



Berlin Center of
Corporate Governance

Modernisierung der Mitbestimmung

Diskussionspapier

Prof. Dr. Axel v. Werder

Berlin, 26. November 2003

Inhalt

Executive Summary

Thesen zur Reform der Mitbestimmung

- A. Einführung
- B. Funktionen des Aufsichtsrats und der Mitbestimmung
- C. Probleme der Mitbestimmung
 - I. Oberflächenbetrachtung versus Tiefenanalyse
 - II. Mitbestimmungsfriktionen
 - 1. Organisationsproblem
 - 2. Qualifikationsproblem
 - 3. Kompromissproblem
 - 4. Klientelproblem
 - 5. Legitimationsproblem
 - 6. Verantwortungsproblem
- D. Analyse der Mitbestimmungsprobleme
- E. Ansätze zur Modernisierung der Mitbestimmung
 - I. Abschaffung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat
 - II. Modifizierung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat
 - III. Absenkung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat
 - IV. Holdingfreistellung von der Mitbestimmung im Aufsichtsrat
 - V. Substitution der Mitbestimmung im Aufsichtsrat
- F. Zusammenfassung und Ausblick

Mitglieder des BCCG-Roundtable

Kontakt

Berlin Center of Corporate Governance
Prof. Dr. Axel v. Werder
Lehrstuhl Organisation und Unternehmensführung
Technische Universität Berlin
Wilmsdorfer Str. 148, Sekr. WIL-B/2-2
D-10585 Berlin
Tel.: 030/314-22 583
Fax: 030/314-21 609
A.Werder@ww.tu-berlin.de
www.bccg.tu-berlin.de

Executive Summary

Die lebhafte Corporate Governance-Debatte der letzten Jahre hat einen zentralen Faktor für die Funktionsfähigkeit der Unternehmensführung bislang weitgehend ausgeblendet – die Unternehmensmitbestimmung durch paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Während die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes seit 1976 praktisch unverändert geblieben sind, haben sich sowohl die ökonomischen Rahmenbedingungen der Unternehmen als auch ihre internen Strukturen im Zuge der Globalisierung gravierend gewandelt. Vor diesem Hintergrund führt die unternehmerische Mitbestimmung heute zu weitreichenden Governancefraktionen, die sich im Einzelnen als Organisations-, Qualifikations-, Kompromiss-, Klientel-, Legitimations- und Verantwortungsproblem kennzeichnen lassen. Diese Probleme bewirken insgesamt eine erhebliche Störung des Prinzips der anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats und damit seiner Überwachungseffizienz. Sie beruhen letztlich darauf, dass den Arbeitnehmervertretern aus systematischen Gründen oft die erforderliche fachliche Qualifikation und persönliche Unabhängigkeit fehlen, um die Aufsichtstätigkeit sachgerecht erfüllen zu können.

Um die Effizienz der Unternehmensführung weiter zu steigern, ist eine Reform der Mitbestimmung dringend geboten. Das vorliegende Papier analysiert mit der Abschaffung, der Modifizierung, der Absenkung, der Holdingfreistellung und der Substitution der Mitbestimmung im Aufsichtsrat fünf grundlegende Ansätze zur Modernisierung und kommt zu dem Ergebnis, dass die Substitutionslösung in Hinblick auf die Überwachungs- und die Partizipationseffizienz wie auch die politischen Realisierungschancen das insgesamt überzeugendste Reformkonzept markiert. Die Unternehmensmitbestimmung sollte danach aus dem Aufsichtsrat herausgelöst und in einem gesonderten Vertretungsorgan der in- und ausländischen Gesamtbelegschaft des Konzerns verankert werden, das als *Konsultationsrat* für die unternehmerischen Angelegenheiten auf Konzernebene zuständig ist und insoweit Informations- und Beratungsrechte mit der Befugnis zur Abgabe formeller Stellungnahmen hat.

Thesen zur Reform der Mitbestimmung

- These 1: Die paritätische Mitbestimmung hat einen Partizipationsnutzen, beeinträchtigt aber in ihrer jetzigen Form in hohem Maße die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats. Infolgedessen besteht akuter Bedarf zur Reform der Unternehmensmitbestimmung.
- These 2: Mitbestimmung fördert (an der Oberfläche) den sozialpartnerschaftlichen Konsens im Unternehmen, da die Vertreter der Arbeitnehmer die spezifischen Belange der Belegschaft in die Formulierung und Verfolgung des Unternehmensinteresses einbringen können. Sie erleichtert ferner tendenziell das Change Management im Inland, indem durch Partizipation Vertrauen und Einsichten in Änderungsnotwendigkeiten gebildet werden.
- These 3: Mitbestimmung verzögert nicht selten unternehmerische Entscheidungen, verhindert sie aber letztlich nur in Ausnahmefällen.
- These 4: Mitbestimmung führt zu erheblichen Störungen des Prinzips der anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats, da Arbeitnehmervertreter aus systematischen Gründen oft nicht über die erforderliche fachliche Qualifikation und persönliche Unabhängigkeit verfügen.
- These 5: Mitbestimmung führt häufig zu ineffizienten Kompromissen und zur Vermengung unternehmerisch-strategischer mit betrieblich-operativen Themen in Paketlösungen.
- These 6: Mitbestimmung hat übergroße Aufsichtsräte zur Folge. Konstruktive und wenn nötig kontroverse Sachdiskussionen komplexer Fragestellungen im Überwachungsorgan werden hierdurch erheblich behindert.

- These 7: Mitbestimmung weist in Unternehmen mit internationaler Belegschaft ein gravierendes Legitimationsproblem auf, das die Partizipationseffizienz grundlegend in Frage stellt. Schon aufgrund dieser Problematik hat sich die Mitbestimmung in ihrer bisherigen Form für internationale Unternehmen überlebt.
- These 8: In Anbetracht der konzeptionellen Brüche und praktischen Effizienzprobleme der Mitbestimmung unter den veränderten Rahmenbedingungen der Globalisierung ist eine Modernisierung des geltenden Mitbestimmungsregimes dringend geboten. Dabei sollte die Mitbestimmung nicht ersatzlos abgeschafft, sondern durch ein effizienteres Modell substituiert werden.
- These 9: Die Unternehmensmitbestimmung ist im Aufsichtsrat falsch platziert. Sie sollte daher aus dem Aufsichtsrat herausgelöst und einem assoziierten *Konsultationsrat* übertragen werden, der – in Ergänzung zu den (nationalen) Gremien der betrieblichen Mitbestimmung – die in- und ausländische Gesamtbelegschaft („Weltbelegschaft“) auf Konzernebene repräsentiert.
- These 10: Der *Konsultationsrat* sollte Informations- und Beratungsrechte einschließlich der Befugnis zur Abgabe formeller Stellungnahmen für unternehmerische Angelegenheiten haben, die zum Überwachungsbereich des Aufsichtsrats zählen. Er ist mit dem Vorstand und Aufsichtsrat informationell zu vernetzen, wobei seine Mitglieder der gleichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen wie Aufsichtsratsmitglieder.

A. Einführung

Unter dem Stichwort Corporate Governance wird seit gut fünf Jahren intensiv diskutiert, wie die Modalitäten der Leitung und Überwachung von Unternehmen effizienter gestaltet werden können. Einen wesentlichen Themenkomplex dieser Diskussion bildet die Steigerung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats, die sich in der Vergangenheit oftmals als unbefriedigend herausgestellt hat. Die Auseinandersetzung mit den Defiziten der Unternehmensaufsicht ist daher grundsätzlich zu begrüßen und wird auch in Zukunft eine wichtige Bedeutung zur Qualitätssicherung der Überwachung haben.

