnen fernzubleiben, nicht durch die Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter betroffen sei. Die Beitritts- und Austrittsfreiheit schütze nur das Verhältnis des Mitglieds zur Vereinigung, nicht aber den internen Willensbildungsprozess. Dieser sei allein vom Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG erfasst¹⁹³.

Des Weiteren schließe die Koalitionsfreiheit weitere Formen der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht aus, es gebe insoweit kein Ausschließlichkeitsprivileg für das Tarifsysteem¹⁹⁴:

„Als Freiheitsrecht will Art. 9 Abs. 3 GG in dem von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, daß die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen. Daß dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, zumal eine solche Lösung auf eine Einschränkung der gewährleisteten Freiheit hinausliefe. Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Art. 9 Abs. 3 GG geht, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsysteem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wengleich sie Konflikte und deren Aus-

¹⁹⁰ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (367).

¹⁹¹ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (373).

¹⁹² BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (368); BVerfG, Beschluss vom 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (228).

¹⁹³ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (370).

¹⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (371 ff.).

tragung nicht ausschließen. Auch der zweite Weg vermag namentlich der Aufgabe der Befriedung gerecht zu werden.“

Schließlich liege auch kein unverhältnismäßiger Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit vor. Zwar sei das Recht der Arbeitgeberkoalition auf Gegnerunabhängigkeit durch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat betroffen, weil die vom Unternehmen in die Arbeitgebervereinigung entsandten Vorstandsmitglieder im Umfang ihrer Abhängigkeit vom mitbestimmten Aufsichtsrat geneigt sein könnten, sich nicht allein an den Interessen des Unternehmens und damit letztlich den Anteilseignern zu orientieren. Dies gelte insbesondere für den Arbeitsdirektor. Hierbei handele es sich jedoch letztlich um einen verhältnismäßigen Eingriff, da die entsandten Vorstandsmitglieder rechtlich auf die Wahrung allein der Interessen des Unternehmens verpflichtet seien und außerdem im Aufsichtsrat, dem die Vorstandsmitglieder verpflichtet seien, ein leichtes Übergewicht der Anteilseignerseite herrsche¹⁹⁵:

„Insofern ist für die verfassungsrechtliche Prüfung grundsätzlich davon auszugehen, daß die Vertreter mitbestimmter Unternehmen in den Arbeitgeberkoalitionen und deren Gremien sich dieser Rechtspflicht gemäß verhalten, die es ihnen verbietet, Interessen der Gegenseite wahrzunehmen; ihr kann ein rechtswidriges Verhalten der Beteiligten nicht zugrunde gelegt werden. Allerdings mag es im Einzelfall zweifelhaft sein, was dieser Rechtspflicht entspricht; auch läßt sich nicht ausschließen, daß die differierenden Auffassungen hierüber durch Anschauungen und Denkweisen bestimmt werden, die durch Werdegang und Lebenserfahrungen der Beteiligten mitgeprägt sind und insoweit entweder der Anteilseigner- oder der Arbeitnehmerseite näherstehen können. Soweit hiernach ein Einfluß der Arbeitnehmer auf die Arbeitgeberkoalitionen in Betracht zu ziehen ist, muß dieser hinter dem unterparitätischen Einfluß der Arbeitnehmer in den Unternehmen zurückbleiben.“

5. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen berufen können, statuiert Art. 3 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 1 GG ist betroffen, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, also eine unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte, oder wenn wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird.

Die Anforderungen an den Differenzierungsgrund zur Rechtfertigung fallen unterschiedlich aus und reichen vom bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁹⁶. Kommt

¹⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 371 (373).

¹⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (388 f.); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth, GG* (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 17, 26 f.

als Maßstab nur das Willkürverbot in Betracht, kann der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG erst festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist. Besteht eine enge Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wird im Einzelnen geprüft, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Zwischen beiden Extremmaßstäben wird den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG genügt, wenn das Gesetz auf hinreichend sachbezogenen, nach Art und Gewicht vertretbaren Gründen beruht¹⁹⁷.

