

# Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat – ein falscher Traum?

Von Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Einleitung: Von der Mitbestimmung zur „Einbeziehung“

In einer Festschrift für Bernhard Nagel ist es für einen Arbeitsrechtler geradezu ein „Muß“, über Unternehmensmitbestimmung zu schreiben. Überall findet man dort die Spuren des Jubilars – von einer „problemorientierten Einführung“<sup>1</sup> über die Möglichkeiten zu Vereinbarungslösungen<sup>2</sup> und die Probleme neuer Konzernstrukturen<sup>3</sup> bis hin zur SE, die ihn in den letzten Jahren besonders stark beschäftigt hat.<sup>4</sup> In allerjüngster Zeit ist die Erhaltung der Mitbestimmung bei der grenzüberschreitenden Fusion hinzugekommen.<sup>5</sup> Ausgesprochen oder unausgesprochen steht dabei immer die Perspektive der Parität im Hintergrund – 6 oder 8 oder 10 Kapitalvertretern sollen 6 oder 8 oder 10 Vertreter der Arbeitnehmerseite mit gleichem Stimmrecht gegenüber stehen. Natürlich ist das nicht die Realität; aber wird es nicht eines Tages so weit sein? Die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt.

Schaut man ein wenig über den deutschen Tellerrand hinaus, ist kaum mehr von „Mitbestimmung“ die Rede. Dies liegt nicht an sprachlichen Gründen – „co-determination“, „codétermination“ oder „cogestione“ wären durchaus adäquate Übersetzungen. „Employee Involvement“ ist jedoch das dominierende Stichwort, die Beschäftigten müssen „einbezogen“ werden. Für das „Wie“ gibt es im Euro-Slang und darüber hinaus die Worte „Information und Konsultation“; die Arbeitnehmer oder ihre Vertreter sollen informiert und um ihre Meinung gefragt werden. Wir leben ja (angeblich)

---

<sup>1</sup> Nagel, Unternehmensmitbestimmung. Eine problemorientierte Einführung, Köln 1980

<sup>2</sup> Haslinger/Meurer/Nagel, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, WSI-Mitt. 2003, 257 ff.

<sup>3</sup> Nagel/Riess/Theis, Neue Konzernstrukturen und Mitbestimmung, Baden-Baden 1994

<sup>4</sup> Nagel/Fries/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, München 2005. Von den zahlreichen Aufsätzen seien genannt: Nagel, Verschlechternde Regelungen und Vereinbarungen zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, AuR 2001, 406 ff.; Ders., Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833 ff.; Ders., Ist die Europäische Aktiengesellschaft attraktiv? DB 2004, 1299 ff.; Köklü/Nagel, „Societas Europaea“ und Mitbestimmung, ZESAR 2004, 175 ff.

<sup>5</sup> Nagel, Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97 ff.

in einer so rationalen Welt, dass allein das Argument zählt; die Arbeitnehmer haben so eine gute Chance, auch ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Finanzinvestoren – in die Alltagssprache als „Heuschrecken“ eingegangen – sind aus dieser Sicht so eine Art Betriebsunfall, den man selbstredend kritisieren darf. Die Normalität sind sie nicht. Diese ist weiter durch Anteilseigner und Beschäftigte geprägt, die sich kooperativ über den Kurs des gemeinsamen Bootes verständigen. Die linke, von Marx inspirierte Kritik ist nicht mehr hörbar; man will allenfalls 2 cm mehr Platz in der gemeinsamen Veranstaltung – mehr nicht. Derzeit steht freilich stärker die Sorge im Vordergrund, von der zweiten in die dritte Reihe verbannt zu werden.

Offenheit, auch schonungslose Offenheit findet man heute eher bei Personen, die der Arbeitnehmerseite keineswegs verbunden sind. Employee Involvement ändere nichts an den Machtverhältnissen, die Standortentscheidungen würden von der Arbeitnehmerseite nicht einmal mit beeinflusst – so kann man es bei Roger Blanpain lesen.<sup>6</sup> Dies würde zwar seinen Freund Manfred Weiss nicht entmutigen, weiter „more employee involvement“ zu fordern, doch was Blanpain davon wirklich hält, wird in den vorangehenden Sätzen deutlich, wo er (zutreffend) darauf hinweist, mehr Mitbestimmung würde Einstimmigkeit unter den 25 Regierungen der EG-Staaten voraussetzen.<sup>7</sup> Der Wind bläst den Mitbestimmungsfreunden ins Gesicht.

In dieser Situation gibt es zwei verschiedene Verhaltensweisen. Man kann im Schützengraben verharren, viel Papier beschreiben und notfalls die vorderste Linie aufgeben. Man hätte hierfür z.B. in Thomas Raiser einen Verbündeten, der in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag 2006 nur die Montanmitbestimmung abschaffen, die Mitbestimmung 1976 und die Drittelbeteiligung aber beibehalten will – freilich ergänzt um den sinnvollen Vorschlag, dass ähnlich wie bei der SE und beim Europäischen Betriebsrat ein Verhandlungsprozess vorgesehen wird, der die Anpassung an die Strukturen und Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmens ermöglicht.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Globalisation of the Economy and Involvement of Employees, in: Höland/Hohmann-Dennhardt/Schmidt/Seifert, Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt. Employee Involvement in a Globalising World, Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, S. 60

<sup>7</sup> Blanpain, aaO, S. 70

<sup>8</sup> Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. DJT, Stuttgart 2006, mit Thesen und Empfehlungen S. B 111 ff.