Bemerkenswert ist, dass die Debatte um die Standards guter Aufsichtsratsarbeit bislang – gelegentlich explizit, meist aber implizit – mit der Mitbestimmung einen Faktor weitgehend ausgeblendet hat, der die Effizienz der Überwachung in erheblichem Maße beeinflusst. Die gesetzlichen Vorschriften zur paritätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gelten seit gut 25 Jahren unverändert. In der gleichen Zeit haben sich die internen Strukturen der Unternehmen wie auch ihre ökonomischen Rahmenbedingungen im Zuge der Globalisierung grundlegend gewandelt. Aufgrund dieser Veränderungen ergeben sich aus dem herkömmlichen System der unternehmerischen Mitbestimmung mittlerweile erhebliche Friktionen für die Leitung und Überwachung deutscher Unternehmen. Diese Mitbestimmungsprobleme sind in der Corporate Governance-Diskussion der letzten Jahre allerdings allenfalls sporadisch adressiert worden. In der wissenschaftlichen Literatur findet sich zwar durchaus eine Reihe von Beiträgen, welche die Konsequenzen der Mitbestimmung für die Effizienz der Unternehmensführung zu analysieren suchen. Die Ergebnisse dieser – teils recht theoretisch-abstrakten, teilweise auch empirischen – Studien sind aber zum einen sehr widersprüchlich. Neben Vermutungen prinzipieller Ineffizienz sowie mehr oder weniger belastbaren empirischen Indizien effizienzmindernder Effekte der Mitbestimmung finden sich auch einflussreiche Arbeiten, die – wie etwa der vielzitierte gemeinsame Mitbestimmungsbericht der Bertelsmann Stiftung und der Hans Böckler Stiftung – in ihrem Tenor die Mitbestimmung grundsätzlich positiv bewerten. Zum anderen und insbesondere aber fehlen bislang eingehendere Untersuchungen, welche die in der Praxis tatsächlich auftretenden Probleme der Mitbestimmung näher konkretisieren und auf dieser Grundlage begründete Problemlösungsvorschläge erarbeiten.

Das vorliegende Diskussionspapier soll einen Beitrag zur Schließung der dargelegten Lücke leisten. Seine Kernthese besagt, dass die Unternehmensmitbestimmung nach den in den letzten Jahren vollzogenen Novellierungen der Governanceregeln für deutsche Unternehmen zwar keineswegs den einzig verbleibenden, aber einen zunehmend wichtiger werdenden Ansatzpunkt darstellt, um die Effizienz der Unternehmensüberwachung weiter zu steigern. Ausgehend von der Aufgabenstellung des Aufsichtsrats und den Zwecksetzungen der Mitbestimmung werden zunächst die Probleme herausgearbeitet, welche die herkömmlichen Mitbestimmungsregelungen heute in der Praxis und namentlich in internationalen Unternehmen aufwerfen. Sodann erfolgt eine Analyse, auf welche Ursachen sich diese Probleme zurückführen lassen. Abschließend werden alternative Wege zur Reform der Mitbestimmung aufgezeigt, die dazu beitragen können, die gegenwärtigen Mitbestimmungsprobleme abzubauen.

Das Papier beruht auf den Diskussionen, die der Roundtable des Berlin Center of Corporate Governance (BCCG) in den Jahren 2002 und 2003 auf insgesamt fünf Sitzungen zum Thema *Modernisierung der Mitbestimmung* geführt hat¹.

B. Funktionen des Aufsichtsrats und der Mitbestimmung

Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 (MitbestG 1976), auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren, erfolgt durch eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Eine Analyse der Mitbestimmungskonsequenzen für die Qualität der Unternehmensführung muss daher an den Aufgaben des Aufsichtsrats einerseits sowie an den Zwecken der Mitbestimmung andererseits ansetzen und untersuchen, inwieweit (a) die Aufgabenerfüllung des Überwachungsorgans (positiv oder negativ) tangiert wird und in welchem Maße (b) die Mitbestimmungszwecke erreicht werden.

Der Aufsichtsrat bildet das Überwachungsorgan der Aktiengesellschaft und hat mit der Bestellung, der Beratung und der Kontrolle des Vorstands drei wesentliche Aufgaben. Bei der Erfüllung dieser Aufgaben ist der Aufsichtsrat ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Eine effiziente Wahrnehmung der Überwachungsfunktion

¹ Die Mitglieder des BCCG-Roundtable sind im Anhang aufgeführt.

setzt damit voraus, dass der Aufsichtsrat aufgrund seiner Zusammensetzung und Arbeitsweise in der Lage und willens ist, das Interesse des Unternehmens im Einzelfall zu konkretisieren und zu beurteilen, ob die Leitungsmaßnahmen des Vorstands diesem Unternehmensinteresse dienen.

Die Zwecke der unternehmerischen Mitbestimmung sind vielschichtig und in ersten Ansätzen bereits im 19. Jahrhundert formuliert worden. Sie lassen sich mit einer gewissen Vereinfachung zu zwei Motivbündeln zusammenfassen. Zum einen geht es um die eher allgemein-politischen Funktionen der Mitbestimmung, die sich mit dem Schlagwort von der „Demokratisierung der Wirtschaft“ umreißen lassen und namentlich nach dem Zusammenbruch 1945 eine entscheidende Rolle gespielt haben. Sie waren vor allem die treibende Kraft bei der gesetzlichen Verankerung der Montan-Mitbestimmung und werden im Weiteren ausgeklammert.

Zum anderen beruht die Mitbestimmung auf dem – durchaus betriebswirtschaftlich geläufigen – Gedanken der Partizipation, der wiederum mehrere Facetten aufweist. Im Kern zielt das Partizipationskonzept allerdings auf zwei wesentliche Wirkungen ab, die als Informations- und als Motivationseffekt bezeichnet werden können. Durch die Einbeziehung (von Repräsentanten) der Arbeitnehmer in unternehmerische Entscheidungsprozesse soll danach erstens der Informationsstand – auf Seiten der Führungskräfte wie auf Seiten der Mitarbeiter – verbessert werden. Zweitens soll durch die Reduzierung der reinen Fremdbestimmung die Berücksichtigung der speziellen Arbeitnehmerinteressen gefördert und so die Motivation der Mitarbeiter gesteigert werden.

In Anbetracht der unterschiedlichen Funktionen des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan und der Mitbestimmung als Partizipationsinstitution bietet es sich an, die Effizienzwirkungen der Mitbestimmung differenziert auf zwei Effizienzfeldern zu untersuchen, die bis zu einem gewissen Grade verschiedenartig, aber auch miteinander verwoben sind. Die *Überwachungseffizienz* misst dabei das Ausmaß, in dem Aufsichtsräte ihre Aufgaben unter Geltung des paritätischen Mitbestimmungsregimes im Unternehmensinteresse erfüllen können. Die *Partizipationseffizienz* hingegen stellt darauf ab, inwieweit die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu einer Verbesserung (oder auch Verschlechterung) der Informationsbasis beiträgt (*Informationsaspekt der Partizipation*) und das Engagement der Mitarbeiter des Unternehmens fördert (*Motivationsaspekt der Partizipation*). Während die Mitbestimmungseffekte für die

Motivation der Beschäftigten des Unternehmens die (Produktivität der) Wertschöpfungsaktivitäten primär unterhalb der Ebene der Unternehmensführung beeinflussen², kann der Informationsaspekt der Partizipation (qua Veränderung der Informationsbasis der Aufsichtsratsarbeit) auch unmittelbare Auswirkungen auf die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats haben.

C. Probleme der Mitbestimmung

I. Oberflächenbetrachtung versus Tiefenanalyse

Bei der Beurteilung der Mitbestimmung ist es zweckmäßig, zunächst zwischen einer Oberflächenbetrachtung und einer Tiefenanalyse der Mitbestimmungswirkungen zu differenzieren. Oberflächlich betrachtet führt die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu keinen gravierenden Störungen der Unternehmensführung. Insbesondere zeigt sich in der Praxis, dass Entscheidungen im Aufsichtsrat fast immer im Konsens getroffen werden, Vorhaben des Vorstands also nur äußerst selten am offenen Widerstand der Arbeitnehmervertreter scheitern. Die konsensuale Entscheidungsfindung bewirkt zudem, dass Maßnahmen, die vom Aufsichtsrat mitgetragen werden, reibungsloser im Unternehmen umgesetzt werden können. Die erleichterte Durchsetzung tiefgreifender Veränderungen im Unternehmen kann somit durchaus als ein nicht unbedeutender Aktivposten der Mitbestimmung eingeschätzt werden. Dieser Implementierungsvorteil beim Change Management beruht letztlich auf dem Motivationseffekt der Partizipation. Er erstreckt sich im Kern allerdings nur auf Veränderungsprozesse im Inland, da ausländische Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht repräsentiert und folglich auch – zumindest auf dieser Ebene – nicht eingebunden sind.

