

anders sein. Hinzu kommt, dass der nicht auf eigener Entscheidung beruhende Beginn der Arbeit in einer fremden Umgebung häufig zu Friktionen führt, die sehr viel mehr Problemdruck schaffen als beim Arbeitsbeginn eines Stammbeschäftigten. Im Einzelfall kann deshalb ein Leiharbeitnehmer für den BR sogar erheblich mehr Arbeitsaufwand als eine beliebige andere Neueinstellung bringen – die Annahme des BAG erscheint von den Realitäten her wenig plausibel. Gerade vom Sinn des § 9 BetrVG ausgehend müsste man daher die Leiharbeitnehmer mitberücksichtigen. Auch wenn man den Grundsatz „je größer der Betrieb, um so größer der BR“ zusätzlich damit rechtfertigt, dass größere Betriebe typischerweise belastbarer seien, so ergibt sich kein anderes Ergebnis: „Größer“ ist ein Betrieb oder Unternehmen auch dann, wenn die Betriebszwecke nicht ausschließlich mit eigenen, sondern zum Teil auch mit fremden Beschäftigten verfolgt werden.

3. Der unvollständig verarbeitete Diskussionsstand

Die Entstehungsgeschichte des § 7 Satz 2 wie der Zweck des § 9 BetrVG sind von zahlreichen Autoren herangezogen worden, die in der Entscheidung des BAG keine Erwähnung gefunden haben. Für eine Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeitnehmer im Rahmen des § 9 BetrVG haben sich – in alphabetischer Reihenfolge – etwa ausgesprochen *Boemke*⁸, *Brors*⁹, *ErfK-Eisemann*¹⁰, *Etzel*¹¹, *Hamann*¹², *Koch*¹³, *Reichold*¹⁴, *Wolfgang Schneider*¹⁵ und *Ulber*¹⁶. Durch die recht vollständige Auflistung der das BAG stützenden Autoren¹⁷ wird der unzutreffende Eindruck einer „herrschenden Meinung“ in der Lit. erweckt. Dies verschafft der Entscheidung eine nicht gerechtfertigte Legitimität; „Mindermeinungen“ sind allemal weniger gewichtig und deshalb nicht so ganz ernst zu nehmen¹⁸. Auch die Berufung des BAG auf *Hanau* ist keineswegs über jeden Zweifel erhaben, da dieser an der angegebenen Stelle zwar die Einbeziehung der Leiharbeitnehmer in die Betriebsverfassung im Grundsatz kritisiert, dabei jedoch schreibt: „Da die Schwellenwerte des Gesetzes durchweg auf die wahlberechtigten ArbN abstellen, wird sich wohl die Auffassung durchsetzen, dass die länger als drei Monate tätigen Leiharbeitnehmer anzurechnen sind“¹⁹. Auch die eher uneinheitliche Rspr. der Instanzgerichte wird nicht in Bezug genommen²⁰.

4. Zur Neuregelung der Leiharbeit

Angesichts dieser asymmetrischen Wahrnehmung des Diskussionsstandes sollte das BAG die nächste Gelegenheit nutzen, um seine Auffassung noch einmal zu überdenken. Anlass dazu besteht auch deshalb, weil das AÜG mit Wirkung v. 1. 1. 2004 grundlegend umgestaltet wurde. Die Entfristung des Einsatzes im einzelnen Betrieb und der nach dem gesetzlichen Modell bestehende Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Stamm- und Leiharbeitnehmern bei allen wesentlichen Arbeitsbedingungen²¹ machen es immer weniger einsichtig, Leiharbeitnehmer wie eine Art „Zugabe“ zu behandeln, die der BR so nebenbei mitbetreut. Wenn es möglich und durchaus rentabel ist, ganze betriebliche Funktionsbereiche in Leiharbeit zu vergeben²², so stellt sich eher das Problem, ob sich die Ausklammerung aus dem passiven Wahlrecht auf Dauer noch halten lässt. Entsprechende Bedenken werden bereits heute laut, da es unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht unbedingt einsichtig ist, dass zwar ein befristet Beschäftigter mitwählt und die Zahl der regelmäßig befristet Tätigen auch bei der Betriebsgröße berücksichtigt wird, dass dieses aber bei Leiharbeitnehmern nicht der Fall sein soll²³. Wo liegt die Legitimation dafür, einen fünf Jahre im Betrieb tätigen Leiharbeitnehmer von der Wahl in den BR auszuschließen, obwohl sich seine Arbeit nicht anders vollzieht als die der Stammbeschäftigten? Der überkommene Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG mit seinen

