

MANFRED LÖWISCH

Mitbestimmung auf der Unternehmens- und Betriebsebene – Koordination oder Kumulation?

I. Koordination vor Kumulation – Allgemeine Erwägungen

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Mitbestimmungsurteil für den Status quo des Jahres 1976 eine verfassungswidrige Kumulation von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung *verneint*: Zwar könne deren Zusammenreffen zumindest im Fall der Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) mit der Folge des Interessenausgleichs oder der Aufstellung eines Sozialplans (§ 112 BetrVG) nicht ausgeschlossen werden. Gleichwohl lasse sich von einer Verstärkung des Mitbestimmungspotentials im Sinne einer Kumulation nicht sprechen, weil sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Organen verschiedener Funktionen und verschiedener Verfahren vollziehe. Es sei nicht erkennbar, aus welchem Grund die Verfolgung derselben Belange im Aufsichtsrat und im Betriebsrat das Gewicht der Arbeitnehmerseite vermehren solle, wenn im einen eine leicht unterparitätische, im anderen eine paritätische Mitbestimmung bestehe. Denn dieser Umstand vermöge die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht über dasjenige Maß hinaus zu steigern, das die jeweilige Mitbestimmungsform als solche begründe. Der Einfluss der Arbeitnehmerseite auf das Endergebnis bleibe unverändert.¹

Aber der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil ebenfalls formulierte *Prognosevorbehalt* gilt auch insoweit. Änderungen der Gesetzgebung, wie sie auf der Seite des Betriebsverfassungsrechts durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz vom 23. Juli 2001 erfolgt sind, neuartige tarifvertragliche Regelungen, Änderungen der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorbehalt der Unternehmerfreiheit, eine geänderte Praxis der Betriebsräte und Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite sowie der Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen können zu Verhältnissen führen, in denen sich die These vom unveränderten Einfluss der Arbeitnehmerseite auf das Endergebnis nicht mehr halten lässt und sich dementsprechend die Frage einer verfassungswidrigen Überparität neu stellt. Rechtspolitisch geht für den, der die Unternehmensmitbestimmung aufrechterhalten will, schon aus diesem Grund Koordination im Zweifel vor Kumulation.

¹ BVerfG vom 1.3.1979, EzA § 7 MitbestG Nr. 1 unter C I 1 b.

2. Konsequenzen der europäischen Niederlassungsfreiheit

Seit den Entscheidungen *Überseering*² und *Inspire art*³ steht fest, dass im Ausland wirksam gegründete Kapitalgesellschaften nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Inland als Unternehmensträger eingesetzt werden können mit der Folge, dass nach dem derzeitigen Rechtszustand eine Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf sie ausscheidet. Die angestrebte gesetzliche Sicherung der Unternehmensmitbestimmung auch in diesen Gesellschaften muss sich der durch die Art. 43 ff. EGV geschützten Niederlassungsfreiheit stellen. Um vor dieser gerechtfertigt zu sein, muss sie eine Anwendung in nicht diskriminierender Weise sichern, zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgen, geeignet sein, die Verwirklichung dieses Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.⁴

Was den letzteren Punkt angeht, stellt sich die Frage, ob die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung nicht ausreicht, um den Schutz der Arbeitnehmerinteressen gebührend zu berücksichtigen. Dafür könnte, worauf *Braun* a.a.O. zutreffend hinweist, der Umstand sprechen, dass nach Art. 13 SE-RL die Vorschriften über den europäischen Betriebsrat in der SE dann Anwendung finden, wenn auf Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer keine Mitbestimmung in den Organen der SE eingeführt wird. Die Informations- und Konsultationsrechte des europäischen Betriebsrats werden damit in gewisser Weise als, wenn auch vielleicht nicht vollwertiger, Ersatz für die unternehmerische Organmitbestimmung angesehen, so dass nicht auszuschließen ist, dass der EuGH die Unternehmensmitbestimmung angesichts der Regelungen über die betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkung für nicht erforderlich halten wird. Dies liegt, bezogen auf die deutsche Situation, umso näher, je mehr sich betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung überschneiden. Auch das spricht für die Beschränkung auf eine Koordination von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung und für die Vermeidung der Kumulation.

3. Grundsätze der Corporate Governance

Der deutsche Corporate Governance Kodex⁵ enthält in seinem 5.5. eine ausführliche Regelung über Interessenkonflikte. Die Regelung geht in ihrem ersten Satz von der Selbstverständlichkeit aus, dass jedes Mitglied des Aufsichtsrats dem Unternehmensinteresse verpflichtet ist. Davon sind die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht ausgenommen. Nicht das Gegenmächtsprinzip, sondern die *Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse* prägt deren Stellung. § 4 Abs. 3 Montan-Mitbestimmungs-

² EuGH vom 5.11.2002, NJW 2002, 3614.