Bei einer eingehenderen Analyse der Implikationen der Mitbestimmung für die Unternehmensführung unterhalb der beschriebenen Oberfläche zeigen sich hingegen erhebliche Probleme, welche die Effizienz der gegenwärtigen Mitbestimmungsregelungen namentlich für international tätige Unternehmen nachhaltig in Frage stellen. Diese Friktionen lassen sich zu sechs Problemkreisen gruppieren, die teils stärker die Überwachungseffizienz und teils eher die Partizipationseffizienz betreffen.

² Die Motivation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat selbst bleibt an dieser Stelle außer Betracht. Siehe hierzu näher Abschnitt C. VI. und D.

II. Mitbestimmungsfriktionen

1. Organisationsproblem

Die mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und ihre praktische Umsetzung in den Unternehmen führen im Ergebnis zu übergroßen Überwachungsorganen. Die Aufsichtsräte haben oft – bei Unternehmen mit bis zu 20.000 Arbeitnehmern fakultativ und darüber zwingend – 20 Mitglieder. Hinzu kommen die Mitglieder des Vorstands, die an den Aufsichtsratssitzungen regelmäßig teilnehmen. Solche Größenordnungen können nach aller Erfahrung eine zielführende Gremienarbeit und damit die Überwachungseffizienz insgesamt erheblich behindern.

Neben der Gremiengröße ist ferner die durch die Mitbestimmung induzierte gängige Praxis getrennter Vorbesprechungen der Anteilseigner- und der Arbeitnehmervertreter vor den Sitzungen des Aufsichtsrats organisatorisch problematisch. Auf der einen Seite können so zwar die auf der offiziellen Sitzung anstehenden Fragen jeweils in kleinerem und homogenerem Kreis vordiskutiert werden. Andererseits ist es aber offensichtlich, dass die eigentliche Aufsichtsratssitzung inhaltlich entleert wird, soweit bereits im Vorfeld faktische Festlegungen erfolgen, die in der offiziellen Sitzung nur noch „abgenickt“ werden. Ferner kann auf diese Weise das „Denken in Bänken“ noch verstärkt werden.

2. Qualifikationsproblem

Die Aufgaben des Aufsichtsrats (Bestellung, Beratung und Kontrolle des Vorstands) stellen Qualifikationsanforderungen an die Aufsichtsratsmitglieder, denen die Vertreter der Arbeitnehmer oft nicht gerecht werden und gerecht werden können. Die Arbeitnehmerrepräsentanten im Aufsichtsrat werden von der Belegschaft gewählt, wobei primär interessenpolitische Erwägungen sowie Machtverhältnisse und weniger fachliche Qualifikationsprofile wahlentscheidend sind. Dieser Tatbestand schließt keineswegs aus, dass Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite im Einzelfall durchaus die erforderliche Eignung mitbringen, um ein Aufsichtsratsmandat kompetent auszufüllen. Zudem verfügen die Arbeitnehmervertreter aufgrund ihrer Vertrautheit mit dem Unternehmens- und Betriebsgeschehen naturgemäß über vergleichsweise detaillierte interne Kenntnisse der deutschen Konzerngesellschaften, die für die Aufsichtsarbeit

durchaus von Relevanz sein können (Informationsaspekt der Partizipation). Sie setzen dieses Spezialwissen in der Praxis auch mehr oder weniger intensiv ein, um Vorhaben des Vorstands zu hinterfragen, sodass der Vorstand (auch aus diesem Grund) zu einer fundierten Planung konsistenter Maßnahmen angehalten wird („Disziplinierungswirkung der Mitbestimmung“). Gleichwohl ist durch den mitbestimmungsrechtlichen Wahlmodus für die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder die (für die Anteilseignerseite vorhandene, wenn auch dort bislang nicht selten ungenutzte) Option verschlossen, Kandidaten für das Überwachungsorgan primär nach ihrer fachlichen Eignung zu nominieren und so dem *Prinzip der anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats* zu genügen. Der gravierende Nachteil der Größe mitbestimmter Aufsichtsräte für die Überwachungseffizienz wird folglich insoweit nicht durch einen entsprechenden Zuwachs an Kompetenz ausgeglichen.

3. Kompromissproblem

Der letztlich zumeist erzielte bzw. gewährte Konsens im mitbestimmten Aufsichtsrat wird in der Praxis prinzipiell auf zwei alternativen Wegen hergestellt, die beide häufig suboptimale Resultate der Unternehmensführung ergeben und damit die Überwachungseffizienz beeinträchtigen. Zum einen können Maßnahmen bereits im Vorfeld ihrer Einbringung in den Aufsichtsrat in Hinblick auf die zu erwartenden Widerstände modifiziert werden. Im Extremfall wird gelegentlich von besonders konfliktträchtigen Vorhaben auch ganz Abstand genommen. Zum anderen – und häufiger – wird die Zustimmung der Arbeitnehmerseite zu bestimmten Plänen durch Zugeständnisse bei anderen Themen ‚erkauft‘. Dabei erfolgt nicht selten eine Verquickung unternehmerisch-strategischer Fragen der Aufsichtsratsebene mit betrieblich-operativen Angelegenheiten. Diese Vermengung der übergreifenden Unternehmenssphäre mit lokalen Betriebsperspektiven wird nicht zuletzt dadurch gefördert, dass ein großer Teil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zugleich Betriebsratsmitglied ist. Der Einigungsprozess im Vorfeld der eigentlichen Aufsichtsratsentscheidung führt dann zu einer sachfremden Vermischung strategischer und operativer Gegenstände, die in Paketlösungen mit Kompromisscharakter zusammengebunden werden.

4. Klientelproblem

Die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite sind wie diejenigen der Anteilseignerbank auf das Unternehmensinteresse verpflichtet. Sie bringen in die Definition des Unternehmensinteresses im jeweiligen Einzelfall allerdings naturgemäß primär die Arbeitnehmerinteressen ein und stehen damit in einem gewissen Gegensatz zu den Vertretern der Anteilseigner(interessen). Diese Interessengegensätze machen die Aufsichtsrats Tätigkeit ganz generell komplexer. So erschwert die Arbeitnehmereigenschaft von Aufsichtsratsmitgliedern nicht zuletzt auch offene Sachdiskussionen im Überwachungsorgan, indem kritische Fragen an den Vorstand (von Aktionärsseite) aus Sorge vor einer Beschädigung der Vorstandsautorität unterbleiben. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass ein Verzicht auf offene und – wenn nötig auch – kontroverse Diskussionen des Vorstandshandelns die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats empfindlich herabsetzen kann. Umgekehrt kann ein möglicher Interessengleichlauf von Vorstand und Arbeitnehmerbank (z. B. bei Investitionsprogrammen, die deutsche Standorte bevorzugen) durchaus auch zu einer fallweisen Koalitionsbildung führen, die den Belangen der Anteilseignerseite zuwiderläuft.

Die Interessenlagen der vertretenen Arbeitnehmer sind allerdings keineswegs homogen. Die auf der Arbeitnehmerbank repräsentierten Interessen zeichnen sich vielmehr durch eine beachtliche Heterogenität aus, woraus weitere Komplikationen resultieren können. Von Bedeutung sind dabei zum einen mögliche Interessenkonflikte zwischen den unternehmensangehörigen Arbeitnehmervetretern und den externen Gewerkschaftsvertretern. Während die internen Arbeitnehmervetreter tendenziell am Unternehmensinteresse orientiert sind, spielen für die Gewerkschaftsvertreter eher auch unternehmensfremde Belange eine Rolle. Besonders gravierend ist beispielsweise der Fall, dass Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Gewerkschaftsfunktionäre tarifliche Auseinandersetzungen (bis hin zu Arbeitskämpfmaßnahmen) mit dem Unternehmen führen.

