

*Viertes Kapitel***Kündigungsschutz**

I. Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer mit Aufsichtsratsmandat im Hinblick auf die Kopplung von Aufsichtsratsstellung und Arbeitnehmereigenschaft	187
1. Problemeinführung: Kopplungsvorschriften der §§ 24 I MitbestG, 10 n MitbestErgG	187
2. Geltung der Kopplungsregelung nach §§ 24 I MitbestG, 10 n MitbestErgG für alle Arbeitnehmer mit Aufsichtsratsmandat	192
3. Arbeitsrechtliche Lösungen	195
II. Kündigungsschutz nach dem Vorbild der §§ 15 I KSchG, 103 BetrVG	197
1. Extensive Auslegung der §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG	197
2. Analoge Anwendung der §§ 15 I KSchG, 103 BetrVG	201
a) Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes	201
aa) Fehlende Gesetzgebungsaktivität	201
bb) „Beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers?	203
cc) „Regelungstechnisches Versehen“ des Gesetzgebers?	204
b) Vergleich von Betriebsratsamt und Aufsichtsratsamt der Arbeitnehmer	207
aa) Grundgedanken des § 15 I KSchG	207
bb) Bedeutung und Schutzbedürftigkeit der Ämter	210
c) Formalisiertes Abberufungsverfahren	215
d) Personalunion von Aufsichtsrats- und Betriebsratsamt	216
e) Sonstige weitgehende Angleichung der Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmern im Aufsichtsrat?	217
f) Zusammenfassung	218
III. Amtsspezifischer Kündigungsschutz nach §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG	219
1. Grundlagen eines relativen, amtsbezogenen Kündigungsschutzes nach §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG	219
a) Persönlicher Geltungsbereich der §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG	219
b) Umrisse des amtsbezogenen Kündigungsschutzes nach §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG	222
2. Kündigungen wegen reiner Amtspflichtverletzungen	223
3. Kündigungen aufgrund von Pflichtwidrigkeiten mit Bezug sowohl zur Aufsichtsratsstätigkeit als auch zum Arbeitsverhältnis	226

a) Auswirkung der Amtspflichten auf den Umfang der arbeitsvertraglichen Pflichten.....	226
b) Parallelität von Pflichtverstößen?.....	231
aa) Vorrang des Amtshandelns: Unvereinbarkeit der Pflichten aus Amt und Arbeitsverhältnis?	231
bb) Parallelität contra Entweder-Oder-Prinzip.....	235
cc) Stellungnahme zu beiden Theorien	240
c) Eigener Lösungsansatz: Feststellbarkeit von Handlungsschwerpunkten.	244
aa) Kriterien für die Feststellung des Pflichtwidrigkeitsschwerpunktes.	245
bb) Analyse möglicher Pflichtwidrigkeiten der unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer	249
(1) Weitergabe geheimhaltungsbedürftiger, im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit erlangter Informationen, eventuell verbunden mit unzutreffender Darstellung derselben in der Öffentlichkeit	249
(2) Strafanzeigen gegen Vorstandsmitglieder/Arbeitgeber	254
(3) Unzulässige Formen der Streikteilnahme.....	258
(4) Entfernen vom Arbeitsplatz unter dem bloßen Vorwand erforderlicher Aufsichtsratsstätigkeit.....	261
(5) Vortäuschen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit mit der Folge der Vernachlässigung der Aufsichtsratsaufgaben sowie der Nichterbringung der Arbeitsleistung.....	262
(6) Straftaten zu Lasten des Unternehmens/Arbeitgebers.....	263
(7) Politische Betätigung mit Bezug zum bzw. im Unternehmen.....	265
IV. Auswirkungen des Amtsschutzes nach §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG auf den allgemeinen Kündigungsschutz nach KSchG.....	267
1. Anwendbarkeit des KSchG auf die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer.....	267
2. Kündigungsschutz nach § 1 KSchG unter Berücksichtigung der §§ 26 MitbestG, 78 BetrVG.....	268
3. Anhang: Berücksichtigung der Aufsichtsratsstätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG zu seinen Gunsten	271
V. Schicksal der Aufsichtsratsmitgliedschaft nach Kündigung	275
VI. Zusammenfassung	279

*Fünftes Kapitel***Haftung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat in Anbetracht der Grundsätze
zur Arbeitnehmerhaftungsbeschränkung**