³ EuGH vom 30.9.2003, NJW 2003, 3331.

⁴ Siehe zum Folgenden ausführlich *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 173 ff.

⁵ Fassung vom 2.6.2005, abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>.

gesetz legt das ausdrücklich fest, wenn er bestimmt, dass alle Aufsichtsratsmitglieder die gleichen Rechte und Pflichten haben und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind. Im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes und des Drittelbeteiligungsgesetzes gilt nichts anderes, auch wenn dort eine ausdrückliche Regelung fehlt.⁶

In Konsequenz der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse fordert der Kodex die *Offenlegung von Interessenkonflikten* und bestimmt, dass wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds zur Beendigung des Mandats führen sollen. Wenn der Kodex dabei ausdrücklich Interessenkonflikte nennt, die aufgrund einer Beratung oder Organfunktion bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Geschäftspartnern entstehen können, so sind das, wie die Formulierung „insbesondere“ zeigt, nur Beispiele. Der Grundgedanke der tunlichsten Vermeidung von Interessenkonflikten ist ein allgemeiner. Er trifft auch auf das Verhältnis der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite zu den Arbeitnehmerinteressen zu. Diese sind wohl Teil des Unternehmensinteresses, machen aber nicht das ganze Unternehmensinteresse aus. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat müssen auch die anderen Teile des Unternehmensinteresses, insbesondere die Interessen der Anteilseigner und das Gesamtinteresse an der Prosperität des Unternehmens im Auge haben. Schon die Bewältigung dieses, ihrer Rolle als Aufsichtsratsmitglied immanenten, Interessenkonflikts verlangt ihnen viel ab. Sind sie gleichzeitig in die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung eingebunden, steigern deren Gesetzmäßigkeiten den Interessenkonflikt, und zwar umso mehr, je mehr sich betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung überschneiden. Vor allem wird die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats beeinträchtigt, wenn Aufsichtsratsmitglieder bereits an Entscheidungen auf der Ebene der betrieblichen Mitbestimmung mitwirken.⁷ Moderne Corporate Governance ruft deshalb danach, auch auf der personellen Seite eine Kumulation von betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung zu vermeiden.

II. Sich überschneidende Mitbestimmungsmaterien

1. Betriebsänderungen

Zur betrieblichen Mitbestimmung bei Betriebsänderungen nach den §§ 111 ff. BetrVG, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seinen Erwägungen im Mitbestimmungsurteil zugrunde gelegt hat, gehört auch die oft übersehene oder verdrängte Regelung des § 113 Abs. 1 BetrVG, nach der der Unternehmer von einem Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung bei Vorliegen eines zwingenden Grundes ohne weiteres und ohne einen solchen zwingenden Grund um den Preis der Höhe

⁶ Vgl. BGH vom 25.2.1982, BGHZ 83, 106 ff. = AP Nr. 2 zu § 25 MitbestG; *Wissmann*, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts Band III, 2. Aufl. 2000, § 380 Rn 18 und 19.

⁷ Dazu *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR-Schriftenreihe Band 1, 2004, S. 9, 25 ff.

nach begrenzter Abfindungen *abweichen kann*. Diese Regelung ordnet das Letztentscheidungsrecht über unternehmerische, zu Betriebsänderungen führende Maßnahmen dem Unternehmer, d. h. in Kapitalgesellschaften dem Vorstand und, soweit ein entsprechender satzungsmäßiger Vorbehalt besteht, dem Aufsichtsrat zu. Betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung sind auf diese Weise geordnet miteinander verzahnt. Von einer Kumulation beider Mitbestimmungsformen kann in der Tat nicht gesprochen werden. Die unternehmerische Entscheidung bleibt bei den Unternehmensorganen. Die betriebliche Mitbestimmung reduziert sich letztlich auf den sozialen Ausgleich.