Stattdessen kann man auch darüber nachdenken, ob die aktuellen Schwierigkeiten nicht eigentlich mit Konstruktionsfehlern der Unternehmensmitbestimmung zusammenhängen. Kann sie wirklich Arbeitnehmerinteressen in die Entscheidungsprozesse einfließen lassen? Und dies nicht nur in einzelnen Unternehmen, sondern in maßgebenden Teilen der Wirtschaft? Oder geht es letztlich nur darum, das, was sowieso geschieht, durch die Stimmabgabe der Arbeitnehmervertreter zusätzlich zu legitimieren? Ich will – auch vor dem Hintergrund eigener Erfahrungen als Arbeitnehmervertreter in einem Aufsichtsrat – diesen Fragen ein wenig nachgehen, d. h. die Offenheit suchen und nicht das überkommene Gärtchen pflegen.

## **II. Ein Gedankenspiel: Zahlenmäßige Parität im Aufsichtsrat**

Was würde wohl passieren, wenn es wirklich zwei gleichberechtigte Bänke gäbe und die Arbeitnehmerseite mit einem „Nein“ zu bestimmten Umstrukturierungen drohen würde? Es gibt dazu mangels entsprechender Praxis wenig Überlegungen; in der Montanindustrie hat man ja den elften Mann als Zünglein an der Waage, der sich dann schon der „wirtschaftlichen Vernunft“ beugen wird. Doch nehmen wir den Extremfall der Vollparität. Der Arbeitgeberseite stünden mindestens drei Mittel zur Verfügung, wie sie in ihrem Sinne für Ordnung sorgen könnte.

Das erste ist das Sachargument. Ein Vorstandsmitglied hat in der Regel langjährige Management-Erfahrung und verfügt über einen Stab von Mitarbeitern. Das vorgetragene Umstrukturierungskonzept ist komplex, aber es scheint in sich schlüssig zu sein. Alternativen hat man erwogen, aber als „noch schlechter“ verworfen. Die Arbeitnehmerseite hat in der Regel keine Management-Erfahrung und verfügt nicht über einen Stab von Mitarbeitern. Auch ist die Arbeit im Aufsichtsrat eine Nebentätigkeit – mindestens 90 % des individuellen Zeithaushalts werden durch die normalen Aufgaben als Arbeitnehmer oder Betriebsrat bzw. als Gewerkschaftssekretär, Kommunalpolitiker oder Hochschullehrer ausgefüllt. Wie will man da ein ebenso schlüssiges Gegenkonzept entwickeln? Eine neuere Untersuchung hat ergeben, dass es selbst bei den Aufsichtsratsvorsitzenden nicht viel besser aussieht, die ja so gut wie immer von der Anteilseignerseite gestellt werden.<sup>9</sup> Informationen werden nur aus unternehmensinternen Quellen geschöpft, eine Versorgung mit externen Informationen sei praktisch unbekannt.

---

<sup>9</sup> Hierzu und zum Folgenden Ruhwedel/Epstein BB 2003, 161, 166

Man ist im Nebenberuf tätig und entsprechend organisiert man seine Arbeit. Auf diese Weise kann nicht wirklich kontrolliert werden. Der Vorstand wird seine Vorstellungen durchsetzen – untermalt durch einige Powerpoint-Präsentationen, die den schwer widerlegbaren Eindruck vermitteln, die Zuhörer hätten alles verstanden und wirkliche Alternativen gebe es nicht.

Doch was würde geschehen, wenn es einmal anders wäre? Die Arbeitnehmervertreter sehen Schlimmes auf sich zukommen und wollen sich wirklich wehren. Sie haben eine Arbeitsgruppe gebildet und einen Unternehmensberater dazu geholt, der – da wird die Geschichte ein bisschen fiktiv – aus reinem Idealismus mitmacht. In der Realität müsste wohl die Gewerkschaft oder die Hans-Böckler-Stiftung ein ordentliches Honorar übernehmen, aber ausgeschlossen wäre eine solche Unterstützung nicht. Nur: Die Zeit drängt und das Alternativkonzept der Arbeitnehmerseite ist bei weitem noch nicht ausgereift. Man könnte den Beschluss gleichwohl blockieren, doch würde nach heutigem Gesellschaftsrecht dann die Hauptversammlung entscheiden.<sup>10</sup> Gäbe es diese Möglichkeit nicht mehr – und wir unterstellten ja eine volle Parität – so würde der Vorstand die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ins Spiel bringen. Diese haben nun mal nach § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs.1 Satz 1 AktG die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden. Im Streitfall müssen die Aufsichtsratsmitglieder nach § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs.2 Satz 2 AktG beweisen, dass sie nicht schuldhaft gehandelt haben. Ob sie für solche Fälle eine D&O – Versicherung haben, ist zweifelhaft. Auch wenn dies der Fall wäre, würde ein „Selbstbehalt“ von vielleicht 100 000 oder 200 000 Euro bestehen bleiben. Hand aufs Herz: Wer würde in einem Konfliktfall ernsthaft eine solche Haftung in Kauf nehmen? Der Selbstbehalt mag für Manager mit einem Jahresgehalt zwischen 500 000 und 1 Mio Euro angemessen sein; für Arbeitnehmervertreter hat er Existenz gefährdenden Charakter. Bisher hat dies alles keine Rolle gespielt – aber schließlich leben wir ja auch nicht in einem Land der vollen Parität. Wer „ja“ sagt oder überstimmt wird, hat außerdem kein Haftungsrisiko zu befürchten. Der Ausnahmefall Mannesmann/Vodafone bestätigt die Regel.