Zum anderen unterscheiden sich die Interessen auch innerhalb der Belegschaft eines Unternehmens mitunter recht deutlich. Die jeweiligen Einzelinteressen der verschiedenen Arbeitnehmergruppen schlagen sich allerdings in der personellen Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank und in dem Verhalten der Arbeitnehmervetreter meist

nur unzureichend nieder. Die Aufsichtsräte der Arbeitnehmerseite verdanken ihre Mitgliedschaft im Überwachungsorgan ihren Wählern. Infolgedessen nehmen sie bei ihrer Organtätigkeit und namentlich bei der Kompromissuche mit dem Vorstand der Tendenz nach besondere Rücksichten auf die Interessen der jeweiligen Mehrheiten, die sie gewählt haben. Minderheiten in der Belegschaft wie auch schwach organisierte Mehrheiten zählen hingegen nicht zur bevorzugten Klientel der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Ihre Belange können daher leicht von den Interessen der (im Aufsichtsrat repräsentierten) Mehrheit dominiert werden, sodass die Mitbestimmung den Minderheitenschutz zumindest nicht fördert. Dieser Effekt wird nicht zuletzt dadurch begünstigt, dass die Vertreter der Arbeitnehmer in Großunternehmen normalerweise nicht unmittelbar durch die Belegschaft, sondern mittelbar von Delegierten gewählt werden. In der Praxis führt das oft dazu, dass die tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse (in der Belegschaft) durch die Wahlergebnisse verzerrt werden und Arbeitnehmergruppierungen, die in der Belegschaft nur eine relative Mehrheit haben, letztlich sämtliche Arbeitnehmervertreter stellen können. Insgesamt kann die Mitbestimmung in ihrer rechtlich vorgeschriebenen und tatsächlich praktizierten Form somit den Minderheitenschutz schwächen und dann sogar eher zu Demotivationseffekten der (unzulänglich repräsentierten) Mitarbeiter führen.

5. Legitimationsproblem

Das soeben angesprochene (Klientel-)Problem der unzulänglichen Repräsentierung der divergierenden Einzelinteressen unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen der Belegschaft gewinnt in internationalen Unternehmen die Qualität eines systematischen Legitimationsdefizits der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Während das Klientelproblem, das lediglich die inländischen Arbeitnehmer betrifft, ‚nur‘ auf faktischen Verhaltensweisen (der Belegschaft bei der Wahl ihrer Vertreter und der Arbeitnehmervertreter bei ihrer Aufsichtsrats­tätigkeit) beruht und daher je nach dem tatsächlichen Verhalten unterschiedlich gravierend sein kann, ist das Legitimationsproblem durch geltende gesetzliche Bestimmungen bedingt und damit systemimmanent. Nach den Vorschriften des MitbestG 1976 werden die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat allein von den inländischen Arbeitnehmern gewählt. Ausländische Arbeitnehmer eines internationalen Unternehmens bzw. Konzerns haben dagegen nach ganz herrschender Meinung weder ein passives noch ein aktives Wahlrecht für die Arbeitnehmerbank im Auf-

sichtsrat. Den Arbeitnehmerrepräsentanten im Aufsichtsrat fehlt damit generell die Legitimation durch den ausländischen Teil der Belegschaft. Die Legitimationslücke ist dabei offenkundig umso größer, je höher der Anteil ausländischer Mitarbeiter an der Gesamtbelegschaft ist. Nachdem deutsche Konzerne bereits heute nicht selten mehr als die Hälfte ihrer Arbeitnehmer im Ausland beschäftigen und der Trend zur Globalisierung weiter anhält, markiert die Legitimationsfrage mittlerweile ohne Zweifel ein schwerwiegendes konzeptionelles Problem der Mitbestimmungsregelungen, das den Partizipationsgedanken insgesamt in Frage stellt. Die Bedingungen der wirtschaftlichen Tätigkeit haben sich seit Verabschiedung des MitbestG Mitte der 1970er Jahre durch die Globalisierung so nachhaltig gewandelt, dass die seinerzeit gefundenen Lösungen heute nicht mehr passen. Damit ist nicht gesagt, dass sich auch die Mitbestimmungsidee als solche überlebt hat. Zumindest aber sind die Mitbestimmungsmodalitäten entsprechend den veränderten Randbedingungen zu modernisieren, um die Legitimation der Mitbestimmungsträger und damit der Mitbestimmung selbst wieder herzustellen.

6. Verantwortungsproblem

Mitglieder des Aufsichtsrats sind gem. §§ 93, 116 AktG zur Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet. Verletzen sie schuldhaft ihre Sorgfaltspflichten, so müssen sie den hierdurch entstandenen Schaden ersetzen. Diese Vorschriften zur Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder gelten gleichermaßen für die Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. In der Praxis wird allerdings beobachtet, dass den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerseite ihre persönlichen aktienrechtlichen Haftungsrisiken oft nicht bewusst sind. Dieser Befund ist zwar insofern zu relativieren, als die im Wortlaut strengen Vorschriften zur Schadensersatzpflicht in der Vergangenheit erst in wenigen Fällen tatsächlich auch gerichtlich Anwendung gefunden haben. Die bestehenden Haftungsmöglichkeiten haben sich somit auch für die Anteilseignervertreter bislang erst sehr selten tatsächlich realisiert. Zu bedenken ist allerdings, dass das Haftungsklima für Organmitglieder in jüngster Zeit deutlich rauer geworden ist und sich die haftungsrechtlichen Risiken zukünftig vermutlich weiter verschärfen werden. Das bisher de facto eher latente Problem eines Gefälles der (Perzeption der) Verantwortlichkeiten zwischen der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite im Überwachungsorgan kann folglich in Zukunft

durchaus virulenter werden. Die Vertreter der Arbeitnehmer werden dann in der Konsequenz stärker, als es ihrem bisherigen Selbstverständnis entspricht, in die Verantwortung für alle Fragen der Aufsicht einzubeziehen sein. Die Erstreckung ihres Verantwortungsbereichs (und Haftungsrisikos) über das engere Feld der arbeitnehmerrelevanten Themen hinaus auf alle Aspekte der Überwachungstätigkeit wird den Arbeitnehmervertretern konkret z. B. dann vor Augen geführt werden (müssen), wenn entsprechend der Empfehlung in Tz. 3.8 Abs. 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) bei Abschluss einer D&O-Versicherung ein angemessener Selbstbehalt der Aufsichtsratsmitglieder (der Anteilseigner- wie Arbeitnehmerseite) vereinbart wird. Inwieweit Arbeitnehmervertreter tatsächlich bereit sein werden, systemgerecht das Risiko einer persönlichen Haftung – etwa für allgemeine Überwachungsmängel des Aufsichtsrats – einzugehen, ist zur Zeit (nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Abführung großer Teile der Vergütungen an die Hans Böckler Stiftung) noch durchaus offen. Vermutet werden darf jedoch, dass merkliche Haftungsrisiken der Arbeitnehmervertreter die Motivationseffekte der Partizipation – zumindest bei ihnen persönlich – deutlich verändern (können).

D. Analyse der Mitbestimmungsprobleme

Die soeben beschriebenen Probleme, welche die Mitbestimmung für die Leitung und Überwachung von (namentlich internationalen) Unternehmen aufwirft, werden im Folgenden prinzipieller hinsichtlich ihrer zugrunde liegenden Ursachen analysiert. Diese Ursachenanalyse liefert Hinweise darauf, an welchen Stellen Modernisierungsmaßnahmen ansetzen könnten, um die Mitbestimmungsprobleme zu überwinden oder wenigstens abzuschwächen. Ausgangspunkt der Analyse bilden die generellen Anforderungen, die an Aufsichtsratsmitglieder zu stellen sind.

Vorschriften zur Corporate Governance müssen letztlich im Unternehmensinteresse liegen. Demzufolge muss auch jede Regelung zur Struktur und personellen Besetzung von Führungsorganen (so weit wie möglich) sicherstellen, dass die Mitglieder der Führungsorgane im Interesse des jeweiligen Unternehmens handeln. Mit Blick auf die hier behandelte Mitbestimmungsthematik und genauer formuliert müssen die Organmitglieder kompetent und motiviert sein, das Unternehmensinteresse im Einzelfall zu konkretisieren und zu beurteilen, ob anstehende Führungsmaßnahmen diesem Interesse dienen. Hieraus folgt, dass Aufsichtsräte nur mit Personen besetzt werden dürfen,

welche die Anforderungen erfüllen, die Voraussetzung effizienter Überwachung sind. Dieses Prinzip der anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats bildet somit einen fundamentalen Grundsatz guter Corporate Governance. Dabei ergeben sich für die Mitglieder des Aufsichtsrats konkret vor allem die drei zentralen Anforderungen der fachlichen Qualifikation, der persönlichen Unabhängigkeit und des individuellen Engagements.