In den letzten Jahren ist es nun aber mehrfach zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen über Betriebsänderungen und die aus diesen resultierenden personellen Maßnahmen, insbesondere Kündigungen, gekommen, für die als Rechtsgrundlage nicht § 112 BetrVG, sondern § 88 BetrVG oder auch eine allgemeine ungeschriebene Kompetenz der Betriebsparteien in Anspruch genommen wird. Beispiele sind etwa die zwischen dem Gesamtbetriebsrat und der Unternehmensleitung unter Zustimmung der Tarifvertragsparteien getroffene Vereinbarung Zukunftssicherung 2012 für die Standorte der DaimlerChrysler AG Deutschland aus dem Juli 2004, der „Zukunftsvertrag 2010“ bei Opel aus dem März 2005 und die Betriebsvereinbarung bei Continental aus dem Mai 2005. Erstere schließen betriebsbedingte Beendigungskündigungen bis Ende 2011 bzw. 2010 aus und enthalten zugleich bis ins Einzelne gehende Zusagen der Geschäftsleitung für Investitionsprojekte und Produktentscheidungen an den verschiedenen Standorten. Letzterer schließt um den Preis einer Verlängerung der Wochenarbeitszeit auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich betriebsbedingte Kündigungen für 2006 und 2007 aus.

In Teilen der Literatur werden derartige Betriebsvereinbarungen ohne weiteres für zulässig gehalten.⁸ Würde man dem folgen, ergäbe sich eine Kumulation von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung an einem besonders neuralgischen Punkt des wirtschaftlichen Geschehens in den Unternehmen: Investitions-, Produktions-, Stilllegungs-, Einschränkungs- und Verlegungsentscheidungen unterlägen nicht nur der aufsichtsrätlichen Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite, sondern könnten zugleich im Wege der betrieblichen Mitbestimmung präjudiziert werden. Dass insoweit nur an „freiwillige“ Betriebsvereinbarungen gedacht ist, räumt die Kumulation nicht aus. Denn im betrieblichen Geschehen mit seinen vielfältigen widerstreitenden Interessen von Arbeitgeber und Belegschaft reicht schon die Möglichkeit einer verbindlichen Regelung aus, um durch Ausübung entsprechenden Drucks Bindungen herbeizuführen, zu denen es sonst nicht gekommen wäre. Dies gilt umso mehr, als die Gewerkschaften in Gestalt der Forderung auf Abschluss eines Firmentarifvertrags oder eines unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrags dem Betriebsrat zur Seite treten können.

⁸ Etwa ErfK/*Kania*, 6. Aufl. 2006, §§ 112, 112a BetrVG Rn 9.

Den so bestehenden Konflikt mit der Unternehmensmitbestimmung hat man bislang nicht genügend thematisiert. Wenn ein Unternehmen, wie in der Vereinbarung bei DaimlerChrysler geschehen, folgende Verpflichtung eingeht

„1. Produktentscheidungen

Unter der Voraussetzung, dass die mit dieser Vereinbarung getroffenen Rahmenbedingungen umgesetzt und damit die Einsparungsziele erreicht werden, werden die folgenden Investitionszusagen für die Nachfolgeprodukte an den jeweiligen deutschen Standorten der DCAG gemacht:

(1) MCG

- C-Klasse inkl. der Derivate CL, CLA
- Fertigung und Montage des Motors OM 651
- E-Klasse inkl. aller Derivate

(2) CVD

- Motor BR 500 (HDEP)
- Motor OM 651 (Montage NFZ-Umfänge)
- Motorbaureihe 900
- S3P-Planung für die deutschen Standorte

(3) Niederlassungen

- Standortgarantie für die bestehenden Niederlassungen“,

muss man sich doch fragen, was daneben die Aufsichtsratsbeteiligung der Arbeitnehmer noch bewirken soll. Sie kann nur dazu führen, dass die Parität der Partner solcher Vereinbarungen zu Lasten der Unternehmenseite gestört wird. Damit ist dann eben doch das Problem der Überparität aufgeworfen, welches das BVerfG als nicht gegeben angesehen hat, weil es von der zur Zeit des Mitbestimmungsurteils vorgefundenen und praktizierten Rechtslage ausgegangen ist.

Mir scheint es in diesem Punkt *Aufgabe der Rechtsprechung* zu sein, im Sinne einer koordinierten Verzahnung von betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung am gesetzlich strukturierten Interessenausgleich vorbeifahrenden Nebenwegen der betrieblichen Mitbestimmung über Betriebsänderungen die Anerkennung zu versagen. Jedenfalls sollte, soweit freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG in diesem Bereich anerkannt werden, die Bindungsschranke des § 113 Abs. 1 BetrVG zur Geltung gebracht werden. Der Zweck dieser Bindungsschranke, dem Unternehmer die Entscheidung über die Durchführung einer Betriebsänderung freizuhalten, trifft auf im Zuge einer Betriebsänderung erfolgende Entlassungen unabhängig davon zu, ob deren Regelung nun in einem Interessenausgleich oder in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung getroffen wird.⁹ Die unternehmerische Entscheidung selbst untersteht der Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Dabei muss es sein Bewenden haben.