Wenn auch die Drohung mit der Haftung nichts bringt, weil die Arbeitnehmervertreter voll abgesichert sind, wird man wohl einen Fachanwalt für Gesellschaftsrecht konsultieren

---

<sup>10</sup> § 111 Abs.4 Satz 3 AktG

müssen. Er wird Hinweise geben, wie man durch Änderung der Unternehmensform dem ganzen Spuk ein Ende bereiten kann. Der Wechsel in eine andere nicht mitbestimmte Rechtsform ist zwar nach dem UmwG möglich, aber meist wegen steuerlicher oder haftungsrechtlicher „Kollateralschäden“ unerwünscht. Einfacher ist da die Schaffung einer nicht mitbestimmten Konzernspitze, die eine Personengesellschaft oder eine Gesellschaft ausländischen Rechts sein kann. Der mitbestimmte Aufsichtsrat hat dann nichts mehr zu sagen. Da schon bei Inkrafttreten des MitbG 1976 viele entsprechende Register gezogen wurden, findet man weitere Beispiele auch in der arbeitsrechtlichen Literatur,<sup>11</sup> doch wird sich der Fachanwalt eher an Formularbüchern und dem orientieren, was als „Erfahrungswissen“ in den einschlägigen Kanzleien vorhanden ist. Selbstredend lässt sich diese dritte Waffe auch präventiv nutzen; der Vorstand kann unbotmäßige Arbeitnehmervertreter auf diese Möglichkeit hinweisen. „Höflicherweise“ wird er nicht drohen, sondern eine „durchaus nicht schöne, aber reale Handlungsoption“ namhaft machen. Die Arbeitnehmerseite weiß dann, dass man ihr jederzeit den Boden unter den Füßen wegziehen kann. Ihr „Mitbestimmungsrecht“ degeneriert zum „Recht auf paritätische Zustimmung“.

Was ist von einer Konzeption zu halten, die nicht einmal im bislang nie erreichten Idealfall reale Einflussmöglichkeiten eröffnet? Die Frage zu stellen, ist kein Mittel, um sich unter den Freunden der Mitbestimmung beliebt zu machen. Ich sehe mich bei einer bestimmten Stiftung, an die ich den größeren Teil meiner Aufsichtsratsantien abführe, schon fast im Zustande des Exkommunizierten. Doch es geht hier nicht darum, die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu reduzieren oder gar abzuschaffen.<sup>12</sup> Vielmehr steht allein eine einigermaßen realistische Einschätzung ihrer Möglichkeiten in Rede. Und da ist es meine durch eigene und viele fremde Erfahrungen bestätigte These, dass es auch bei uns nur „Information und Konsultation“ gibt.<sup>13</sup> Die benutzte Terminologie und die Fixierung auf Institutionen und Zahlenspiele führen zu der völlig unzutreffenden Vorstellung, es könne effektiv mitbestimmt werden. Wir sind hier keineswegs weiter als andere – nur tragen wir die Präsenz im Aufsichtsrat samt Stimmrecht wie eine Monstranz vor uns her und gerieren uns als kleine Mitunternehmer.

---

<sup>11</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 1309 ff.

<sup>12</sup> Der Status einer Führungskraft im Nebenamt und das Recht auf exzellente Verköstigung nach jeder Sitzung soll also nicht in Frage gestellt werden.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch Simitis, Mitbestimmung – Wandel oder Ende? In: Liber amicorum Manfred Weiss (oben Fn 6), S. 220 ff.

Für manche mag dies eine existenznotwendige Lebenslüge sein, in Wahrheit ist es nichts anderes als ein besonders hartnäckiges Vorurteil.

### **III. Information und Konsultation als Teil realer Mitbestimmung?**

Wer die volle Mitbestimmung im Blick hat, wird geneigt sein, „Information und Konsultation“ zu verachten. Dies wäre eine höchst verhängnisvolle Fehlbewertung. Interessenvertretung kann heute nicht mehr nach dem Motto erfolgen: Wenn wir die Brocken hinschmeißen, wird sich schon eine bessere Lösung finden. Vielmehr gibt es immer mehr Arbeitnehmer, die die wirtschaftlichen Zwänge des Arbeitgeberunternehmens nachvollziehen und die nach einer machbaren Alternative verlangen, bevor sie wirklich Protest artikulieren. Ob dies eine gute Entwicklung ist, sei dahingestellt; dass die Beteiligten so denken, lässt sich nicht hinwegdefinieren. Dies mag u. a. damit zusammenhängen, dass für die allermeisten keine gesellschaftspolitische Alternative in Sicht ist; wer sich für sein weiteres Leben in der globalen Marktwirtschaft einrichtet, ist aber gut beraten, ihre Spielregeln in Rechnung stellen. Anders mag dies vor 40 oder 50 Jahren in Teilen der französischen, spanischen und italienischen Gewerkschaftsbewegung gewesen sein: Je zahlreicher die Siege über das Kapital, umso näher kommt der Sozialismus. Bei uns war diese Denkweise nie sehr verbreitet,<sup>14</sup> so dass man sich nicht wundern darf, wenn Belegschaften heute in der Regel nur noch für ein Konzept streiken würden, das mindestens ein Unternehmensberater für gut befinden hat. Umso wichtiger ist es, dass man über das Unternehmen, den Konzern und die Branche exakt Bescheid weiß – und das dafür nötige Wissen erwirbt man außer im Wirtschaftsausschuss eben auch durch „Information und Konsultation“ im Aufsichtsrat. Außerdem hat man in konkreten Konflikten die Möglichkeit, über insistierende Fragen an den Vorstand bzw. die Geschäftsführung näheren Aufschluss zu erhalten. Selbst die verbreitete Ausrede, es handle sich bei einer beabsichtigten Umstrukturierung nur um „Planspiele“, zieht hier nicht; auch Vorüberlegungen gehören zu den „Angelegenheiten der Gesellschaft“, über die die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder nach § 90 Abs.3 AktG informiert werden müssen.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Nicht nur als Episode mag die Tatsache gelten, dass in den siebziger Jahren der Leiter der Abt. Gesellschaftspolitik beim DGB-Bundesvorstand vorübergehend fristlos gekündigt war, weil er gesagt haben sollte: „Die Mitbestimmung ist nur eine Zwischenstufe auf dem Weg zum Sozialismus“. Als er beweisen konnte, dass er es nicht gesagt hatte (die Kollegen sind in solchen Fällen bei ihren Zeugenaussagen meist solidarisch), wurde die Kündigung zurückgenommen, doch meinte der DGB-Vorsitzende Vetter: „Aber Du könntest es gesagt haben.“ Der Betroffene wurde dann alsbald zum Vorstandsmitglied in einer kleineren Gewerkschaft gewählt, die ein wenig anders als die DGB-Führung dachte.