Eine hohe fachliche Qualifikation ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass Aufsichtsratsmitglieder ihre Überwachungsaufgaben kompetent wahrnehmen können. Sie müssen aufgrund eigener Kenntnisse und Erfahrungen ein ausreichendes Verständnis der im Aufsichtsrat zu erörternden Sachfragen entwickeln und durch Einbringung ihres Wissens zu fundierten Problemlösungen beitragen können.

Die Anforderung der persönlichen Unabhängigkeit zielt auf die objektive, unvoreingenommene Eruiierung der Interessenlage des Unternehmens ab. Sie soll verhindern, dass Aufsichtsratsmitglieder in Versuchung oder unter Druck geraten können, durch unzulässige Rücksichtnahmen auf Eigen- oder Fremdinteressen das übergeordnete Unternehmensinteresse aus dem Auge zu verlieren bzw. zu verletzen.

Fachliche Qualifikation und persönliche Unabhängigkeit sind notwendige, aber keine hinreichenden Bedingungen für effektive Überwachungsaktivitäten der Aufsichtsratsmitglieder. Erforderlich ist vielmehr auch ihr tatsächliches individuelles Engagement in den Informations-, Diskussions- und Entscheidungsprozessen des Aufsichtsrats. Die einzelnen Organmitglieder müssen ihre Fähigkeiten und ihre Unabhängigkeitsposition auch wirklich ausschöpfen, um das Unternehmensinteresse zu verfolgen. Eine diesbezügliche Motivation kann durch entsprechende Anreize (z. B. attraktive Vergütungen), aber auch durch anderenfalls drohende Sanktionen (etwa Haftungsrisiken) gefördert werden.

Mit Ausnahme des Organisationsproblems der schieren Größe mitbestimmter Aufsichtsräte lassen sich die oben dargelegten Problemkreise der Mitbestimmung nun im Kern darauf zurückführen, dass mitbestimmungsbedingte Faktoren die Erfüllung der soeben skizzierten Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder auf der Arbeitnehmerseite systematisch erschweren. Das Prinzip der anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats, dem für die Gewährleistung einer effizienten Überwachung zentrale

Bedeutung zukommt, ist damit empfindlich gestört. Damit ist – was ausdrücklich hervorgehoben werden soll – keineswegs gesagt, dass Arbeitnehmervertreter den genannten Anforderungen nie gerecht werden und dass alle Repräsentanten der Anteilseigner diese Kriterien stets und zwangsläufig erfüllen. Gemeint ist vielmehr, dass die Unternehmensmitbestimmung die Rahmenbedingungen für eine anforderungskonforme Besetzung des Überwachungsorgans auf Seiten der Arbeitnehmervertreter zusätzlich verschlechtert, indem neben die ohnehin und für alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen existierenden Probleme weitere Hürden einer zweckmäßigen Organbesetzung treten.

Zunächst kann der spezielle Wahlmodus für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerbank die beschriebenen Qualifikationsprobleme erklären. Die Arbeitnehmervertreter werden von der Belegschaft ausgewählt, die ihre Wahlentscheidungen eher nach interessenpolitischen als fachlichen Kriterien trifft. Die Repräsentanten der Arbeitnehmer sind damit zwar auf der einen Seite über die Interessen der Belegschaft wohl informiert und folglich in der Lage, diese vergleichsweise authentisch in die Formulierung des Unternehmensinteresses einzubringen. Auch können sie aufgrund ihrer Unternehmensangehörigkeit internen Input für die Überwachungsprozesse liefern. Ihr systematisches Qualifikationsprofil ist aber andererseits auch auf diese spezifischen Kenntnisse beschränkt und daher tendenziell nicht ausreichend, um den generellen fachlichen Anforderungen der Überwachung gerecht zu werden.

Da die Arbeitnehmervertreter auf dem ‚Ticket‘ der Belegschaft in den Aufsichtsrat gelangen, orientieren sie sich naturgemäß mehr oder weniger weitgehend an den – oft eher betrieblichen als der Unternehmensebene zuzuordnenden – Interessen ihrer (ausschließlich inländischen) Wähler. Diese starke Interessenbindung beeinträchtigt ihre persönliche Unabhängigkeit bei der Urteilsbildung über die Unternehmensinteressen und deren Verwirklichung. Nicht zuletzt kann die Rücksichtnahme auf die Belange der jetzigen Belegschaft Beharrungstendenzen fördern und damit Veränderungen im Unternehmen behindern, die Bestehendes in Frage stellen. Die wahlbedingte Einschränkung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite steht damit letztlich als gemeinsame Ursache hinter den beschriebenen Kompromiss-, Klientel- und Legitimationsproblemen.

Das oft mangelnde Bewusstsein der Arbeitnehmerrepräsentanten, dass sie für die ganze Breite der Aufsichtsrats Tätigkeit haftungsrechtlich verantwortlich zeichnen, ist zwar eher faktisch bedingt als in den gesetzlichen Vorschriften angelegt. Es trägt aber gleichwohl nicht dazu bei, sich über die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen hinaus für die allgemeinen (strategischen, finanzwirtschaftlichen, bilanziellen etc.) Angelegenheiten des Aufsichtsrats engagiert einzusetzen.

E. Ansätze zur Modernisierung der Mitbestimmung

Nach der vorgenommenen Problemanalyse in Abschnitt D. lassen sich die zuvor herausgearbeiteten Mitbestimmungsfriktionen im Kern auf Störungen des Prinzips einer anforderungsgerechten Besetzung des Aufsichtsrats zurückführen. Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ergeben sich dabei vor allem systematische Probleme bei den Qualifikations- und den Unabhängigkeitsanforderungen, die zu den zentralen Voraussetzungen einer effizienten Überwachung zählen. Maßnahmen zur Modernisierung der Mitbestimmung müssen daher an diesen beiden entscheidenden Schwachstellen ansetzen. Dabei sind verschiedene, mehr oder weniger weitreichende Reformen der heute geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen denkbar, welche die Mitbestimmungsprobleme (ebenfalls mehr oder weniger weitgehend) abmildern bzw. beseitigen können. Im Folgenden werden alternative Reformansätze vorgestellt und hinsichtlich ihrer Effizienzwirkungen wie auch ihrer politischen Realisierbarkeit diskutiert.

I. Abschaffung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Die Friktionen, die in der Praxis mit den heutigen Mitbestimmungsregelungen einhergehen, beruhen nicht auf Qualifikations- und Unabhängigkeitsdefiziten individueller Arbeitnehmervertreter im Einzelfall. Sie sind vielmehr im System der Mitbestimmung an sich begründet. Vor diesem Hintergrund bietet es sich auf den ersten Blick an, die auftretenden Probleme konsequent durch eine generelle und ersatzlose Abschaffung der paritätischen Mitbestimmung zu lösen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings zum einen, dass dieser radikale Reformansatz zwar den mitbestimmungsbedingten Einschränkungen der Überwachungseffizienz begegnen kann. Allerdings geht hiermit zugleich auch ein gänzlicher Verzicht auf die Ausschöpfung der Informations- und

Motivationspotenziale einer (wie auch immer gearteten) Partizipation der Arbeitnehmer einher. Zudem erscheint ein so weitreichender Abbau von Mitbestimmungsrechten heute und auf absehbare Zeit als politisch nicht durchsetzbar, sodass es sich letztlich um keinen realistischen Reformansatz handelt. Infolgedessen sind alternative Wege zur Modernisierung der Mitbestimmung zu beschreiten, die entweder moderatere Veränderungen des gegenwärtigen Mitbestimmungsregimes beinhalten oder aber die Ablösung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat durch andere Partizipationsformen kompensieren.