⁹ Vgl. hierzu näher *Löwisch*, Beschäftigungssicherung als Gegenstand betrieblicher und tariflicher Regelungen und von Arbeitskämpfen, DB 2005, 554, 555 f.

2. Argumentationszwang in wirtschaftlichen Angelegenheiten

Die §§ 106 ff. BetrVG sehen ein umfassendes Informations- und Konsultationsrecht des Wirtschaftsausschusses des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten vor. Es wird durch das Informations- und Konsultationsrecht des Betriebsrats in Fragen der Personalplanung nach § 92 BetrVG ergänzt. Zu einem Mitentscheidungsrecht sind diese Informations- und Konsultationsrechte im Gesetz nicht verdichtet, so dass es zu einer Überschneidung mit Entscheidungskompetenzen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht kommt.

Nun hat freilich das Reformgesetz vom 23. Juni 2001 dem Betriebsverfassungsgesetz einen neuen § 92a über die Beschäftigungssicherung eingefügt, nach dem der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen kann, die unter anderem „Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder ihre Vergabe an andere Unternehmen sowie zum Produktions- und Investitionsprogramm“ zum Gegenstand haben können. Diese Vorschläge sind vom Arbeitgeber mit dem Betriebsrat zu beraten. Ihre Ablehnung durch den Arbeitgeber unterliegt einer Begründungspflicht; in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern muss diese Begründung schriftlich erfolgen.

Damit wird die Unternehmerseite einem *doppelten Argumentationszwang* unterworfen. Sie muss Entscheidungen zum Produktions- und Investitionsprogramm und zum Outsourcing nicht nur im Aufsichtsrat begründen, sondern auch gegenüber dem Betriebsrat. Das erschwert die Durchsetzung erheblich, weil die Argumentationslinien aufeinander abgestimmt werden müssen und auf der Arbeitnehmerseite jedes Mitbestimmungsorgan die Einwände des jeweils anderen Organs gegen die Begründungen der Unternehmenseite aufgreifen und aufwerten kann. Im Sinne einer Koordination von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung liegt das nicht.

Ganz gewiss darf das durch § 92a BetrVG begründete *Initiativrecht* des Betriebsrats hinsichtlich des Produktions- und Investitionsprogramms und hinsichtlich der Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen nicht in, auch freiwillige, Betriebsvereinbarungen über diese Fragen münden. Dies würde zu einer eklatanten Kumulation von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung in zentralen unternehmerischen Fragen führen und wiederum die Frage nahe legen, ob die Aufsichtsratsbeteiligung überhaupt noch erforderlich ist, wenn dem Betriebsrat ein Initiativrecht in den für die Arbeitnehmerinteressen relevanten Unternehmensentscheidungen zukommt, das in entsprechende Vereinbarungen mit der Unternehmenseite münden kann.

3. Entscheidung über Ausbildungsplätze

Die Presse hat in den letzten Wochen über Auseinandersetzungen des Gesamtbetriebsrats von DaimlerChrysler mit der Unternehmensleitung über die Zahl der Ausbildungsplätze berichtet. Die Unternehmensleitung wollte diese Zahl proportional zu

den Stellenkürzungen im Übrigen reduzieren. Der Gesamtbetriebsrat lehnte diese Reduzierung ab und organisierte eine innerbetriebliche Demonstration gegen die Pläne der Unternehmensleitung.¹⁰ Letztlich ist es zu einem Kompromiss gekommen.¹¹

Fragt man nach der *betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsgrundlage* für das Vorgehen des Gesamtbetriebsrats, wird man in den Vorschriften der §§ 96 ff. BetrVG über die Berufsbildung nur sehr beschränkt fündig. Das Gesetz sieht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in erster Linie bei der Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen vor (§ 98). Die Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung ist nur insoweit mitbestimmungspflichtig, als der Arbeitgeber Maßnahmen geplant oder durchgeführt hat, die zu einer Änderung der Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer führen (§ 97 Abs. 2). Hinsichtlich des Umfangs der vom Arbeitgeber betriebenen Berufsbildung kennt das Gesetz nur das Recht des Betriebsrats, vom Arbeitgeber die Ermittlung des Berufsbildungsbedarfs zu verlangen und mit ihm Fragen der Berufsbildung der Arbeitnehmer des Betriebs zu beraten und dazu Vorschläge zu machen (§ 96 Abs. 1 Sätze 2 und 3). Einen Einfluss auf die tatsächliche Anzahl der Ausbildungsplätze in Betrieb und Unternehmen sieht das Gesetz nicht vor.