I. Sorgfaltsmaßstab der §§ 116, 93 AktG als Ausgangspunkt.....	280
II. Heranziehung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftungsbeschränkung für die Aufsichtsrats Tätigkeit von Arbeitnehmern	284
III. Gesellschaftsrechtliche Bewertung einer Haftungsbeschränkung zugunsten der Arbeitnehmer mit Aufsichtsratsmandat.....	289
Anhang	293
Literaturverzeichnis	303
Sachwortverzeichnis	314

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen allgemein

AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Ag	Aktiengesellschaft
AG	Arbeitsgericht
AktG	Aktiengesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz 1972
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz 1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
f./ff.	folgende
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmS - OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
Gen	Genossenschaft
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

GO	Geschäftsordnung
GS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestErgG	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 (Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz)
Montan-MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
OLG	Oberlandesgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
StGB	Strafgesetzbuch

Periodisch erscheinende Druckwerke, Zeitschriften und Zeitungen

AuR	Arbeit und Recht
BAG AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BGBI.	Bundesgesetzblatt

BStSozAR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
Die AG	Die Aktiengesellschaft
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GmbHR	GmbH-Rundschau
JZ	Juristen-Zeitung
MitbestGespr.	Das Mitbestimmungsgespräch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit
WM	Wertpapiermitteilungen
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

Zusätzliche spezielle Abkürzungen in den Fußnoten

AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
Anh.	Anhang
ANV	Arbeitnehmersvertreter
AR	Aufsichtsrat
ARM	Aufsichtsratsmitglied/er
ARM der AE	Aufsichtsratsmitglied/er der Anteilseigner

ARM der AN	Aufsichtsratsmitglied/er der Arbeitnehmer
Beschl.	Beschluß
BR	Betriebsrat
BRM	Betriebsratsmitglied/er
BRat	Bundesrat
BTag	Bundestag
BRegierung	Bundesregierung
ebda.	ebenda
Fn.	Fußnote
Großkomm.	Großkommentar
HB	Handbuch
Komm.	Kommentar
Rn.	Randnummer
Urt.	Urteil
VM	Vorstandsmitglied/er
Vorb.	Vorbemerkung

Einleitung

Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

I. Aufgabe und Ziel dieser Arbeit

Die Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten größerer Kapitalgesellschaften hat sich zu einem bedeutenden und charakteristischen Element der deutschen Wirtschaft entwickelt, welches nicht nur den Vorstellungen des Gesetzgebers und der Arbeitnehmervereinigungen entspricht, sondern mittlerweile auch in den Unternehmenskreisen weitgehend anerkannt wird.¹ Seit dem Erlass der ersten Mitbestimmungsgesetze in den 50er Jahren, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz von 1951, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz von 1956 sowie den §§ 76ff. Betriebsverfassungsgesetz von 1952 kam es in der juristischen Fachliteratur und in der Wirtschaft nur im Zusammenhang mit dem Erlass des Mitbestimmungsgesetzes 1976 zu einer grundlegenden Debatte über die Verfassungsmäßigkeit der Unternehmensmitbestimmung von Arbeitnehmern, der durch das „Mitbestimmungsur-

¹ Dies bestätigte jüngst wieder das BVerfG in seinem Urteil vom 02. März 1999 zur Verfassungsmäßigkeit bzw. -widrigkeit der §§ 3 II S. 1, 16 MitbestErgG, d. h. Regelungen zur Einbeziehung von Konzernobergesellschaften in die Sonderform der Mitbestimmung nach MitbestErgG, in dem es ausdrücklich die generelle Akzeptanz der Mitbestimmung in Unternehmenskreisen – auch in Form der Montan-Mitbestimmung – feststellte; vgl. z. B. in ZIP 1999, S. 410ff. (416ff.); desgleichen zahlreiche Stimmen in der Literatur, wie z. B. Jula, Die Bildung besonderer Konzernorgane, S. 135: 'Nach empirischen Untersuchungen wird die Effizienz des Unternehmens durch die Mitbestimmung nicht nur nicht beeinträchtigt, vielmehr wird die Handlungsfähigkeit des Unternehmens durch die höhere Akzeptanz der unternehmerischen Entscheidungen in der Belegschaft sowie durch das Vorhandensein anerkannter Konfliktlösungsorgane im allgemeinen sogar erhöht (Ausnahmen im Einzelfall vorbehalten); ebenso Ulmer in Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, 1991, S. 855ff. (855f.); Kübler, Gesellschaftsrecht, § 32, VI. 1. (S. 419): 'Mitbestimmung der AN in Deutschland wird als eine zuweilen zwar lästige, insgesamt aber bewährte Einrichtung akzeptiert, die das eher auf Konflikte angelegte Tarifsysteem durch sozialintegrative Mechanismen ergänzt.'; vgl. i. ü. die Darstellung im Dritten Kapitel, I. 3. e) aa) und dd); *kritisch* allerdings v. Weizsäcker in FAZ v. 27. 06. 1998 „Alle Macht den Aktionären“, der mitbestimmte Unternehmen für weniger effizient und flexibel als Unternehmen ohne Mitbestimmung hält.