Die Zuordnung von Fällen zu einer eher großzügigen oder einer eher strengen Prüfung ist fließend und hängt von einem Bündel unterschiedlicher Gesichtspunkte ab. Eine eher strenge Prüfung ist vorzunehmen, wenn verschiedene Personengruppen und nicht nur verschiedene Sachverhalte ungleich behandelt werden¹⁹⁸, wenn die fragliche Maßnahme intensiv in den Schutzbereich eines anderen Grundrechts eingreift¹⁹⁹ und wenn sich die Differenzierungskriterien den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen annähern²⁰⁰. Demgegenüber streiten für eine eher großzügige Prüfung die bloße Ungleichbehandlung von Sachverhalten²⁰¹, die Wertungen anderer Rechte und Prinzipien mit Verfassungsrang²⁰², die Nähe zu im Grundgesetz angelegten Differenzierungen²⁰³ sowie komplexe Zusammenhänge, insbesondere solange noch Erfahrungen gesammelt werden müssen²⁰⁴.

Im Mannesmann-Urteil gelangte das BVerfG zu der Erkenntnis, dass die Anwendung unterschiedlicher Mitbestimmungsmodelle auf Konzernobergesellschaften mit Bezug zu einem bestimmten Industriezweig und solchen ohne einen solchen eine Ungleichbehandlung darstellt, bei welcher im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG mittlere Anforderungen an die gewählten Differenzierungsgründe zu stellen

¹⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (388 f.); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 17 ff.

¹⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (388); BVerfG, Beschluss vom 7. 10. 1980 – 1 BvL 50/79 u.a., BVerfGE 55, 72 (89); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 19.

¹⁹⁹ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (391); BVerfG, Beschluss vom 18. 11. 1986 – 1 BvL 29/83 u.a., BVerfGE 74, 9 (24); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 21.

²⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (388); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 19.

²⁰¹ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 20.

²⁰² BVerfG, Beschluss vom 19. 4. 1977 – 1 BvL 17/75, BVerfGE 44, 283 (289 f.); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 22.

²⁰³ BVerfG, Beschluss vom 7. 11. 1979 – 2 BvR 513/74 u.a. – BVerfGE 52, 303 (346); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG (10. Aufl. 2009), Art. 3 RdNr. 23.

²⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (389 f.).

seien²⁰⁵. Das personale Element der Betroffenheit trete bei den in Frage stehenden Kapitalgesellschaften wegen der typischerweise breiten Streuung von Anteilseignern in den Hintergrund. Außerdem könnten die Kapitalgesellschaften durch die Wahl ihrer Aktivitäten Einfluss auf die Differenzierungsmerkmale nehmen. Außerdem stünden den grundrechtlich geschützten Belangen der Unternehmen und Anteilseigner auch solche der Arbeitnehmer gegenüber. Gegen eine bloße Willkürprüfung spreche aber, dass die zurückliegende Geschäftstätigkeit der Disposition der Unternehmen entzogen sei, dass Veränderungen des Unternehmensgegenstand von teils nur schwer und nicht kurzfristig beeinflussbaren Kriterien abhängen und schließlich auch die Grundrechte der Unternehmen nach Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG betroffen seien²⁰⁶. In Anwendung dieses mittleren Prüfungsmaßstabs sei es erforderlich, dass die differenzierende Regelung auf hinreichend sachbezogenen, nach Art und Gewicht vertretbaren Gründen beruhe²⁰⁷.

Einen sachbezogenen Grund für die Anwendung eines besonderen Mitbestimmungsmodells auf Konzernobergesellschaften, etwa nach dem Montan-MitbestErgG, stellt die langjährige praktische Bewährung einer Regelung in einer bestimmten Industriebranche dar²⁰⁸:

„Von der bloßen traditionellen Rechtfertigung ist allerdings der Legitimationsgrund zu unterscheiden, der in der langjährigen praktischen Bewährung einer Regelung liegt ... Aufgrund dessen bildet das Anliegen, die Montan-Mitbestimmung beizubehalten, einen grundsätzlich tragfähigen Differenzierungsgrund ... Der Gesetzgeber durfte auch davon ausgehen, daß die Beibehaltung der Montan-Mitbestimmung zur Bewältigung derjenigen Anpassungsprobleme beitragen werde, die sich gerade in diesem Industriezweig stellen und noch nicht vollständig gelöst sind. Bei Einführung der Montan-Mitbestimmung galt die Montanindustrie noch als Schlüsselindustrie ... Inzwischen haben andere Energieträger und Fertigungsstoffe die Montan-Produktion zum großen Teil ersetzt. Insgesamt ist der Produktionssektor von dem Dienstleistungssektor in den Hintergrund gedrängt worden ... Die Montanindustrie hat aus diesen Gründen viel von ihrer ursprünglichen Sonderstellung eingebüßt. Ihre wirtschaftliche und soziale Bedeutung ist deswegen aber nicht geschwunden. Sie ergibt sich zum einen aus ihrem weiterhin bestehenden Charakter als Grundstoffindustrie, zum anderen aus den schwierigen Anpassungsproblemen, denen gerade sie immer noch ausgesetzt ist. Daher läßt sich die aufgrund der Erfahrung mit der Montan-Mitbestimmung angestellte Prognose des Gesetzgebers nicht beanstanden, daß diese Mitbestimmungsform auch künftig einen Beitrag zur Bewältigung der Montan-Problematik leisten könne. Der erforderliche sachliche Zusammenhang zwischen dem Zweck der Regelung und dem als Mittel gewählten Differenzierungsmerkmal ist dadurch gegeben

²⁰⁵ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (390 ff.).

²⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (391 ff.).

²⁰⁷ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (390).

²⁰⁸ BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (393 ff.).

... Die langjährige Bewährung der Montan-Mitbestimmung kann auch in der noch nicht voll bewältigten Strukturkrise dieses Industriezweiges zu einer sozial verträglichen Lösung beitragen.“

Im Hinblick auf die Eignung zur Bewältigung von Strukturproblemen ist es aus Sicht des BVerfG auch im Lichte der Gleichbehandlung noch sachgerecht, für den Verbleib in einem auf eine bestimmte Industriebranche zugeschnittenen Mitbestimmungsmodell einen niedrigeren Affinitätsgrad anzusetzen wie für den Eintritt. Die Zuordnung zu einem branchenspezifischen Mitbestimmungsmodell erfordert aber auf jeden Fall, dass die hierfür herangezogenen Kriterien auch wirklich geeignet seien, eine tatsächliche Nähe zu dem in Frage stehenden Industriezweig nachzuweisen²⁰⁹:

„Die Sonderform der Montan-Mitbestimmung kann auch in der Ausprägung des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes nur durch solche Merkmale gerechtfertigt werden, die gerade auf die Montanindustrie zutreffen und sie folglich von anderen Industriezweigen unterscheiden. Grundbedingung für die Verfassungsmäßigkeit ihrer Fortgeltung ist daher, daß nur Unternehmen von der Regelung erfaßt werden, die einen ausreichenden Montan-Bezug aufweisen ... Mit einer Höhe von 20% des Umsatzes aller konzernabhängigen Unternehmen erscheint die Wertschöpfungsquote zwar sehr niedrig. In Anbetracht der Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Anliegen der Sicherung der Montan-Mitbestimmung beimessen durfte, ist sie aber als Beleg eines hinreichenden Montan-Bezugs noch vertretbar ... Dagegen hält das Kriterium ..., das bei Nichterfüllung der Wertschöpfungsquote auf die Beschäftigtenzahl bei den montan-mitbestimmten Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen abstellt, einer Prüfung am Gleichheitsgrundsatz nicht stand. In der vom Gesetzgeber gewählten Form ist die Belegschaftsstärke ungeeignet, einen ausreichenden Montan-Bezug ... zu gewährleisten. Zwar bildet die Zahl der Beschäftigten, die in montan-mitbestimmten Konzernunternehmen tätig sind, kein grundsätzlich ungeeignetes Kriterium für die Feststellung des Montan- Bezugs. Doch kann die Wahl einer absoluten Zahl im Unterschied zu einer Prozentzahl wie beim Wertschöpfungskriterium den Grad des Montan-Bezugs nicht hinreichend zum Ausdruck bringen.“

Mit der Mannesmann-Entscheidung hat das BVerfG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 Abs. 1 GG konkretisiert. Hiernach bleiben insbesondere branchenspezifische Lösungen zulässig, gerade auch im Bereich der Mitbestimmung. Die dann erforderliche Differenzierung darf der Gesetzgeber aber nicht anhand „gegriffener Größen“ vornehmen. Vielmehr müssen die Merkmale, anhand derer die Unternehmen einer branchenspezifischen Sonderlösung unterworfen werden, aussagekräftig für die besondere Nähe des Unternehmens gerade zu der in Frage stehenden Branche.