<sup>15</sup> Einzelheiten zum Informationsrecht bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, aaO, Rn 1312 ff.

Wo aber findet die wirkliche Mitbestimmung statt, bei der die Informationen von Nutzen sein könnten? Die gleichberechtigte Einwirkung auf Entscheidungen, die Verhandlungen „auf gleicher Augenhöhe“ (wie man heute sagt), gibt es in drei Formen:

- Zum einen ist da die Mitbestimmung des Betriebsrats, die in der im Prinzip paritätischen Zwangsschlichtung der Einigungsstelle endet. Auf den erfassten Gebieten kann der Betriebsrat in der Regel effektiv Einfluss nehmen, auch wenn die Rechtsprechung bei Einzelfragen nicht immer konsequent erscheint.<sup>16</sup> Allerdings gibt es zwei wichtige Grenzen. Zum einen sind viele wesentliche Fragen der Mitbestimmung entzogen, wozu nicht nur zahlreiche Probleme der Arbeitsorganisation, sondern beispielsweise auch das Outsourcing gehören. Die einzige Einflussmöglichkeit des Betriebsrats besteht hier darin, Kompensationsgeschäfte zu versuchen, also eine Abmilderung der geplanten Maßnahmen durch ein Nachgeben im Bereich echter Mitbestimmung zu erkaufen. Die zweite Grenze ist das, was man den „Globalisierungsvorbehalt“ des ganzen Arbeitsrechts nennen könnte: Die Arbeitgeberseite kann immer häufiger damit drohen, Teile des Produktionsprozesses oder ganze Standorte ins Ausland zu verlagern. Die Verhandlungsmacht des Betriebsrats geht in solchen Fällen gegen null; um das Schlimmste zu verhindern, „verkauft“ er selbstredend Sozialleistungen des Arbeitgebers, aber auch tarifliche Rechte. Entsprechende Erscheinungen gab es zwar schon in den siebziger Jahren, insbesondere in der Textil- und Bekleidungsindustrie,<sup>17</sup> doch sind sie in der Gegenwart zu einer nirgends ausschließbaren Alternative geworden. Das BetrVG enthält keine ausdrücklichen Regeln, was in solchen Situationen geschehen soll. Der Versuch, die Drohung mit Produktionsverlagerung als Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit und als Behinderung der Betriebsratsarbeit zu qualifizieren, hat nur im Einzelfall Erfolg.<sup>18</sup>
- Die zweite Schiene läuft über den Abschluss von Tarifverträgen. Soweit es streikbereite Belegschaften gibt, findet effektive Mitentscheidung statt. Je besser man

---

<sup>16</sup> Dazu Wolter RdA 2006, 137 ff.

<sup>17</sup> Froebel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977

<sup>18</sup> S. den Fall ArbG Leipzig NZA-RR 2003, 142, wo der Arbeitgeber damit drohte, er würde den Betrieb nach Polen verlagern, wenn er die Anwaltskosten des Betriebsrats für zwei Beschlussverfahren tragen müsse. Dies wird vom ArbG Leipzig als Behinderung der Betriebsratsaktivität qualifiziert; dass es überhaupt zu einem solchen Verfahren kam, lässt sich nur damit erklären, dass der Betriebsrat offensichtlich nicht an die Ernstlichkeit der Verlagerungsabsicht glaubte.

die Situation der Arbeitgeberseite kennt, umso mehr lassen sich vorhandene wirtschaftliche Spielräume ausschöpfen. In der Gegenwart ist die Bereitschaft zur Arbeitsniederlegung allerdings stark zurückgegangen. Sie besteht am ehesten bei relativ homogenen Gruppen wie den Ärzten, den Piloten oder den Fluglotsen; die Einheitsgewerkschaft hat versäumt, sich ausreichend um deren Interessen zu kümmern. Ihre eigenen Truppen werden immer schwächer. Bisweilen werden Tarifverträge auf so schandbar niedrigem Niveau abgeschlossen, dass man an tariflich abgeseigneten Lohnwucher denken muss.<sup>19</sup> Dazu kommt auch hier der „Globalisierungsvorbehalt“. Tarifverhandlungen im Schatten einer drohenden Produktionsverlagerung haben nichts mehr mit Mitbestimmung zu tun; hier trifft das Dictum vom „kollektiven Betteln“ völlig zu. Das geltende Tarif- und Arbeitskampfrecht trägt den gewandelten Umständen noch nicht Rechnung; es tut weiter so als würde es diese „Exit-Option“ in Wirklichkeit nicht geben.

- Eine dritte Form der Mitbestimmung liegt in einer Arbeitsniederlegung oder in verdeckten Kampfmaßnahmen, die sich gegen bestimmte Sachentscheidungen der Arbeitgeberseite richten. Sie ist in Deutschland bislang rechtlich nicht anerkannt. Dies kann sich in näherer Zukunft möglicherweise ändern, da die Bundesrepublik vom Ministerkomitee des Europarats mit Zwei-Drittel-Mehrheit gerügt wurde, es sei nicht mit Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta vereinbar, wenn das Streikrecht auf Gewerkschaften und auf tariflich regelbare Ziele beschränkt werde.<sup>20</sup> Das BAG nahm mittlerweile darauf Bezug und kündigte an, seine Rechtsprechung zu überprüfen, wonach immer ein tariflich regelbares Ziel verfolgt werden müsse.<sup>21</sup> Denkbar sind rechtlich anerkannte spontane Protestaktionen insbesondere dort, wo das System der Betriebsverfassung und der Tarifverträge versagt.<sup>22</sup>

Diese drei „Kanäle“ der Mitbestimmung sind nicht etwa der „Unterbau“ für das, was im Aufsichtsrat geschieht. Vielmehr finden hier die wirklichen Auseinandersetzungen statt. Aus dem Aufsichtsrat kann Unterstützung kommen, die Arbeitnehmervertreter haben (im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten) „Zulieferfunktion“ für die Akteure, die effektiv

---

<sup>19</sup> Nachweise bei Däubler, in: Ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn. 58a

<sup>20</sup> Text der Empfehlung in AuR 1998, 154 ff.