Von der gesetzlichen Lage her gesehen gibt es also keine Kumulation, sondern nur eine Verzahnung von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung auf dem Feld der Berufsausbildung. Das Betriebsverfassungsgesetz beschränkt sich auf die Sorge um die Berufsausbildung der bereits zum Betrieb gehörenden Arbeitnehmer. Dagegen ist die Frage, inwieweit ein Unternehmen Ausbildungsplätze zur Verfügung stellt, eine unternehmerische Entscheidung, die, soweit die Befugnisse des Aufsichtsrats reichen, in die Mitkompetenz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat fällt. Der Fall lehrt aber: Schädlich für eine Koordination von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung ist auch ein *Überschreiten der jeweiligen Kompetenzgrenzen*. Dass sich die Unternehmensleitung mit dem Gesamtbetriebsrat über die Zahl der zur Verfügung zu stellenden Ausbildungsplätze auseinandersetzen muss, hat Auswirkungen auf ihr Gesamtkonzept zur Personalkapazität, mit dem sie dem Aufsichtsrat und damit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gegenüber tritt.

4. Verfahrensabläufe

Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung sind verfahrensrechtlich dort verzahnt, wo Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte von unternehmerischen Entscheidungen abhängen. Beispiele bieten das Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht bei Betriebsänderungen nach den §§ 111 ff. BetrVG und das Mitbestimmungsrecht bei Einrichtungen und Maßnahmen der Berufsbildung für

¹⁰ Siehe dazu den Bericht „Jeder Ausbildungsplatz zählt“ der IG Metall vom 20. Oktober 2005, abrufbar unter <http://www.jugend.igmetall.de/content.ausbildung> (letzter Abruf 12.12.2005).

¹¹ Siehe FAZ vom 13.12.2005, S. 14.

die Arbeitnehmer des Betriebs nach § 97 Abs. 2 BetrVG. Beide Regelungen stellen für die Auslösung der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte auf die „Planung“ des Unternehmens ab. Nach § 111 Satz 1 BetrVG hat der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen zu unterrichten und diese mit dem Betriebsrat zu beraten. Nach § 97 Abs. 2 betrifft das Mitbestimmungsrecht die Durchführung oder Planung von Maßnahmen, in deren Folge sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen. Je nach dem wie man den Begriff der Planung auslegt, greift das betriebliche Mitwirkungs- und Mitbestimmungsverfahren mehr oder weniger in die Verfahrensabläufe des Aufsichtsrats ein und berührt damit auch die von den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ausgeübte unternehmerische Mitbestimmung.

Wenn das BAG in einer freilich 30 Jahre zurückliegenden Entscheidung in Bezug auf den Planungsbegriff in § 111 Satz 1 BetrVG die Auffassung vertreten hat, mit einem formellen Beschluss des Aufsichtsrats über eine Betriebsänderung sei das Planungsstadium in jedem Falle verlassen,¹² berührt das die Entscheidungsvorgänge im Aufsichtsrat beträchtlich. Denn es kann dann schon nicht mehr die Entwicklung des Konzepts und die Beschlussfassung über dieses unbeeinflusst von der betrieblichen Mitbestimmung allein unter Beachtung der Unternehmensmitbestimmung erfolgen. Vielmehr muss die Auseinandersetzung gleichzeitig mit beiden Trägern der Mitbestimmung geführt werden.

Richtig im Sinne einer Koordination von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung kann nur sein, dass das von § 111 Satz 1 BetrVG gemeinte Planungsstadium erst einsetzt, wenn das Unternehmen den *prinzipiellen Entschluss* zur Vornahme einer Betriebsänderung gefasst hat. Dem Betriebsrat kann nicht mehr als eine Einwirkungsmöglichkeit auf die endgültige Entscheidung des Unternehmens und dabei insbesondere auf die Festlegung der Modalitäten der Betriebsänderung eingeräumt werden.¹³ Entsprechendes muss für den Planungsbegriff in § 97 Abs. 2 BetrVG gelten. Eine Initiative für Einrichtungen und Maßnahmen der Berufsbildung kann der Betriebsrat erst ergreifen, wenn auf der Unternehmensebene der Entschluss zu betrieblichen Änderungen gefasst ist – vorbehaltlich der zu treffenden Vorkehrungen auf der Seite der Berufsbildung.