engen Voraussetzungen stößt hier an seine Grenzen und behindert die sachgerechte Organisation der betrieblichen Interessenvertretung und damit die Zweckerreichung des BetrVG.

III. Altersteilzeiter in der Freistellungsphase

Bezüglich des Wahlrechts dieser Gruppe kann sich das BAG anders als bei der Leiharbeit auf eine relativ solide Mehrheit in der wissenschaftlichen Diskussion stützen. Gleichwohl sollte auch die Rechtsstellung dieses Personenkreises Anlass sein, über den Arbeitnehmerbegriff nach § 5 BetrVG nachzudenken. Das BAG betont selbst, der Altersteilzeiter sei zwar nicht mehr in die Betriebsorganisation eingegliedert, doch sei die Bindung zum Betrieb „nicht vollständig aufgehoben“²⁴. Im Ausnahmefall kann allerdings auch dies anders sein, wenn etwa nach § 5 Abs. 4 ATZG in geringfügigem Umfang Überstunden geleistet werden. Aber auch im Normalfall kann die Tätigkeit des BR für den Altersteilzeiter von erheblicher Bedeutung sein, wenn es z. B. um Entlohnungsfragen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG geht, wenn der Altersteilzeiter (etwa wegen schwerer Pflichtverletzung) gekündigt werden soll oder wenn er sich im Rahmen einer Beschwerde über die Berechnung seines Arbeitsentgelts oder die Formulierung seines Zeugnisses an den BR wendet. Diesen mitzuwählen hat er genauso viel Anlass wie ein befristet Beschäftigter, dessen Wahlrecht völlig unbestritten ist und der ggf. schon sehr viel früher aus dem Betrieb ausscheiden wird.

Soll die Stelle des Altersteilzeiters nicht neu besetzt werden, reduziert sich ggf. die Zahl der „in der Regel“ im Betrieb Beschäftigten. Dies ist im Rahmen der Grenzwerte nach § 9 BetrVG zu beachten, so dass die Zuerkennung des Wahlrechts gerade hier nicht automatisch zu einer Erhöhung der Betriebsgröße führen wird.

IV. Arbeitnehmer aus Drittunternehmen

Lässt man die Einbeziehung in die Belegschaft nicht schon am fehlenden Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber scheitern, so stellt sich

8 Kommentar zum AÜG, 2002, § 14 Rn. 57.

9 In: Düwell (Hrsg.), Handkommentar zum BetrVG, 2002, § 9 Rn. 3.

10 4. Aufl. 2004, § 9 Rn. 2.

11 Betriebsverfassungsrecht, 8. Aufl. 2002, Rn. 85.

12 In: Schüren, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 109.

13 In: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Aufl. 2002, § 217 Rn. 24a.

14 NZA 2001, 857, 861.

15 In: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Fn. 3, § 7 Rn. 8.

16 Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2002, § 14 AÜG Rn. 49a.

17 Es fehlt soweit ersichtlich nur ein Hinweis auf *Löwisch/Kaiser* a. a. O. sowie auf die nicht näher begründeten Positionen bei *von Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002, S. 150 und bei *Weber/Ehrlich/Hörchens/Oberthür*, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl., Teil B Rn. 32.