<sup>21</sup> BAG NZA 2003, 734, 740; dazu Kohte/Doll ZESAR 2003, 393 ff.

<sup>22</sup> S. die Überlegungen bei Bepler, FS Wissmann, München 2005, S. 111 ff.

mitbestimmen und einen Kompromiss zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erzwingen können.

#### **IV. Der Umgang mit dem Globalisierungsvorbehalt**

Die Praxis vieler Unternehmen ist durch die fortschreitende Globalisierung der Märkte für Waren und Dienstleistungen bestimmt. Zölle und andere Handelshemmnisse haben seit Beginn der neunziger Jahre immer mehr an Bedeutung verloren. Das erleichtert nicht nur den Import und Export; vielmehr besteht die Möglichkeit, in anderen Ländern für den dortigen Markt, aber auch für den Weltmarkt zu produzieren und sich so die Lohnunterschiede zunutze zu machen. Dieser Mechanismus lässt sich bis auf weiteres nicht rückgängig machen, auch wenn man sich natürlich die Frage stellen kann, ob die Gewerkschaften der industrialisierten Länder wirklich gut beraten waren, die Öffnung der (Wirtschafts-)Grenzen mehr oder weniger ohne Vorbehalte zu begrüßen und alles, was „aus Europa“ oder von den GATT-Runden kam, von vorne herein mit einer Art Gütesiegel zu versehen. Heute sind dies abgefahrene Züge; es geht allein darum, das Arbeitsrecht und hier insbesondere die (im obigen Sinne verstandene) Mitbestimmung so weiterzuentwickeln, dass sie auch in Zukunft ihre Funktion erfüllen kann.

##### **1. Abhilfe auf internationaler Ebene?**

Man könnte zunächst daran denken, die globale Marktwirtschaft mit einem ebenso globalen sozialpolitischen Korrektiv zu versehen. An Konzeptionen fehlt es nicht:<sup>23</sup> Die ILO-Übereinkommen erfassen vom Mindestlohn über die Arbeitszeit bis hin zur Koalitionsfreiheit alle wichtigen arbeitsrechtlichen Themen; sie universell zu ratifizieren und auch umzusetzen, würde einen weltweiten Sozialstaat schaffen. Dass dies nicht mehr als eine schöne Rechtsillusion ist, bedarf keiner näheren Begründung. Selbst die fundamentalen Übereinkommen Nr. 87 und 98 zu Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie sind von Brasilien, China, Indien, Mexiko und den USA nicht ratifiziert worden, so dass mehr als die Hälfte aller abhängig Beschäftigten auf der Welt schon formal nicht erfasst sind – ganz abgesehen davon, dass in den Entwicklungsländern ca. 85 % aller Arbeitenden im informellen Sektor tätig sind, wo es keine staatlichen Normen und damit natürlich auch keine Sozialversicherung und kein Arbeitsrecht gibt.<sup>24</sup> Auch die Sozialklauseln in

---

<sup>23</sup> Grundlegend dazu Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford and Portland/Oregon, 2005

<sup>24</sup> Angaben nach Hepple, S. 61 (Übereinkommen Nr. 87 und 98) und S. 16 (informeller Sektor)

Handelsverträgen, wonach Zollpräferenzen dann gewährt werden, wenn einzelne Länder bestimmte elementare Sozialstandards achten, haben bisher so gut wie nichts auszurichten vermocht.<sup>25</sup> Verhaltenskodizes von Unternehmen zeichnen sich durch schöne, unverbindliche Worte aus, die unter glücklichen Umständen dazu führen können, dass besonders grobe Verstöße gegen humane Arbeitsbedingungen in Europa bekannt und umgehend abgestellt werden, weil sie das Image des Konzerns bei Verbrauchern und politischen Entscheidungsträgern beeinträchtigen könnten. Die „corporate social responsibility“ klingt ähnlich viel versprechend wie das Wort von der Unternehmensmitbestimmung, doch ist hier nicht einmal „Information und Konsultation“ zu erwarten.<sup>26</sup> Die Arbeitnehmer können nicht erwarten, dass irgendeine internationale Organisation stellvertretend für sie die Kastanien aus dem Feuer holt; darauf auch nur zu hoffen, würde 150 Jahre Erfahrung der Arbeiterbewegung schlicht ignorieren.<sup>27</sup>

Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig als zu kapitulieren oder das nationale Arbeitsrecht an die neue Situation anzupassen.

## **2. Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung**

Das deutsche System ist nicht anders als z.B. das niederländische bis heute national introvertiert. Die in Deutschland Beschäftigten wählen die Arbeitnehmervertreter in deutschen AGs, GmbHs usw. Beschäftigte in ausländischen Zweigstellen oder Tochtergesellschaften sind nicht einbezogen, obwohl sie von den Entscheidungen der deutschen Konzernspitze in gleicher Weise wie ihre hier tätigen Kollegen betroffen sind. Als Begründung wird häufig das sog. Territorialitätsprinzip bemüht, das es im Gesellschaftsrecht in Wahrheit gar nicht gibt: Niemand würde es wagen, etwa das Stimmrecht in der Hauptversammlung auf in Deutschland wohnende Aktionäre zu beschränken.<sup>28</sup> In Wahrheit geht es darum, die eigenen (scheinbaren oder realen) Wissensvorsprünge und Zugangsrechte zu den Entscheidungsträgern zu bewahren und sie

---

<sup>25</sup> Überblick bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 70c ff.; Einzelheiten bei Herkommer, Die Europäische Sozialklausel. Zollpräferenzen zur Förderung von Kernarbeitsstandards in Entwicklungsländern, Baden-Baden 2004

<sup>26</sup> Überblick bei Kocher RdA 2004, 27 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 1380 ff. Vertiefende Einschätzung bei Arthurs, in: Conaghan u.a., (ed.) Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities, Oxford 2000, p. 478 ff.