¹² BAG vom 14.9.1976, AP Nr. 2 zu § 113 BetrVG 1972. Noch weitergehend *Fitting*, BetrVG, 22. Aufl. 2004, § 111 Rn 108, wonach der Betriebsrat zu unterrichten ist, bevor „andere Gesellschaftsorgane (Aufsichtsrat) um Zustimmung zu der Betriebsänderung ersucht werden.“

¹³ In diesem Sinne BAG vom 20.11.1970, AP Nr. 8 zu § 72 BetrVG und vom 20.11.2001, EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 29, wonach allein der Stilllegungsbeschluss der Gesellschafterversammlung einer Kapitalgesellschaft noch nicht die für die Verletzung der Unterrichtungspflicht vorgesehene Sanktion des § 113 Abs. 3 BetrVG auslöst. Richtig auch *Richardi/Annuß*, BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 111 Rn 147, nach dem der Betriebsrat zu beteiligen ist, „bevor der Unternehmer seinen Plan in die Tat umsetzt.“

III. Personelle Verflechtung

1. Doppelämter in Betriebsrat und Aufsichtsrat

Das Recht des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft kennt eine Inkompatibilitätsvorschrift nur insofern, als nach § 105 Abs. 1 AktG Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglieder, Prokuristen oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigte Handlungsbevollmächtigte sein können. Dementsprechend werden Betriebsratsämter, vor allem solche als Vorsitzende oder stellvertretende Vorsitzende von Betriebsräten, häufig in Personalunion mit Ämtern als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat geführt. Gleiches gilt für die Ämter der Sprecherausschussmitglieder und das Amt des Arbeitnehmervertreterers der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat.

Das ist unter dem Blickwinkel aller drei oben erörterten Erwägungen, die für eine Vermeidung der Kumulation von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung und die Beschränkung auf eine Koordination dieser Mitbestimmungsformen sprechen, problematisch: Zunächst liegt auf der Hand, dass die gleichzeitige Funktion als Betriebsratsmitglied oder gar -vorsitzender und Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmerseite dem Inhaber der Ämter eine beträchtliche Machtfülle gegenüber der anderen Seite einräumt. Standpunkte können deckungsgleich auf der betriebsverfassungsrechtlichen und der Aufsichtsratsebene formuliert und vertreten werden, während auf der anderen Seite erst eine Koordination von Vorstand und Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseignerseite notwendig ist. Lässt sich ein Standpunkt auf der einen Ebene nicht durchsetzen, kann auf der anderen Ebene ein erneuter Versuch gemacht werden. Im Extremfall kann für eine Auffassung, die im Aufsichtsrat durchgesetzt werden soll, eine Aktion auf der betrieblichen Ebene organisiert werden.

Ebenso sinnfällig ist, dass die Personalunion die Zweifel an der Erforderlichkeit einer Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in ausländischen Gesellschaften mit Sitz in Deutschland verstärkt: Läuft die Aufnahme von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat praktisch darauf hinaus, dass Betriebsräte, insbesondere Betriebsratsvorsitzende ein zusätzliches Amt erhalten, liegt die Frage nahe, ob nicht auch ohne dieses zusätzliche Amt eine genügende Vertretung der Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen möglich ist.

Vor allem aber widerspricht eine solche Personalunion dem Anliegen, Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern zu vermeiden. Ein Betriebsratsvorsitzender, der, getrieben von an sich verständlichen Forderungen der Belegschaftsangehörigen auf Sicherung ihrer Arbeitsplätze, in Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen Pläne für Betriebsstilllegungen oder Betriebsverlegungen bekämpft, wird sich schon um seiner Glaubwürdigkeit in der Belegschaft willen von dem eingenommenen Standpunkt nicht einfach befreien können, um wenig später in seiner Rolle als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat allein das übergeordnete Unternehmensinteresse maßgebend sein zu lassen. Gar anzunehmen, er könne in Wahrung seiner Überwa-

chungsfunktion als Aufsichtsratsmitglied Entscheidungen beanstanden, die er als Betriebsratsmitglied mit getroffen hat, wäre lebensfremd.