18 S. die lesenswerte Glosse von *Horn*, JZ 1983, 719: Schon die Terminologie ist verräterisch; die sprachlich korrektere „Minderheitsmeinung“ würde die Assoziation mit Minderheitenschutz auslösen ...

19 NJW 2001, 2515.

20 S. etwa ArbG *Frankfurt/M.*, AuR 2003, 190.

21 Dazu *Däubler*, KJ 2003, 17 ff.; *Lembke*, BB 2003, 98 ff.; *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521.

22 *Brors*, NZA 2003, 1381.

23 Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG bejaht deshalb *Hamann*, Fn. 12, § 14 Rn. 59; in ähnlichem Sinne *Ulber*, Fn. 16, § 14 Rn. 47b; *Ratayczak*, AiB 1997, 600; *DKK-Trümmer* § 5 Rn. 78a; anders (ohne Problematisierung) *Fitting* u. a., 21. Aufl. 2002, § 8 Rn. 29; *Maschmann*, DB 2001, 2446, 2447. Rechtspolitische Bedenken auch bei *Boemke*, § 14 Rn. 64.

24 Unter II 2 b der Gründe.

das Problem, inwieweit andere als Leiharbeiter „überlassen“ i. S. d. § 7 Satz 2 BetrVG sein können. Auch ohne dass verdeckte Leiharbeit vorliegt, die zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Nr. 1 AÜG führt, sind Fälle denkbar, in denen das Direktionsrecht weitestgehend beim Inhaber des Einsatzbetriebes liegt²⁵, doch hatte das BAG von seinem Ausgangspunkt her keine Veranlassung, sich näher mit diesen Fällen zu befassen.

V. Die unterbliebenen Einstellungen

Dem Arbgeb. ist es unbenommen, ob er seinen Betrieb erweitern will oder nicht. Hält er sich bewusst zurück, wird er dafür im Regelfall (zumindest auch) wirtschaftliche Gründe haben, so dass sich keine spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen Fragen stellen.

Die Situation ist möglicherweise eine andere, wenn der Betriebsinhaber ausdrücklich auf an sich geplante Einstellungen verzichtet und die vorgesehenen Tätigkeiten durch Drittfirmen erledigen oder entfallen lässt, um so erklärtermaßen die Wahl eines (größeren) BR zu verhindern. Das BAG hat im Grundsatz zwar ein solches Verhalten gebilligt (weshalb eine nähere Aufklärung der Vorgänge durch die Vorinstanz überflüssig war), doch erscheint dies alles andere als selbstverständlich. Der Kooperationsmaxime des § 2 Abs. 1 BetrVG entspricht es, dass sich der Arbgeb. auch dann von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen kann, wenn dies für den BR und die von ihm vertretene Belegschaft unangenehm oder nachteilig ist. Ausgeschlossen, da nicht mit der „vertrauensvollen Zusammenarbeit“ vereinbar ist es jedoch, eine Handlung ausschließlich oder vorwie-

gend zu dem Zweck vorzunehmen, die Entfaltungsmöglichkeiten des BR zu beschränken. So muss man sich im konkreten Fall vor Augen führen, welche Wirkung die fragliche Entscheidung des Arbgeb. in der Betriebsöffentlichkeit hat: Der BR und das BetrVG erscheinen als „Schuldige“, dass vier Auszubildende nicht eingestellt werden. Dies ist eine ähnliche „Rufschädigung“ wie die separate Bekanntmachung der Betriebsratskosten, die nach der Rspr. als unzulässige Behinderung zu qualifizieren ist²⁶. Ähnliches gilt für den Fall, dass Sozialleistungen mit dem Argument gekürzt werden, angesichts des „teuren BR“ müsse man an anderer Stelle sparen²⁷. Existenz und Größe des BR dürfen nicht zum Anlass für nachteilige Maßnahmen genommen werden.