²⁰⁹

BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367 (395 ff.).

F. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten der Unternehmen auf eine lange Tradition zurückblicken kann, die bis in die Anfänge der Weimarer Republik zurückgehen. Wesentliche Meilensteine nach 1945 waren das Montan-MitbestG, das Montan-MitbestErgG, das BetrVG 1952 sowie das MitbestG 1976.

Das Mitbestimmungs-Urteil des BVerfG aus dem Jahre 1979, welches die Vereinbarkeit des MitbestG 1976 mit dem Grundgesetz bestätigte, markierte einen vorläufigen Schlusspunkt der Entwicklung in Deutschland. Die Ablösung des BetrVG 1952 durch das DrittelbG erschöpfte sich in einer redaktionellen Neufassung ohne wesentliche inhaltliche Änderungen.

Erst die Entwicklungen auf europäischer Ebene, namentlich die Richtlinien über die Mitbestimmung in der SE, der SCE sowie im Falle grenzüberschreitender Verschmelzungen, haben die Debatte über die Zukunft und Fortentwicklung der Mitbestimmung deutscher Prägung wieder entfacht.

Im Kern der Diskussion steht die Notwendigkeit, ein Mitbestimmungssystem zu schaffen, das einerseits flexibler auf die spezifischen Bedürfnisse der Unternehmensverfassung grenzüberschreitend tätiger Konzerne reagieren kann, das andererseits aber auch dem Schutzbedürfnis der Gesamtbelegschaft Rechnung trägt, also die Mitbestimmung nicht nur der inländischen Belegschaft zugute kommen lässt. Ein weiterer Punkt ist die Anwendbarkeit der inländischen Mitbestimmungssysteme auf sogenannte Scheinauslandsgesellschaften, deren Hauptverwaltung im Inland angesiedelt ist, während der für das anwendbare Recht grundsätzlich ausschlaggebende Satzungssitz im EU/EWR-Ausland verbleibt.

Bislang nicht in den Fokus gerückt wurde die Frage der gleichberechtigten Vertretung der Geschlechter in den Aufsichtsräten im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung. Im Gegensatz zur betrieblichen Mitbestimmung findet sich im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung keine zwingende Vorschrift, die Zusammensetzung der Arbeitnehmervertreter am Geschlechterverhältnis der Belegschaft auszurichten. Das DrittelbG beinhaltet wenigstens eine entsprechende Soll-Bestimmung, während die übrigen Mitbestimmungsgesetze sich jeglicher Vorgabe enthalten. Nur bei der Zusammenstellung der *Wahlvorstände* nach den Wahlordnungen zum Montan-MitbestErgG, zum MitbestG 1976 und zum DrittelbG soll dem Geschlechterproporz Rechnung getragen werden. Zwingend ist auch dies freilich nicht.

In ähnlicher Weise erschöpft sich im Rahmen der Mitbestimmung in der SE, der SCE und im Falle grenzüberschreitender Verschmelzungen die Rücksichtnahme auf den Anteil der Geschlechter an der Belegschaft in einer Soll-Vorschrift. Bei Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis

als Arbeitnehmervertreter aus dem Inland gewählt werden. Entsprechendes gilt bei der Entsendung in den Betriebsrat und das Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan, wenn die gesetzliche Auffanglösung greift. Demgegenüber bestehen keine vergleichbaren Vorgaben für den Fall, dass sich das besondere Verhandlungsgremium und die Leitungen der beteiligten Unternehmen im Wege der Vereinbarung über eine eigenständige Form der Mitbestimmung einigen.

Köln, den 8. Juli 2009

(Rolfs)