Eine mögliche Reform des Rechts der Unternehmensmitbestimmung sollte deshalb vorsehen, dass Mitglieder im Aufsichtsrat nicht zugleich Mitglieder im Betriebsrat oder im Sprecherausschuss eines zum mitbestimmten Unternehmen gehörenden Betriebs sein können. Das Recht des Aufsichtsrats würde mit einer solchen Bestimmung im Übrigen nur nachvollziehen, was in anderen gesellschaftlichen Organisationen teils vorgeschrieben, teils üblich ist. Ich verweise etwa auf Bestimmungen des Hochschulrechts, nach denen Mitglieder eines Aufsichtsrats nicht gleichzeitig Mitglieder im Senat oder im Fakultätsrat sein können,¹⁴ oder auf Satzungsbestimmungen, die solche Inkompatibilitäten festlegen.

Ich möchte diesen Punkt noch etwas illustrieren. Ich pflege das Manuskript von Vorträgen, Mitarbeitern zur kritischen Durchsicht zu geben. Die Aufgabe fiel diesmal auf eine junge Referendarin, die eine kluge Juristin ist, deren Geist aber, um Faust zu zitieren, noch nicht wohldressiert in die spanischen Stiefel unserer arbeitsrechtlichen Tabus eingeschnürt ist.¹⁵ Sie hat mir erklärt: „Dass ein Betriebsrat nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied sein kann, ist eigentlich selbstverständlich. Dass das ein Problem sein kann, habe ich erst aus Ihrem Vortrag entnommen.“

An der Einschätzung, dass die Ämter als Betriebsrat und als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer im Grunde inkompatibel sind, kann mich auch der Umstand nicht irre machen, dass die Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats vom 15.2.2005 (2005/162/EG)¹⁶ in Nr. 1b ihrer Anlage II zum Profil der unabhängigen nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder erklärt, Arbeitnehmer dürften dann ausnahmsweise nicht geschäftsführende Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder sein, wenn sie „im Rahmen eines gesetzlich anerkannten Systems der Arbeitnehmervertretung, das einen angemessenen Schutz vor missbräuchlicher Entlassung und sonstiger ungerechter Behandlung bietet, in den Verwaltungs-/Aufsichtsrat gewählt worden sind.“ Dieses Zugeständnis an die Arbeitnehmerseite stellt einen Bruch mit den Grundsätzen dar, welche die Empfehlung zur Unabhängigkeit formuliert hat. Nr. 13.1 der Empfehlung postuliert als Voraussetzung der Unabhängigkeit, dass das Mitglied in keiner „sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft“ steht, „die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.“ Es ist doch ganz unbestreitbar, dass die Rolle als Betriebsrat des Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmerseite vor allem bei Betriebsänderungen in einen solchen Interessenkonflikt führt.

¹⁴ Vgl. etwa § 9 Abs. 3 Satz 1 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg.

¹⁵ *Goethe*, Faust I: „Mein teurer Freund, ich rat' Euch drum, Zuerst Collegium Logicum. Da wird der Geist Euch wohl dressiert, In spanische Stiefel eingeschnürt, Dass er bedächtiger so fortan, Hinschleiche die Gedankenbahn, Und nicht etwa, die Kreuz und Quer, Irrlichteliere hin und her.“

¹⁶ Amtsblatt EU Nr. L 52, S. 51 ff.

Flankiert werden müsste eine solche Regelung freilich durch eine Ergänzung der Bestimmungen über die *Verschwiegenheitspflicht*. Die in § 79 Abs. 1 Satz 4 BetrVG vorgesehene Entbindung der Mitglieder des Betriebsrats von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat müsste eine Entsprechung in § 116 AktG finden, nach der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Rahmen einer angemessenen Information keiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Betriebsrat (und dem Sprecherausschuss) unterliegen. Dies ist ohnehin die bessere Lösung gegenüber einem System, in dem der Informationsfluss vom Aufsichtsrat zum Betriebsrat davon abhängt, ob eine Personalunion zwischen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und Betriebsratsmitgliedern besteht.

2. Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Nach ihrem derzeitigen Stand schalten die verschiedenen Mitbestimmungsgesetze die Betriebsräte in ganz unterschiedlicher Form in die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ein. § 6 Montanmitbestimmungsgesetz bestimmt, dass zwei der vier Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch die Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens gewählt und dem Wahlorgan nach Beratung mit den Gewerkschaften vorgeschlagen werden. Hinsichtlich der zwei weiteren Arbeitnehmervertreter haben zwar die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften das Vorschlagsrecht. Aber auch diese werden von den Mitgliedern der Betriebsräte gewählt und dem Wahlorgan vorgeschlagen. Dem gegenüber sieht das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz für die Konzernaufsichtsräte eine Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmer vor, ohne dass den Betriebsräten auch nur ein Wahlvorschlagsrecht zukäme (vgl. §§ 7 bis 10 des Gesetzes). Das Mitbestimmungsgesetz 1976 verzichtet ebenfalls auf eine Einschaltung der Betriebsräte und beschränkt das Wahlvorschlagsrecht auf die Arbeitnehmer des Betriebes und für die Vertreter von Gewerkschaften auf die Gewerkschaften (vgl. §§ 10 bis 17 des Gesetzes). Das Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 wiederum sieht, wohl in Anlehnung an seine Vorgängerregelung in § 76 Abs. 3 BetrVG 1952, in seinem § 6 ein gleichberechtigtes Wahlvorschlagsrecht der Betriebsräte und der Arbeitnehmer des Betriebes vor.