teil“ des BVerfG² vom 01. 03. 1979 ein vorläufiger Schlußpunkt gesetzt wurde. Darin erklärte das BVerfG das Mitbestimmungsgesetz für mit dem Grundgesetz vereinbar und stellte zugleich die Prognose auf, daß die Funktionsfähigkeit der deutschen Wirtschaft sowie des geltenden Tarifsystems durch die bestehende Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werde.

Diese Prognose des BVerfG kann bislang als bestätigt gelten.³ Gerichtliche Verfahren seit dem Mitbestimmungsurteil des BVerfG beschäftigten sich weitgehend mit Detailfragen zur Geltung der Mitbestimmungsgesetze sowie zum Umfang der Arbeitnehmermitbestimmung in konkreten Einzelfällen.⁴ Zudem ist die Anzahl der gerichtlich ausgetragenen Streitigkeiten mit mitbestimmungsrechtlichem Bezug bei einer stetig steigenden Zahl mitbestimmter Unternehmen von 1976 bis heute annähernd gleichgeblieben.⁵

Auch in der Literatur ist nach der fast unüberschaubaren Flut von Aufsätzen und Meinungsäußerungen zu mitbestimmungsrechtlichen Themen vor und nach dem Erlaß des MitbestG Stille eingekehrt.⁶ Darin drückt sich einerseits die große Akzeptanz aus, die dem geltenden Mitbestimmungsrecht in rechtswissenschaftlichen Kreisen entgegengebracht wird. Andererseits vermißt der interessierte Leser jedoch aktuelle Beiträge und neue Ansätze zu bestimmten, seit langem diskutierten Problempunkten. Dies verwundert um so mehr, wenn man sich die stürmische Entwicklung der deutschen Wirtschaft seit den 70er Jahren vergegenwärtigt. Heute, an der Schwelle zur Jahrtausendwende, stellen sich Probleme eines Umfanges und einer Art, wie es sie zum Zeitpunkt des Erlasses der Mitbestimmungsgesetze nicht gegeben hat und die zur damaligen

² NJW 1979, S. 699ff.

³ So das BVerfG selbst für die Montan-Mitbestimmung im Urteil vom 02. März 1999 zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 3 II S. 1, 16 MitbestErgG, ZIP 1999, S. 410ff. (416ff.) sowie z. B. Ulmer, ebda., Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, 1991, S. 855.

⁴ Anhang II: Überblick zu Rechtsstreitigkeiten mit mitbestimmungsrechtlichem Bezug.

⁵ Nach den Angaben von Theisen, BB 1981, S. 1858ff. (1858); Die AG 1987, S. 137ff. (138); Die AG 1993, S. 49ff. (50f.); Die AG 1998, S. 153ff. (154) existierten Mitte der 80er Jahre 480 mitbestimmte Unternehmen, Ende 1986 waren es schon 488, Ende 1991 573 und Ende 1992 sogar 709 mitbestimmte Unternehmen (zu letzterem auch der Mitbestimmungsbericht 1992 des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institutes des DGB, AG-Report, Die AG 1994, S. R 114). Die Zahl der veröffentlichten bzw. bekanntgewordenen gerichtlichen Entscheidungen mit mitbestimmungsrechtlichem Bezug lag zwischen 1976 und 1981 bei rund 50, zwischen 1981 und 1986 bei rund 40, zwischen 1986 und 1991 bei 47, zwischen 1991 und 1996 bei rund 50 Urteilen bzw. Beschlüssen.

⁶ So auch die Einschätzungen von Jula, Die Bildung besonderer Konzernorgane, S. 89; Theisen, Die AG 1993, S. 49ff. (50), Die AG 1998, S. 153ff. (154) sowie Ulmer, ebda., S. 855.