II. Modifizierung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Eine Alternative zur Abschaffung bildet die Modifizierung der Mitbestimmung, welche die paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats als solche unberührt lässt und an (der Veränderung von) Detailregelungen des Mitbestimmungssystems ansetzt. Zu denken ist beispielsweise daran,

- den Arbeitnehmern die Option zu eröffnen, neben unternehmensangehörigen Repräsentanten auch externe Sachverständige, die dem geforderten fachlichen Anforderungsprofil des Aufsichtsrats entsprechen, als Vertreter zu wählen,
- den im Ausland beschäftigten Mitarbeitern das aktive und passive Wahlrecht einzuräumen,
- die Sitzgarantien für Gewerkschaftsvertreter (§ 7 Abs. 2 MitbestG) aufzuheben und/oder
- die Belegschaftswahl durch Wahldelegierte abzuschaffen und stets direkte Wahlen vorzusehen.

Es liegt auf der Hand, dass sich neben diesen Beispielen noch eine Fülle weiterer möglicher Detailmaßnahmen zur Modifizierung des geltenden Mitbestimmungssystems finden lassen. Hinzu kommt, dass solche Maßnahmen in vielfältiger Weise miteinander kombiniert werden können, sodass das Ausmaß der Systemänderungen je nach Einzelkombination unterschiedlich dosiert werden kann und folglich verschiedene

Varianten der Modifizierung existieren. Der Modifizierungsansatz stellt sich somit als besonders facettenreiche Modernisierungsalternative dar.

Um das Potenzial der genannten und weiterer Maßnahmen zur Verbesserung der gegenwärtigen Mitbestimmungssituation genauer abschätzen zu können, wären streng genommen ihre jeweiligen (positiven wie negativen) Implikationen für die Überwachungs- und die Partizipationseffizienz im Einzelnen zu prüfen. Ohne in eine solche tiefer gehende Effizienzbewertung einsteigen zu müssen, lässt aber bereits eine überschlägige Analyse erkennen, dass mit Hilfe punktueller Veränderungen des geltenden Mitbestimmungsrechts die Grundprobleme der unzureichenden Qualifikation und Unabhängigkeit der Arbeitnehmerrepräsentanten im Aufsichtsrat nicht systematisch gelöst werden. Während die politische Akzeptanz dieses Reformansatzes vergleichsweise positiv eingeschätzt werden darf, erweisen sich die auf diesem Weg erzielbaren Effizienzgewinne damit als eher unbefriedigend.

III. Absenkung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Anders als eine Modifizierung zielt die Absenkung der Mitbestimmung auf die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats ab. Ausgehend von der paritätischen Besetzung nach dem MitbestG 1976 kann die Zahl der Arbeitnehmersitze im Prinzip graduell und im Extremfall bis hin zur Abschaffung der Mitbestimmung auf null reduziert werden. Eine markante Option innerhalb dieses Kontinuums stellt die Absenkung des Mitbestimmungsniveaus bislang paritätisch mitbestimmter Gesellschaften auf eine Drittelparität dar. Auf diese Weise lassen sich die aufgezeigten Mitbestimmungsfriktionen für die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats zwar immerhin mildern. Eine vollständige Überwindung der mitbestimmungsbedingten Überwachungsprobleme ist mit dieser Lösung allerdings nicht verbunden. Gleiches gilt *cum grano salis* für die Partizipationseffizienz, wobei namentlich die derzeitigen Einschränkungen der Motivationseffekte der Partizipation erhalten bleiben (oder sogar noch verstärkt werden). Mit Blick auf ihre politischen Realisierungschancen dürfte die Absenkungsalternative zwischen dem Abschaffungsmodell und dem Modifizierungsweg anzusiedeln sein.

IV. Holdingfreistellung von der Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Ein entscheidender systematischer Bruch der gegenwärtigen Mitbestimmungssituation ist das Legitimationsproblem, wonach die ausländischen Teile der Belegschaft weder aktiv noch passiv an den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat teilnehmen dürfen. Die auf den ersten Blick naheliegende Lösung, die Aufsichtsratswahlen für die Mitarbeiter im Ausland zu öffnen, scheidet – ganz abgesehen von eventuellen gesellschaftsrechtlichen Schwierigkeiten (Stichwort: Export der deutschen Mitbestimmung) – schon deshalb aus, weil auf diese Weise die übrigen gewichtigen Mitbestimmungsprobleme nicht bewältigt, sondern allenfalls internationalisiert werden. Infolgedessen kann mit Blick auf das Legitimationsproblem nur daran gedacht werden, die Reichweite der Mitbestimmung auf die inländischen Angelegenheiten zu beschränken.

Ein möglicher Weg zur Reichweitenbegrenzung der Mitbestimmung besteht darin, nach niederländischem Vorbild Holdinggesellschaften internationaler Konzerne mit Sitz in Deutschland von der unternehmerischen Mitbestimmung freizustellen. Rechtstechnisch könnte eine solche Freistellung zwanglos (und damit politisch möglicherweise relativ geräuschlos) dadurch erreicht werden, dass bei entsprechenden Holdinggesellschaften die Zurechnung der Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften (§ 5 Abs. 1 MitbestG) aufgehoben wird. Im Ergebnis würde dann die Konzernspitze mitbestimmungsfrei sein und nur der inländische Konzernteil unterhalb der Holding in der bisherigen Mitbestimmung verbleiben.

Ein mitbestimmungsrechtliches Holdingprivileg der genannten Art wirkt an der Spitze internationaler deutscher Konzerne funktional wie eine Abschaffung der Mitbestimmung. Diese Lösung kann folglich – immerhin, allerdings auch nur – dort die aufgezeigten Friktionen der unternehmerischen Mitbestimmung beheben. Das Freistellungsmodell bringt jedoch nicht unbeträchtliche Einengungen der Spielräume zur Konzerngestaltung mit sich. Es setzt naturgemäß zunächst voraus, dass sich die betreffenden internationalen Unternehmen als Holdingkonzerne strukturieren, wenn sie diese Regelung in Anspruch nehmen möchten. Ein derartiger „Zwang zur Holding“ steht aber nicht zuletzt im Widerspruch zu den aktuellen Bemühungen, durch Rechtsformen wie die Europäische Aktiengesellschaft (zumindest) in Europa mit einer rechtlichen Einheit zu operieren. Ferner und vor allem aber wird die mitbestimmungsrechtliche

Abschottung der Inlandsaktivitäten vom Auslandsgeschäft auf Dauer nur dann effizient funktionieren können, wenn die betriebswirtschaftliche Konzernorganisation der Rechtsstruktur folgt und daher eine regionale Rahmenstruktur vorsieht, die das Inland vom Ausland organisatorisch trennt. Eine solche strikte Abgrenzung des inländischen und des ausländischen Geschäfts wird aber vermutlich nur in seltenen Fällen den geschäftsspezifischen Organisationsanforderungen internationaler Konzerne gerecht werden.

V. Substitution der Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Die geschilderten Mitbestimmungsprobleme haben ihre Ursache darin, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat aus systematischen Gründen die geforderten Qualifikations- und Unabhängigkeitsanforderungen oft nicht erfüllen. Infolgedessen ist die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats unter Geltung des gegenwärtigen Mitbestimmungsregimes beeinträchtigt. Auf der anderen Seite kann (und wird nicht selten) eine Partizipation der Mitarbeiter durchaus positive Informations- und Motivationseffekte haben. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer an sich nicht aufzugeben, sondern sachgerechter zu platzieren. Da die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats nur teilweise direkt arbeitnehmerrelevant sind und gerade die arbeitnehmerferneren Themen (wie Finanzierungsstrategien und die Rechnungslegung) häufig besonders hohe Qualifikationen voraussetzen, ist der Aufsichtsrat funktional der falsche Ort zur Verankerung der Mitbestimmung. Es erscheint daher naheliegend zu sein, die Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch eine Partizipationsform zu ersetzen, die das betriebsverfassungsrechtliche Modell gesonderter Gremien (Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat, Europäischer Betriebsrat) fort-schreibt. Nach dieser Substitutionslösung wäre ein separates Organ zur Wahrnehmung der Interessen der Konzernbelegschaft in den überbetrieblichen mitarbeiterrelevanten Fragen zu schaffen. Das separate Mitbestimmungsorgan könnte z. B. *Konsultationsrat* (oder auch *Konsultierungsrat* bzw. *consultation council*) genannt werden. Der hier vorgeschlagene Konsultationsrat wäre somit im Unterschied zu den herkömmlichen Gremien der Betriebsverfassung nicht für die Themen der betrieblichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsebene zuständig. Sein Kompetenzbereich zielt vielmehr auf die Unternehmensebene, ist konzernweit angelegt und erstreckt sich prinzipiell auf unternehmerische Angelegenheiten mit Arbeitnehmerrelevanz, die in die Zuständigkeiten

des Aufsichtsrats fallen und als solche dort heute der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegen.