Diese ohne ersichtlichen Sachgrund unterschiedlichen Regelungen sollten vereinheitlicht werden, und zwar in der Richtung, welche das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz 1976 eingeschlagen haben. Auf die Einschaltung der Betriebsräte in die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu verzichten, trägt zu einer sauberen Trennung von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung in personeller Hinsicht bei und vermeidet damit eine Kumulation, welche die Unternehmensmitbestimmung nur angreifbar macht.

IV. Zusammenfassung in Thesen

1. Eine über den Status quo des Mitbestimmungsurteils aus dem Jahr 1976 signifikant hinausgehende Kumulation von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung stellt die Frage einer verfassungswidrigen Überparität neu.

2. Das Übergreifen der betrieblichen Mitbestimmung in unternehmerische Fragen gefährdet die Bemühungen, die deutsche Unternehmensmitbestimmung gegen die europäische Niederlassungsfreiheit abzusichern, denn es kann dazu führen, aus europäischer Sicht die Unternehmensmitbestimmung als für den Arbeitnehmerschutz nicht mehr erforderlich anzusehen.

3. Die auf die Vermeidung von Interessenkonflikten angelegten Bestimmungen des Corporate Governance Kodex werden konterkariert, wenn Aufsichtsratsmitglieder schon auf der betrieblichen Ebene in unternehmerische Entscheidungen eingebunden sind.

4. Die in letzter Zeit vermehrt anzutreffenden Vereinbarungen zwischen Unternehmensleitungen und Betriebsräten über Investitionsprojekte, Produktprogramme, Standorte und ähnliche unternehmerische Fragen stellen eine Fehlentwicklung dar. Sie greifen in den Bereich der Unternehmerentscheidung ein, für welche die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat gilt. Die Stellung des Betriebsrats bei Betriebsänderungen muss auf die gesetzlichen Formen Interessenausgleich und Sozialplan beschränkt bleiben. Insbesondere darf die Bestimmung des § 113 Abs. 1 BetrVG nicht unterlaufen werden, nach der das Unternehmen von einem Interessenausgleich auch ohne Nachweis eines zwingenden Grundes um den Preis von Abfindungen abweichen kann.

5. Das im neuen § 92a BetrVG über die Beschäftigungssicherung vorgesehene Initiativrecht des Betriebsrats hinsichtlich des Produktions- und Investitionsprogramms und hinsichtlich der Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen darf nicht in Vereinbarungen über diese Fragen münden.

6. Die Entscheidung über die Zahl der Ausbildungsplätze, die ein Unternehmen zur Verfügung stellt, wird von den Beteiligungsrechten des Betriebsrats in Fragen der Berufsbildung nicht erfasst. Sie gehört zum personellen Gesamtkonzept, mit dem die Unternehmensleitung dem Aufsichtsrat und damit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gegenübertritt.

7. Der prinzipielle Entschluss eines Unternehmens zu Betriebsstilllegungen und -änderungen ist eine unternehmerische Entscheidung, die in die Unternehmensorgane gehört und damit der Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat unterliegt. Deshalb kann die in § 111 BetrVG vorgesehene Beteiligung des Betriebsrats an der Planung von Betriebsänderungen erst nach diesem prinzipiellen Entschluss einsetzen mit dem Ziel, bei der Realisierung der Entscheidung die Belange der betrieblich betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

8. Eine mögliche Reform des Rechts der Unternehmensmitbestimmung sollte Doppelämter im Aufsichtsrat und im Betriebsrat oder im Sprecherausschuss eines zum

mitbestimmten Unternehmen gehörenden Betriebes ausschließen. Im Gegenzug sollten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Rahmen einer angemessenen Information keiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Betriebsrat (und dem Sprecher-ausschuss) unterliegen.

9. Auf die Einschaltung der Betriebsräte in die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sollte auch in der Montanmitbestimmung und der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 verzichtet werden.