Zeit nicht vorhersehbar waren. Die Anforderungen des zukünftigen europäischen Marktes, die fortschreitende Verflechtung von Unternehmen auf nationaler und internationaler Ebene (man denke allein an die jüngsten aufsehenerregenden Unternehmenszusammenführungen Thyssen – Krupp, Daimler-Benz – Chrysler, VW – Rolls Royce⁷) sowie damit verbundene neue Unternehmensbewertungs- und Managementkonzepte, etwa Shareholder Value, Lean Production oder Outsourcing, haben zu wesentlichen Änderungen und Anpassungen im Gesellschafts- und speziell Aktienrecht⁸ geführt.

Daneben erfuhr auch das deutsche Arbeitsrecht durch Gesetzesänderungen bzw. richterliche Rechtsfortbildung zahlreiche Anpassungen oder Veränderungen. Diesbezüglich ist einerseits eine Erweiterung bzw. Verfeinerung der Rechte des Betriebsrates⁹ festzustellen. Andererseits wurde aber auch die Rechtsposition des Arbeitgebers in wesentlichen Fragen verstärkt, so zum Beispiel durch die (inzwischen wieder zurückgenommene¹⁰) Verringerung der

⁷ Zusammenstellung der größten Fusionen im Jahre 1998 mit deutscher Beteiligung in FAZ v. 28. 12. 1998, „Große Fusionen lassen viele neue Unternehmen in Deutschland entstehen.“

⁸ Jüngste aktienrechtliche Änderungsgesetze: 1993/94 Standortsicherungsgesetz, 2. Finanzmarktförderungsgesetz, Umwandlungsbereinigungsgesetz sowie Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts; 1998: 3. Finanzmarktförderungsgesetz und KonTraG; hinsichtlich mitbestimmungsrechtlicher Änderungen: 3. Montan-Mitbestimmungs-Sicherungsgesetz 1988 (hierzu auch das Urteil des BVerfG v. 02. März 1999, ZIP 1999, S. 410ff., siehe Anhang II) sowie Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz 1994; dazu Drittes Kapitel, I. 3. e) bb).

⁹ Z. B. BAG, Beschl. v. 03. 05. 1994, BAGE 76, S. 364ff. = NZA 1995, S. 40ff.: Bejahung eines allgemeinen *Unterlassungsanspruches* des BR aus § 87 I BetrVG gegen Maßnahmen, die die erzwingbaren Mitbestimmungsrechte des BR in den Angelegenheiten des § 87 I BetrVG mißachten; BAG, Beschl. v. 12. 11. 1997, NZA 1998, S. 559f. = BB 1998, S. 1006f. in Fortführung von BAG, Beschl. vom 19. 07. 1995, BAGE 80, S. 296ff. = NZA 1996, S. 332ff.: *Unterlassungsanspruch* des BR gegen nicht ordnungsgemäße Veröffentlichung der Kosten für die BR-Tätigkeit; – zahlreiche Entscheidungen auch zugunsten eines *Mitbestimmungsrechtes des BR nach § 87 BetrVG*, z. B. BAG, Beschl. v. 08. 11. 1994, NZA 1995, S. 857f. = BB 1995, S. 1188f. (§ 87 I Nr. 1: Führung von Krankengesprächen); BAG, Beschl. v. 02. 04. 1996, BB 1996, S. 959 (§ 87 I Nr. 7: Unterbrechung der Bildschirmarbeit); BAG, Beschl. v. 21. 01. 1997, NZA 1997, S. 785ff. = BB 1997, S. 1690f. (§ 87 I Nr. 1: Einführung eines Formulars für Krankenbesuche); mehrfach Präzisierungen der *Kostentragungspflicht des AG nach § 40 I BetrVG*, aus der jüngsten Zeit z. B. BAG, Beschl. v. 24. 01. 1996, NZA 1997, S. 60f. = DB 1996, S. 2355f. (Gesetzestexte für BR); BAG, Beschl. v. 14. 02. 1996, NZA 1996, S. 892ff. = BB 1996, S. 1612ff. (Kosten der anwaltlichen Vertretung im Einigungsstellenverfahren); BAG, Beschl. v. 15. 01. 1997, NZA 1997, S. 781f. = DB 1997, S. 1475f. (Schulung über Mobbing im Betrieb); i. ü. vgl. die entsprechende Kommentierung bei Fitting/Kaiser/Heither/Engels mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

¹⁰ Mit Wirkung vom 01. 10. 1996 wurde durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz eine Höchstdauer für das Verfahren zur Erzielung eines Interessenausgleiches in § 113 III BetrVG (2 Monate) eingeführt; vorher gab es keine zeitliche Beschränkung für den Versuch des Interessenausgleiches; vgl. hierzu z. B. Neef,