VI. Einschätzung

Eine Schwalbe macht noch keinen Sommer und – so könnte man fortfahren – eine Krähe macht noch keinen Winter. Würden künftige BAG-Entscheidungen zur Betriebsverfassung in gleichem Sinne erfolgen, müssten sich die Betriebsräte allerdings sehr warm anziehen. Die Koordinaten wären andere als bisher. Doch für eine Dramatisierung ist es (hoffentlich) zu früh. Bislang bestand jedenfalls kein Anlass, die Rspr. des 7. *Senats* als „einseitig arbeitgeberlastig“ zu qualifizieren.

[Zusammenfassung/Summary auf S. 120]

25 Dazu *Däubler*, AiB 2001, 685.

26 BAG, DB 1996, 431, und BAG, DB 1997, 2440.

27 S. den Fall des ArbG *Rosenheim*, AiB 1989, 83.

Vorstand

Die Belohnung von Vorstandsmitgliedern auf Veranlassung des Aufsichtsrats

Rechtsanwalt Oliver Lange, LL.M. (M&A), Berlin

Derzeit wird beim LG Düsseldorf ein Strafverfahren gegen verschiedene Aufsichtsratsmitglieder durchgeführt, in dem es vor allem um den Vorwurf der Beteiligung an einer Untreue (§ 266 StGB) geht. Der Vorwurf basiert u. a. darauf, dass die Angeklagten als Mitglieder eines für Vorstandsangelegenheiten zuständigen Aufsichtsratsausschusses beschlossen haben sollen, einzelnen Vorstandsmitgliedern erhebliche Geldbeträge aus dem Gesellschaftsvermögen als Belohnung für der Gesellschaft und den Aktionären geleistete Dienste zuzuwenden. Ob dieser Sachverhalt überhaupt eine Pflichtverletzung enthält – die Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Untreue ist – wird kontrovers diskutiert. Dies liegt vor allem daran, dass die Rechtsprechung einen derartigen Fall erstmals entscheidet und das juristische Schrifttum die Fragestellung in der Vergangenheit weitgehend außer Acht gelassen hat. Die Abhandlung erörtert den Sachverhalt unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten, wobei vor allem aufgezeigt wird, welche Schlussfolgerungen aus § 87 Abs. 1 S. 1 AktG zu ziehen sind, wonach der Aufsichtsrat (nachfolgend AR) die Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds so festzusetzen hat, dass sie in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen.

I. Einleitung

Außenstehende kennen die Akten des Düsseldorfer Prozesses gegen AR-Mitglieder¹ des früheren Mannesmann-Konzerns nicht. Welche Rechtsfragen wirklich relevant sind, kann daher nicht zuverlässig beurteilt werden². Fest steht, dass es u. a. um Beteiligung an schwe-

1 Namentlich die Herren *Dr. Josef Ackermann*, Prof. *Dr. Dr. h.c. Joachim Funk*, *Jürgen Ladberg* und *Klaus Zwickel*; weiterhin ist der frühere Vorstandsvorsitzende der Mannesmann AG, *Dr. Klaus Esser*, angeklagt (vgl. statt aller: *Hüffer*, BB 2003, Beilage 7, S. 2).

2 Offensichtlich irrelevant ist allerdings die Frage, ob *Esser* und *Ackermann* die Aktionäre geschädigt haben, worüber sich *Wenger* und *Gerke* in der Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung (FAS) v. 28. 9. 2003 auseinandersetzen. Denn gegenüber den Aktionären haben Vorstands- und AR-Mitglieder keine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB, sondern nur gegenüber der Gesellschaft. Dies bedeutet zum einen, dass selbst ein Schaden der Aktionäre – wie ihn *Wenger* annimmt – für sich betrachtet keine Untreuestrafbarkeit auslösen könnte, solange nicht zumindest auch die Gesellschaft geschädigt ist. Zum anderen würde aber auch ein Nutzen der Aktionäre – wie ihn *Gerke* sieht – die Untreuestrafbarkeit nicht ohne weiteres verhindern, wenn die Gesellschaft einen Vermögensschaden erlitten hat (ebenso *Binz*, BB 2003, 1).