<sup>27</sup> Es wäre nötig und Ertrag versprechend, ein sozialwissenschaftliches Projekt über das Verloren-Gehen von Erfahrungen und Erkenntnissen in der Gewerkschafts- und Arbeiterbewegung initiieren, doch wird man vermutlich von keiner Stiftung dafür Mittel bewilligt bekommen.

<sup>28</sup> Wegen der juristischen Diskussion s. schon Däubler RabelsZ 39 (1975) S. 451 ff.

nicht mit ausländischen Interessenvertretern teilen zu müssen. Dafür nimmt man es auch in Kauf, dass man seinerseits keinen Zugang zu ausländischen Konzernspitzen hat, die über Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik verfügen. In einigen wenigen Fällen grenzüberschreitender Zusammenschlüsse (Daimler-Chrysler; Hoechst – Aventis; Europipe) wurden vertragliche Lösungen gewählt, die zu einer Vertretung auch der ausländischen Belegschaften im Aufsichtsrat geführt haben.<sup>29</sup>

In den letzten Jahren ist durch europäische Entwicklungen in dieser Frage Bewegung entstanden. Nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften können nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>30</sup> ihren Verwaltungssitz in Deutschland nehmen, ohne dass sie deshalb dem deutschen Gesellschaftsrecht unterstehen würden. Ähnliches gilt für US-Gesellschaften.<sup>31</sup> Da die Unternehmensmitbestimmung in das deutsche Gesellschaftsrecht eingefügt ist, läuft sie – wenn ein ausländisches Unternehmen die „mitbestimmungspflichtige“ Größe erreichen würde – faktisch leer. Die Diskussion geht deshalb darum, ob es mit der EG-Niederlassungsfreiheit vereinbar wäre, würde man die deutschen Mitbestimmungsregeln auf diese Gesellschaften erstrecken.<sup>32</sup> Vorläufig ist aber nicht mit derartigen Initiativen zu rechnen. Veränderungen gab es demgegenüber durch die Einführung der SE. Hier müssen sich Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite auf eine bestimmte Form von Mitbestimmung einigen, andernfalls tritt ein subsidiäres Modell in Kraft, das sich nach der weitestgehenden Regelung richtet, sofern diese wenigstens 25 % der Gesamtbelegschaft erfasst.<sup>33</sup> Eine ähnliche Regelung ist für die grenzüberschreitende Fusion zweier Unternehmen vorgesehen.<sup>34</sup> Bemerkenswert daran ist weniger der Bestandsschutz der Arbeitnehmervertretung als die Tatsache, dass in dem gewählten oder subsidiär eingreifenden Modell alle konzernabhängigen Arbeitnehmer Wahlrecht haben; zum Aufsichtsrat der Allianz-SE können daher auch Italiener und Franzosen kandidieren und ihre Stimme abgeben. Die Europäisierung der Unternehmen wird insoweit nachvollzogen. Der rechtspolitische Trend geht ersichtlich in diese Richtung – auch wenn es bisher noch keine konkreten Fälle gibt, in denen „Information und Konsultation“ auf dieser Ebene funktionieren würden.

---

<sup>29</sup> Seibt AG 2005, 413

<sup>30</sup> EuGH NJW 1999, 2027 – Centros; EuGH NJW 2002, 3514 – Überseering; EuGH NJW 2003, 3331 – Inspire Art

<sup>31</sup> BGH NJW 2003, 1607

<sup>32</sup> Dazu etwa Thüsing ZIP 2004, 381 ff.

<sup>33</sup> Einzelheiten bei Nagel/Freis/Kleinsorge, aaO (oben Fn 4)

<sup>34</sup> Dazu Heuschmid AuR 2006, 184 ff.

Europäisierung bedeutet nicht Globalisierung. Geht es um die Verlagerung von Aufträgen oder Produktionsstätten nach Indien, China oder Lateinamerika, ist eine europäische Interessenvertretung in keiner anderen Lage als eine nationale. Sie ist ähnlich erpressbar; nur wenn es um unterschiedliche europäische Standorte geht, kann sie möglicherweise intern zu einer gemeinsamen Politik finden, die unter den Bedingungen des Staus quo sehr viel schwerer erreichbar wäre.

### **3. Weiterentwicklung der Betriebsverfassung**

Die Mitbestimmung durch betriebliche Interessenvertretungen hat bisher keine Ausdehnung auf die europäische oder gar die globale Ebene erfahren. Überlegungen Anfang der siebziger Jahre, in der Europäischen Aktiengesellschaft einen Betriebsrat mit Vetorechten zu schaffen,<sup>35</sup> haben sich nicht durchgesetzt. Auch in der Betriebsverfassung ist beim Wahlrecht dasselbe Maß an „Selbstbeschränkung“ wie im Unternehmensbereich zu konstatieren, die Beschäftigten in ausländischen Zweigstellen und Tochtergesellschaften sind nicht im Gesamt- bzw. im Konzernbetriebsrat vertreten. Immerhin wird das eigene Territorium relativ konsequent verteidigt: Will etwa eine ausländische Konzernspitze vorbei an inländischer Geschäftsführung und Betriebsrat per E-Mail die Beschäftigten befragen, so muss sie sich auf eine einstweilige Verfügung gefasst machen, die ein entsprechendes Tun verbietet.<sup>36</sup> Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG hatte in einzelnen Fällen zur Folge, dass internationale Konzerne ihre Informationssysteme verändern und insbesondere dem in Europa üblichen Datenschutz anpassen mussten.<sup>37</sup>

Eine Europäisierung hat jedoch die Information und Konsultation auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene erfahren. Der Europäische Betriebsrat entspricht seinen Aufgaben nach weithin dem Wirtschaftsausschuss, obwohl er anders als dieser als selbstständiges Organ ausgestaltet ist.<sup>38</sup> Die heute bestehenden 600 bis 700 Gremien dieser Art<sup>39</sup> repräsentierten alle im Territorium der EG-Staaten tätigen Belegschaften, doch ist es möglich, auch Vertreter aus Drittstaaten in den EBR aufzunehmen (§ 18 Abs.1 Satz 2 Nr.