Eine Modernisierung der Mitbestimmung, die der Substitutionsidee folgt, ist wie das Modifizierungskonzept ein besonders komplexer Reformansatz und erfordert eine Reihe von Detailausformungen des Grundgedankens. Zu nennen sind insbesondere

- die Größe und die Zusammensetzung des separaten Mitbestimmungsorgans,
- die informationelle Vernetzung mit den Führungsorganen Vorstand und Aufsichtsrat einerseits und den Gremien der betrieblichen Mitbestimmung andererseits,
- die inhaltliche Abgrenzung und Festlegung der Stärke seiner Kompetenzen.

Aus Gründen des Umfangs können an dieser Stelle lediglich erste Eckpunkte zur detaillierteren Ausarbeitung des Substitutionsmodells angerissen werden. Nachdem Aufsichtsräte mit 20 Mitgliedern als wenig arbeitsfähig gelten, sollte auch das separate Mitbestimmungsorgan personell nicht überdimensioniert werden. Da andererseits in großen Konzernen zahlreiche Belegschaftsgruppen (unterschiedlicher Zentralfunktionen, Produktlinien und Länder) zu repräsentieren sind, können Gremien mittlerer Größenordnung mit z. B. 10 Mitgliedern als zweckmäßig angesehen werden. Um das Legitimationsproblem der heutigen Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu beheben, sollten alle Mitarbeiter des Konzerns im In- und Ausland (also die „Weltbelegschaft“) das aktive und passive Wahlrecht erhalten.

Der Konsultationsrat sollte sich als Vertretungsorgan der Belegschaft (analog zum Betriebsrat) ausschließlich aus Arbeitnehmervertretern zusammensetzen, aber durch institutionelle Vorkehrungen eng an Vorstand und Aufsichtsrat angebunden sein. Auf diese Weise soll der erforderliche Informationsaustausch zwischen den Gremien sichergestellt werden. Zu diesem Zweck bietet es sich beispielsweise an, dass Mitglieder des Vorstands sowie der Vorsitzende des Aufsichtsrats regelmäßig oder zumindest auf Verlangen des Konsultationsrats an dessen Sitzungen teilnehmen. Mit Blick auf die anzustrebende enge informationelle Vernetzung des Konsultationsrats mit Vorstand und Aufsichtsrat wäre es möglicherweise treffender, von einem assoziierten (und nicht von einem separaten) Organ zu sprechen.

Die inhaltliche Bestimmung der Organkompetenzen und die Festlegungen der Kompetenzstärken markieren ohne Zweifel besonders brisante Fragestellungen, da sie letztlich über das Einflusspotenzial des Partizipationsgremiums entscheiden. Unter Effizienzgesichtspunkten muss die Leitmaxime dieser Detailgestaltungen darauf abzielen, eine mit Blick auf die erwünschten Informations- und Motivationseffekte der Partizipation hinreichende Mitwirkung zu gewährleisten und zugleich die Flexibilität der Unternehmensführung durch Vorstand und Aufsichtsrat zu wahren. Unter politischen Aspekten tritt die Überlegung hinzu, dass die Realisierungschancen einer Substitutionslösung tendenziell steigen, wenn das separate Organ nennenswerte Kompetenzen erhält. Dabei ist zu beachten, dass die heutige Form der Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite streng genommen in sämtlichen Fragen der Aufsicht letztlich ein Vetorecht gewährt, das nur durch die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden in einem recht schwerfälligen und polarisierenden Verfahren neutralisiert werden kann. Legt man diese Rechtslage (gewissermaßen als ‚worst practice‘) zugrunde, so wird deutlich, dass ein beachtlicher Spielraum für eine Kompetenzausstattung des separaten Organs existiert, die den Arbeitnehmern interessante Mitwirkungsrechte einräumt und gleichzeitig die gegenwärtige Situation im Sinne der Effizienz der Unternehmensführung verbessert.

Um übermäßige Verzögerungen unternehmerischer Entscheidungen zu vermeiden, sollte der Konsultationsrat keine echten (Mit-)Entscheidungskompetenzen erhalten, die faktisch wie eine vorübergehendes Veto wirken können. Unter Abwägung der erforderlichen Flexibilität der Unternehmensführung auf der einen Seite und der Erzielung der angestrebten Partizipationseffekte andererseits erscheint es vielmehr sachgerecht, dem Konsultationsrat Informations- und Beratungsrechte einzuräumen, die auch die Befugnis zur Abgabe formeller Stellungnahmen gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat einschließen. Die genannten Rechte sollten sich inhaltlich auf alle unternehmerischen Angelegenheiten beziehen, die auch zum Überwachungsbereich des Aufsichtsrats gehören und – wie etwa die Personal- und die Standortpolitik – für die Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Sie gehen somit materiell über die Unterrichtsrechte des Wirtschaftsausschusses hinaus, da nach dieser Formel z. B. auch personelle Angelegenheiten des Vorstands erfasst sind. In Anbetracht des Stellenwerts der Vorstandsangelegenheiten in der heutigen unternehmerischen Mitbestimmung könnte dabei z. B. an eine Regelung gedacht werden, wonach der Aufsichtsrat bzw. (je nach Aufgabenverteilung im Überwachungsorgan) sein Personalausschuss vor einer Ent-

scheidung über Vorstandsbestellungen den Vorsitzenden des Konsultationsrats hören muss. Ein deutlich negatives Votum des Konsultationsrats gegen eine geplante Personalentscheidung ist nach dem hier vorgeschlagenen Modell für den Aufsichtsrat rechtlich zwar nicht bindend, de facto aber auch nicht ohne Gewicht.

Angesichts der weitreichenden Informations- und Beratungsrechte des Konsultationsrats müssen seine Mitglieder einer strengen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wie sie auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt. Infolgedessen dürfen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie sonstige vertrauliche Informationen nicht weitergegeben werden, sondern nur – aber auch immerhin – als Basis der Diskussion mit den Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsratsvorsitzenden sowie als Grundlage eventueller formeller Stellungnahmen dienen, die der Konsultationsrat gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat abgibt.

Die vorgeschlagene Substitution der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat durch einen Konsultationsrat wird aus Arbeitnehmersicht aufgrund ihres Kompensationscharakters einen gewissen Charme haben. Sie bedeutet einerseits zwar eine Abschwächung der Stärke der Arbeitnehmerkompetenzen, indem Informations- und Beratungsrechte (einschließlich der Befugnis zur Abgabe formeller Stellungnahmen) an die Stelle von Mitentscheidungskompetenzen treten, die allerdings de jure durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden eingeschränkt sind. Auf der anderen Seite dehnt diese Lösung die Mitwirkung der Arbeitnehmer auf die Gesamtbelegschaft internationaler Konzerne aus und überwindet damit das Legitimationsproblem, das die gegenwärtige Mitbestimmungssituation unter Partizipationsgesichtspunkten heute grundlegend diskreditiert.