---

<sup>35</sup> Dazu Birk ZfA 1974, 47, 63 ff.

<sup>36</sup> S. den Fall LAG Hessen AuR 2002, 33; dazu eingehend U. Fischer AuR 2002, 7 ff..

<sup>37</sup> Beispiel bei Däubler AiB 1997, 258 ff. (mit abgeschlossenem Datenschutzvertrag)

<sup>38</sup> Blanke, Europäisches Betriebsräte-Gesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn 29

<sup>39</sup> Zahlennachweise bei Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2006, Vorbem. EBRG Rn. 22

1 EBRG). VW verfügt über einen „Weltkonzernausschuss“<sup>40</sup>, wobei allerdings die „Welt“ vor den Toren der Volksrepublik China endet. Wie intensiv Information und Konsultation werden und wie viel Nutzen sich für die Belegschaften ergibt, ist heute noch nicht erkennbar; die Verhältnisse dürften von Konzern zu Konzern höchst unterschiedlich sein.

Deutsche Betriebsräte haben das Recht, Kontakte zu ausländischen Interessenvertretungen aufzunehmen. Sie bewegen sich innerhalb ihrer Kompetenzen, wenn sie sich mit Interessenvertretungen aus ausländischen Niederlassungen treffen, mit ihnen telefonieren oder gleich lautende Forderungen absprechen. Nach § 40 BetrVG hat ihnen der Arbeitgeber die dafür notwendigen Mittel einschließlich Dolmetscher zur Verfügung zu stellen,<sup>41</sup> was im Grundsatz mittlerweile auch in der Rechtsprechung anerkannt ist.<sup>42</sup> Von diesen Möglichkeiten wird wenig Gebrauch gemacht, was damit zusammenhängen mag, dass die Sprachbarriere besonders hoch ist und dass der Zeithaushalt eine Konzentration auf das Nötigste erfordert, das sich immer noch im Inland abspielt. Daneben besteht die Möglichkeit, einen Seminarbesuch nach § 37 Abs.6 BetrVG für die Entwicklung von Kontakten mit ausländischen Interessenvertretungen zu nutzen, die beispielsweise ein gewerkschaftlicher Seminarträger auf eigene Kosten eingeladen hat.

#### **4. Weiterentwicklung von Tarifvertrag und Arbeitskampf**

Weltweite Tarifverträge gibt es bislang nur in der Seeschifffahrt. Die ITF hat Musterkollektivverträge entwickelt, die sich auf sog. Billigflaggen- und Zweitregisterschiffe beziehen. Sie fixieren ein Vergütungsniveau, das zwischen dem in den Entwicklungsländern bestehenden und dem der Industriestaaten liegt, und sehen überdies eine Unfall- und Krankenversicherung vor, die üblicherweise im Flaggenstaat und in den Heimatländern der Seeleute nicht existiert. Der Abschluss und die Einhaltung der Verträge werden notfalls durch Hafendarbeiterboykotts erzwungen. Diese sind keine reinen Solidaritätsaktionen, in denen wohlmeinende Individuen und Organisationen das Leiden ihrer Mitmenschen lindern wollen. Vielmehr enthält der Musterkollektivvertrag auch eine Regel, wonach die Schiffsbesatzungen keine Hafendarbeit übernehmen dürfen;

<sup>40</sup> Einzelheiten mitgeteilt in AuR 2002, 343

<sup>41</sup> Bobke AiB 1989, 231 f.; Wedde in: Däubler/Kittner/Klebe, aaO, § 40 Rn 20; Klebe, Festschrift Gnade, Köln 1992, S. 661; im Grundsatz auch Fitting, BetrVG, 23. Aufl., München 2006, § 40 Rn 19; für Erstattung der Kosten erforderlicher Auslandsreisen auch ErfK-Eisemann, 6. Aufl., München 2006, § 40 Rn. 8; GK-Weber § 40 Rn. 35

<sup>42</sup> Für Erstattung von Flugkosten, die beim Treffen mit einem ausländischen Interessenvertreter entstanden sind, ArbG München AiB 1991, 429. Auch Reisekosten nach Brüssel sind zu ersetzen, wenn dort über Fusionspläne des Arbeitgeberunternehmens verhandelt wird (LAG Niedersachsen DB 1993, 1043)

die Arbeitsplätze der Boykottierenden werden auf diese Weise sicherer gemacht.<sup>43</sup> Eigene Interessen der Beschäftigten lagen auch den verschiedenen europaweiten Aktionen im Rahmen des General-Motors-Konzerns zugrunde; es ging um das letztlich erfolgreich bewältigte Ziel, die Opfer in Grenzen zu halten und sie gerecht auf die einzelnen Standorte zu verteilen.<sup>44</sup> Dabei erwies sich der EBR als zentraler Akteur, der mit gewerkschaftlicher Unterstützung die Aktionen koordinierte.

Was lässt sich aus diesen Erfahrungen lernen? Zum einen wird deutlich, dass es erfolgreiche grenzüberschreitende Aktionen geben kann. Sie mögen in der Gegenwart noch selten sein, aber je enger die Welt zusammenwächst, umso kleiner werden die Hindernisse, die dabei zu überwinden sind. Zum zweiten geht es primär darum, die Interessen der Belegschaften in verschiedenen Ländern zu bündeln, nicht um einen karitativen Akt der Unterstützung armer Brüder und Schwestern. Ein derartiges Verhalten zu erwarten, wäre in der Tat problematisch in einer Welt, wo die Werte des individuellen Nutzens dominieren. Zum dritten wird deutlich, dass die rechtlichen Hindernisse für grenzüberschreitende Aktionen sehr viel geringer sind als dies gemeinhin angenommen wird: Niemand kann es den Gewerkschaften verbieten, in Absprache mit ihren Partnerorganisationen zum gleichen Zeitpunkt wie diese für eigene Ziele zu kämpfen. Die deutsche Rechtsprechung hat die Boykottaktionen in der Seeschifffahrt gebilligt<sup>45</sup>, und die Aktionen im GM-Konzern wurden nur deshalb vorübergehend zum Rechtsproblem, weil es keinen offiziellen gewerkschaftlichen Streikaufruf gegeben hatte. Grundsätzlich gebilligt wird auch das Recht, Streikarbeit zu verweigern.<sup>46</sup> Die abweichende Auffassung des LAG Frankfurt/Main (eine Lufthansa-Stewardess hatte in Barcelona Reinigungsarbeiten verweigert, die an sich von streikendem spanischem Bodenpersonal zu erledigen waren<sup>47</sup>) hatte die übrige Rechtsprechung nicht zur Kenntnis genommen; die erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde<sup>48</sup> führte jedoch nicht zu einer Sachentscheidung, da sich die Parteien inzwischen außergerichtlich geeinigt hatten.

---

<sup>43</sup> Einzelheiten bei Däubler, Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag. Probleme des deutschen Arbeitsrechts bei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf Billigflaggenschiffen, Baden-Baden 1997

<sup>44</sup> Nachweise bei DKK-Däubler Vorbem EBRG Rn. 25

<sup>45</sup> BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form und (in weniger vorsichtiger Formulierung) ArbG Bremen NZA-RR 2000, 35

<sup>46</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko Bl. 2; BGH AP Nr. 56 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 2 R; BAG AP Nr. 86 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4

<sup>47</sup> S. den Sachverhalt in LAG Frankfurt/Main v. 14.1.1987 – 2 Sa 1032/86 – AR-Blattei (D) Arbeitskampf VIII Internationales Arbeitsrecht, Entscheidungen I

<sup>48</sup> BAG AP Nr. 33 zu § 72a ArbGG Grundsatz

Sehr viel restriktiver scheinen die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf den Solidaritätsstreik zu sein. Dieser ist schon bei rein nationalen Sachverhalten grundsätzlich unerlaubt,<sup>49</sup> doch wird dann eine Ausnahme gemacht, wenn er sich gegen einen Arbeitgeber richtet, der mit dem Gegner im Hauptkampf wirtschaftlich identisch oder eng mit diesem verflochten ist. Innerhalb eines Konzerns ist „Solidarität“ daher möglich. Genau diese Ausnahme ist bei grenzüberschreitenden Auseinandersetzungen von wesentlicher Bedeutung, da auf dieser Ebene am ehesten mit der Bündelung von Interessen zu rechnen ist. Beachtung verdient auch die These, bei angedrohten Produktionsverlagerungen sei der Solidaritätsstreik über die vom BAG ausdrücklich genannten Ausnahmen hinaus zulässig, da nur so eine paritätische Verhandlungssituation wiederhergestellt werden könne.<sup>50</sup> Praktisch werden diese Fälle selten bleiben, da die Wahrung eigener Interessen bei weitem dominiert.

## **V. Schlussfolgerungen**

Hoffentlich ist deutlich geworden, dass es bei aller Kritik an Mitbestimmungssillusionen nicht darum ging, gegen die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat als solche zu polemisieren. Sie hat ihren Platz in einem Gesamtkonzept, das sich auf die Handlungsformen konzentriert, die wirkliche Mitentscheidung ermöglichen. Dies gilt auch und gerade unter den Bedingungen der Gegenwart, wo die Globalisierung der Arbeitgeberseite zusätzliche Handlungsoptionen eröffnet. Erstaunlich ist, wie viel juristischer Sachverstand und bisweilen sogar Kreativität auf Institutionen verwendet wird, deren Wirkungen über „Information und Konsultation“ nicht hinausgehen, während man erhebliche Schwierigkeiten hat, im gewerkschaftlichen oder gewerkschaftsnahen Kontext vergleichbar vertiefende Überlegungen zu den Feldern realer Mitbestimmung zu finden. Auch das Setzen wissenschaftlicher Prioritäten hat politischen Charakter. Die Neoliberalen werden sich freuen, wenn sich ihre potentiellen Gegenspieler auf einen Nebenkriegsschauplatz konzentrieren.

Dies alles darf allerdings nicht als Fundamentalkritik am Jubilar missverstanden werden: Schon im Jahre 1992 hat er eine neuartiges Konzept grenzüberschreitender

---

<sup>49</sup> BAG DB 1985, 1695, bestätigt in BAG DB 1988, 1270

<sup>50</sup> Preis, Anm. zu BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 73, S. 21; zustimmend Däubler, Das Arbeitsrecht 1, aaO, Rn. 669

Arbeitsbeziehungen vorgelegt.<sup>51</sup> Auf dieser Grundlage weiterzudenken wäre nicht nur ein wissenschaftlich reizvolles Unterfangen, sondern auch ein Beitrag dazu, wieder über die wirklichen Probleme zu reden.

---

<sup>51</sup> Von der *lex mercatoria* zur *lex laboris*. Zur rechtlichen Bewältigung der internationalen Arbeitsbeziehungen, in: Däubler/Bobke/Kehrmann (Hrsg.), *Arbeit und Recht*, Festschrift für Albert Gnade, Köln 1992, S. 711 ff.