Zugleich kann das Substitutionsmodell auch die meisten der eingangs dargelegten Friktionen der bisherigen Unternehmensmitbestimmung beheben oder zumindest deutlich abmildern, die zurzeit die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats beeinträchtigen. Zunächst lässt sich das Organisationsproblem lösen, da der Aufsichtsrat mit Ausscheiden der Arbeitnehmervertreter personell deutlich verkleinert werden kann. Ferner entfällt das Qualifikationsproblem, da das separate Organ auf Arbeitnehmerfragen fokussiert ist und Repräsentanten der Mitarbeiter hierfür naturgemäß qualifiziert sein können. Das Kompromissproblem wird entschärft, da die Unternehmensführung de jure nicht mehr auf die Zustimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ange-

wiesen ist. Vorstand und Aufsichtsrat werden daher weniger dazu neigen, Kompromisse mit einer Vermischung unternehmerisch-strategischer und operativ-betrieblicher Fragen einzugehen. Schließlich wird auch das Verantwortungsproblem signifikant abgeschwächt. Die Arbeitnehmervertreter im Konsultationsrat unterliegen nicht mehr den Haftungsrisiken aus der gesamten Breite der Aufgaben eines Aufsichtsrats, sondern zeichnen nur für die Ausübung ihrer Informations- und Beratungsrechte im Konsultationsrat verantwortlich.

Inwieweit die Separationslösung auch die Klientelprobleme der Unternehmensmitbestimmung aufheben kann, hängt von der weiteren Detailausformung dieses Modells ab. Grundsätzlich liegt es in der Natur der Sache, dass sich demokratisch gewählte Gremien in besonderem Maße an den Interessen ihrer Wählerschaft orientieren. Geeignete Regelungen – wie z. B. die Untersagung von Delegiertenwahlen zugunsten von Direktwahlen – können aber zumindest dazu beitragen, dass die tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse in der (in- und ausländischen) Belegschaft durch die personelle Zusammensetzung des Mitbestimmungsorgans unverzerrt(er) repräsentiert werden.

F. Zusammenfassung und Ausblick

Die paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem MitbestG 1976 hat sich überlebt. Infolge des grundlegenden Wandels der internen Unternehmensstrukturen wie auch der ökonomischen Rahmenbedingungen im Zuge der Globalisierung führt die unternehmerische Mitbestimmung mittlerweile zu gravierenden Friktionen. Sie beeinträchtigen zum einen die Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats und laufen zum anderen – namentlich aufgrund der fehlenden Repräsentation der ausländischen Belegschaft (Legitimationsproblematik) – auch der Partizipationsidee der Mitbestimmung als solcher zuwider. Vor diesem Hintergrund und angesichts der international gestiegenen Anforderungen an die Effizienz der Corporate Governance ist eine grundlegende Mitbestimmungsreform geboten, um die Konkurrenzfähigkeit deutscher Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu stärken und Investitionen in Deutschland zu fördern. Da im Ausland keine vergleichbar einschneidenden Mitbestimmungsregime existieren, liegt in der Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung ein wichtiger Schlüssel zur Stärkung bzw. Wiedergewinnung der Attraktivität des Standortes Deutschland.

Eine Novellierung des Mitbestimmungsgesetzes kann auf verschiedene Reformansätze zurückgreifen. Das vorliegende Diskussionspapier präsentiert mit der Abschaffung, der Modifizierung, der Absenkung, der Holdingfreistellung und der Substitution der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch ein separates Organ (assoziierter Konsultationsrat) fünf Grundalternativen und kommt zu dem Schluss, dass die Substitutionslösung sowohl unter dem Gesichtspunkt der Führungseffizienz als auch mit Blick auf den Partizipationsgedanken den vielversprechendsten Reformansatz bildet.

In Hinblick auf die generellen Realisierungschancen von Modernisierungsvorschlägen zur Mitbestimmung zeichnen sich mittlerweile interessante faktische und rechtliche Entwicklungen ab, die als Reformtreiber einen nicht unbeachtlichen Veränderungsdruck bewirken können und vermutlich auch bewirken werden. Vier Trends sollen kurz skizziert werden:

- Belegschaftsaktionäre und arbeitnehmernahe institutionelle Investoren (Pensionsfonds) gewinnen als Eigenkapitalgeber der Unternehmen heute zunehmend an Bedeutung. Je mehr diese Entwicklung anhält und sich verstärkt, umso eher wird die scharfe Trennlinie zwischen den (Interessen von) Arbeitnehmern und Aktionären aufgeweicht.
- Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), die den Unternehmen in Zukunft als Rechtsformalternative offen steht, bietet Flexibilisierungsvorteile gegenüber der Corporate Governance und insbesondere der Mitbestimmung einer herkömmlichen deutschen AG. So liegt nicht zuletzt der hier vorgeschlagene Konsultationsrat als separates Organ im Prinzip konzeptionell auf der Linie des „Vertretungsorgans“ der Arbeitnehmer im Sinne der SE-Richtlinie, wobei er allerdings nicht nur als Repräsentant der EU-europäischen, sondern aller Arbeitnehmer eines internationalen Konzerns („Weltbelegschaft“) angelegt ist. Eine Reform des bisherigen Mitbestimmungsregimes für die deutsche Aktiengesellschaft nach dem hier vorgeschlagenen Substitutionsmodell könnte folglich den mitbestimmungsrechtlichen Wettbewerbsnachteil der AG gegenüber einer SE abbauen. Zugleich könnte ein solcher Reformansatz für die AG auch eine gewisse Vorbildfunktion für die vorgeschriebenen Verhandlungen über die Form der Mitbestimmung in einer SE spielen und da-

mit letztlich den Standort Deutschland als Sitzstaat einer Europäischen Aktiengesellschaft attraktiver machen.

- Seit 1999 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Reihe von bahnbrechenden Urteilen zur Sitztheorie (EuGH 1999 „Centros-Entscheidung“; EuGH 2002 „Überseering-Entscheidung“; EuGH 2003 „Inspire Art-Entscheidung“) judiziert, dass eine Gesellschaft grundsätzlich auch dann nach dem Recht ihres Gründungssitzes zu behandeln ist, wenn der faktische Verwaltungssitz in einem anderen Staat liegt. Ob hierzu auch die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zählen, ist gegenwärtig zwar noch umstritten. Je nach der weiteren Konkretisierung dieser Rechtsprechung kann sich hieraus aber durchaus für deutsche Konzerne die Option entwickeln, durch Verlagerung des Satzungssitzes in einen europäischen Staat mit niedrigerem Mitbestimmungsniveau das hiesige Mitbestimmungsregime zu vermeiden.

- Die von der Bundesregierung geplante Verschärfung der Haftung von Organmitgliedern schließlich wird (auch) die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mit neuen (und bislang so nicht wahrgenommenen) persönlichen Haftungsrisiken konfrontieren. Infolgedessen kann eine Mitbestimmungsreform, welche die Risiken einer persönlichen Inanspruchnahme reduziert, ohne die Mitwirkung der Belegschaft in unternehmerischen Angelegenheiten abzuschaffen, aus Arbeitnehmersicht durchaus attraktiv sein.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Entwicklungen ist das Projekt einer Modernisierung der Mitbestimmung nicht nur notwendig. Seine Realisierungschancen können vielmehr auf mittlere Sicht durchaus als aussichtsreich eingeschätzt werden.

Mitglieder des BCCG-Roundtable

Udo Behrenwaldt
Vice Chairman DeAM, DWS Investment GmbH

Dr. Alexander C. Dibelius
Managing Director, Goldman, Sachs & Co. oHG

Dr. Dr. h.c. Manfred Gentz
Mitglied des Vorstands, DaimlerChrysler AG

Dr. Clemens Grosche
Geschäftsführender Gesellschafter, Matrix GmbH

Dr. Heiner Hasford
Mitglied des Vorstands, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG

Dr. A. Stefan Kirsten
Mitglied des Vorstands, ThyssenKrupp AG

Klaus Kühn
Mitglied des Vorstands, Bayer AG

Heinz-Joachim Neubürger
Mitglied des Vorstands, Siemens AG

Prof. Dr. Klaus Pohle
Präsident des Deutschen Standardisierungsrats (DSR)

Dr. Klaus Sturany
Mitglied des Vorstands, RWE AG

Thomas Unger
Mitglied des Vorstands, Metro AG

Prof. Dr. Axel v. Werder
Lehrstuhl für Organisation und Unternehmensführung, Technische Universität Berlin

Bernd J. Wiczorek
Geschäftsführender Partner, Egon Zehnder International GmbH

Prof. Dr. Harald Wiedmann
Sprecher des Vorstands, KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG