

Moritz Reichenbach \*

## Die Besonderheiten der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH – im Vergleich zu der in der Aktiengesellschaft

### Abstract

Um dem in Unternehmen herrschenden Konflikt zwischen Kapital und Arbeit Rechnung zu tragen, sorgt die Unternehmensmitbestimmung für einen Dialog der beiden Seiten. Sie vollzieht sich *de lege lata* vornehmlich im Aufsichtsrat der unternehmenstragenden Gesellschaft. Dieses in Bezug auf die AG entwickelte Mitbestimmungssystem wird *ceteris paribus* auch auf andere Gesellschaftsformen, – wie die GmbH – übertragen. Dabei zeitigt die rechtsformübergreifende starre Anwendung der einheitlichen Mitbestimmungsregelung zwangsläufig Widersprüche und Friktionen. Dieser Beitrag setzt sich mit hieraus resultierenden Problemkreisen kritisch auseinander und eruiert im Anschluss *de lege ferenda* ein Mitbestimmungsmodell, das der Vielfalt und Divergenz der verschiedenen Typen von Gesellschaften Rechnung trägt.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Unternehmensrecht“. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen der Vorlesung zum GmbH-Recht und GmbH-Konzernrecht im Wintersemester 2016/17 bei Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff.

## A. Einführung und Ziele der vorliegenden Untersuchung

Die Unternehmensmitbestimmung<sup>1</sup> in Deutschland hat sich ausweislich einer Antwort der Bundesregierung vom 6.5.2016 auf eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen als „wesentliches Element der sozialen Marktwirtschaft“ bewährt.<sup>2</sup> Sie trägt dem in Unternehmen vorherrschenden Konflikt zwischen Kapital und Arbeit Rechnung, indem sie einen Dialog beider Parteien auf unternehmerischer Ebene herstellt. Vor diesem Hintergrund wird die heute maßgeblich vom Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und vom Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) getragene unternehmerische Mitbestimmung<sup>3</sup> bisweilen gar als kulturelle Errungenschaft bezeichnet.<sup>4</sup> Jedenfalls wird ihre Bedeutung für die hierzulande vorherrschende Wirtschafts- und Sozialordnung nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen. Nicht zuletzt gilt sie in Deutschland mittlerweile als integraler Bestandteil der *Corporate Governance*.<sup>5</sup>

Die unternehmerische Mitbestimmung vollzieht sich *de lege lata* im Wesentlichen über die Teilhabe von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, also im Kontroll- und Überwachungsorgan der unternehmenstragenden Gesellschaft.<sup>6</sup> Dieses sog. organspezifische Mitbestimmungsmodell ist ausgerichtet am Grundtypus der AG.<sup>7</sup> Die Mitbestimmungsgesetze schreiben – in Abhängigkeit

---

<sup>1</sup> Dem Beitrag liegt das allgemeine Verständnis vom Begriff der Unternehmensmitbestimmung als jede durch Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern in Unternehmensorganen vermittelte institutionelle Teilhabe der Belegschaft an Planungen und Entscheidungen des Unternehmens zugrunde, vgl. *Lembke/Ludwig*, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung, 2015, § 1 Rn. 1; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, Vorb. Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/8354.

<sup>3</sup> Das Montan-Mitbestimmungsgesetz fand im Jahr 2011 nur noch auf 31 Unternehmen Anwendung. Die Tendenz ist abnehmend. Dem Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz unterfällt kein einziges Unternehmen mehr, vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 59; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz. Unter Berücksichtigung dieser schwindenden Bedeutung wird sich die Untersuchung folglich auf das MitbestG sowie das DrittelbG beschränken.

<sup>4</sup> Vgl. *Bayer*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 (1930).

<sup>5</sup> *Hommelhoff*, in: *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang*, 2016, S. 6 (9); *Hopt*, Vergleichende Corporate Governance, ZHR 175 (2011), 444 (505); *Pütz*, Unternehmensmitbestimmung in kommunalen Kapitalgesellschaften, 2015, S. 88 ff.

<sup>6</sup> *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 8; *Jansen*, Mitbestimmung in Aufsichtsräten, 2013, S. 3; *Kißler*, Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 88 ff.; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

<sup>7</sup> *Hommelhoff*, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119 (120); *Oetker*, Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH, ZIP 2015, 1461 (1461); vgl. auch *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 1.

der Größe des jeweils betroffenen Unternehmens – eine entsprechende Besetzung des in der AG ohnehin zwingend vorhandenen Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern vor, vgl. §§ 1 Abs. 1, 7 MitbestG bei in der Regel mehr als 2000 sowie §§ 1 Abs. 1, 4 DrittelbG bei in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Dieses System wird dann dem Grunde nach auf die anderen der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaftsformen übertragen, insbesondere auch auf die GmbH.<sup>8</sup> Die aktienrechtlichen Vorschriften betreffend den Aufsichtsrat werden im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze nämlich schlicht auch auf diese Gesellschaften für anwendbar erklärt, vgl. etwa §§ 6 Abs. 2, 25 Abs. 1 Nr. 2, 31 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber eine gleichwertige Teilhabe von Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen<sup>9</sup> in sämtlichen betroffenen Gesellschaftsformen ermöglichen und dabei das geltende Gesellschaftsrecht weitgehend schonen.<sup>10</sup> Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen sollten dabei weitgehend vermieden werden.<sup>11</sup> Ob ihm dies gelungen ist, wird heute anders als noch während des Gesetzgebungsverfahrens<sup>12</sup> kaum mehr diskutiert.<sup>13</sup> Jedenfalls wird kein Anlass mehr dazu gesehen, Art und Weise der Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung (insbesondere) in der GmbH – *de lege ferenda* – grundlegend zu hinterfragen.<sup>14</sup> Zwar werden hinsichtlich der Effektivität der unternehmerischen Mitbestimmung durchaus Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen erkannt.<sup>15</sup> Auch werden die Rechtsprobleme, die sich aus der starren Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften (insbesondere) auf die von der AG strukturell verschiedene GmbH ergeben, identifiziert und kontro-

<sup>8</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 120; *Oetker* (Fn. 7), S. 1461; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 1.

<sup>9</sup> Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

<sup>10</sup> *Ebd.*, S. 17.

<sup>11</sup> *Ebd.*, S. 21.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Martens*, Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluß, ZHR 138 (1974), 179 (passim); *ders.*, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1976, 113 (passim); *Raiser*, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung: Die Vereinbarkeit der Entwürfe eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit dem Grundgesetz, 1975, S. 38 ff.; vgl. insgesamt *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 6. Aufl. 2015, § 25 Rn. 6.

<sup>13</sup> Entsprechende Diskussionen kamen nach dem Inkrafttreten des MitbestG 1976 und der Bestätigung seiner Verfassungsgemäßheit durch das *BVerfG* über die Jahre weitgehend zum Erliegen, vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 60.

<sup>14</sup> Vgl. insoweit etwa *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 6 Rn. 1, der schlichtweg feststellt, der Gesetzgeber habe „auch insoweit gleiches Recht“ geschaffen.

<sup>15</sup> Vgl. BGHZ 135, 48 (56); *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

vers diskutiert.<sup>16</sup> Im Übrigen scheinen sich Rechtspraxis und Lehre jedoch mit dem vom Gesetzgeber gewählten organspezifischen Ansatz abgefunden zu haben.<sup>17</sup> Sofern aktuelle Reformbestrebungen überhaupt einen Systemwechsel anstreben<sup>18</sup>, beziehen sie sich auf die unternehmerische Mitbestimmung *in toto*. Sie konzentrieren sich darauf, die Unternehmensmitbestimmung im Sinne eines Systems der Mitentscheidung entweder generell abzuschaffen (und durch einen ausschließlich beratend tätigen Konsultationsrat zu ersetzen)<sup>19</sup> oder aber Art und Form der Mitbestimmung grundsätzlich für Vereinbarungen zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmern zu öffnen.<sup>20</sup> Auf eine rechtsformspezifische Betrachtung wird dabei verzichtet. Das verwundert besonders im Hinblick auf die GmbH. Bei dieser handelt es sich gerade nicht um eine „kleine AG“<sup>21</sup>, sondern vielmehr um einen bewussten Gegenentwurf des Gesetzgebers<sup>22</sup>; eine körperschaftlich strukturierte Rechtsperson mit personengesellschaftsrechtlichen Zügen.<sup>23</sup> Bisweilen wird sie gar materiell als Personengesellschaft bezeichnet, die nur um der Haftungsbeschränkung willen als juristische Person

<sup>16</sup> Vgl. bspw. unlängst zum Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der mitbestimmten GmbH *Oetker* (Fn. 7), S. 1461 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 6.

<sup>18</sup> Anders etwa die Reformempfehlungen, die *Raiser* 2006 dem Deutschen Juristentag vorgelegt hat (Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen: Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag), vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 75. Danach solle die unternehmerische Mitbestimmung auf Grundlage des MitbestG und des DrittelbG fortentwickelt werden. Ähnlich das Votum der „wissenschaftlichen Mitglieder“ der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung gegenüber Bundeskanzlerin *Merkel* im Dezember 2006.

<sup>19</sup> So der Vorschlag des sog. Berliner Netzwerkes Corporate Governance (*Kirchner/Säcker/Schwalbach/Schwark/v. Werder/Windbichler*), 12 Thesen zur „Modernisierung der Mitbestimmung“, AG 2004, 200 (passim).

<sup>20</sup> BDA/BDI, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004, S. 28 f.; Für ein Verhandlungsmodell auf Grundlage des MitbestG ferner der Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (*Bachmann/Baums/Habersack/Henssler/Lutter/Oetker/Ulmer*), Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrates, ZIP 2009, 885 (passim); *Hommelhoff*, Mitbestimmungsvereinbarungen im deutschen Recht – de lege ferenda, ZIP 2009, 1785 (passim); *Teichmann*, Verhandelte Mitbestimmung für Auslandsgesellschaften, ZIP 2009, 1787 (passim).

<sup>21</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155; vgl. ferner *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG Kommentar, 21. Aufl. 2017, Einl. Rn. 4 a.E.; irreführend insoweit *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 3 Rn. 1, die von der GmbH als von einer „kleinen Schwester“ der AG sprechen.

<sup>22</sup> Vgl. *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), Einl. Rn. 18 ff.; *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG Kommentar, 5. Aufl. 2013, Einl. Rn. 1 ff.

<sup>23</sup> *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), Einl. Rn. 52; § 13 Rn. 5.

ausgestaltet sei.<sup>24</sup> Eine starre Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auf die GmbH ist deshalb von vornherein grundlegenden Bedenken ausgesetzt. Insofern besteht Reformbedarf möglicherweise nicht nur in Bezug auf die unternehmerische Mitbestimmung im Allgemeinen<sup>25</sup>, sondern gerade auch in Bezug auf die einzelnen Rechtsformen im Besonderen, namentlich auf die GmbH. Soweit sich ein entsprechender Befund feststellen lässt, sollte dies im Zuge aktueller Reformdiskussionen zumindest nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben, und zwar insbesondere, soweit diese im Kontext der Entwicklung einer *Societas Privata Europaea* (SPE) – der „Europa-GmbH“<sup>26</sup> – stattfinden.<sup>27</sup>

Vor diesem Hintergrund will die vorliegende Untersuchung die geltende Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH bereits im Ansatz hinterfragen. Zu diesem Zwecke sind im Folgenden die Besonderheiten herauszuarbeiten, die sich bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG ergeben. Als Ursache der Besonderheiten wird die starre Anwendung der für die GmbH systemfremden Normen des Aktiengesetzes (AktG) identifiziert. Im Mittelpunkt soll die Frage stehen, ob der Gesetzgeber mit seinem Regelungskonzept die von ihm bei Einführung der Mitbestimmung verfolgten Regelungsziele erreicht hat, eine möglichst einheitlich effektive Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts zu schaffen<sup>28</sup> oder ob die undifferenzierte Anwendung des AktG auf sämtliche Rechtsformen dies nur *prima facie* und bei formalistischer Betrachtung bewirkt. Am Schluss soll ein Vorschlag unterbreitet werden, wie sich unternehmerische Mitbestimmung effektiv und systemkonform in sämtlichen Rechtsformen verwirklichen lassen könnte, also ein Modell, das den Unterschieden zwischen den Gesellschaftsformen hinreichend Rechnung trägt. Dies soll am Beispiel der GmbH erfolgen, da hier der Differenzierungsbedarf im Verhältnis zur AG besonders deutlich wird. Freilich kann dies aufgrund des beschränkten Umfangs dieses Beitrages nur in einem ersten Ansatz erfolgen.

## **B. Besonderheiten bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH**

Zunächst sind die Besonderheiten und Unterschiede bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG zu erschließen.

---

<sup>24</sup> So *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Erster Band/Zweiter Teil – Die Juristische Person, 1983, S. 61; vgl. *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG Kommentar, 8. Aufl. 2015, Einl. Rn. 2.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu u. a. Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20), S. 885 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 1122; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 15 Rn. 1.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Hommelhoff*, SPE-Mitbestimmung: Strukturen, Wertungen und rechtspolitische Kompromisslinien, ZEuP 2011, 7 (8).

<sup>28</sup> Vgl. oben **A**.

## I. Unternehmerische Mitbestimmung in der AG

Zu diesem Zweck ist es sinnvoll, vorerst die unternehmerische Mitbestimmung in der AG als Vergleichsmaßstab zu entfalten. Dabei kann auf eine nach MitbestG und DrittelbG getrennte Betrachtung verzichtet werden, da sich die unternehmerische Mitbestimmung in Bezug auf die AG im Wesentlichen<sup>29</sup> allein in der Quantität, nicht jedoch in ihrer Qualität unterscheidet.

### 1. Allgemeines

Die AG gliedert sich typischerweise in drei Organe, namentlich die Hauptversammlung, den Vorstand und den Aufsichtsrat.<sup>30</sup> Erstere trifft dabei die Grundlagenentscheidungen in Ansehung der Unternehmensgeschichte, der Vorstand leitet die Geschäfte der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat kommt eine Kontroll- und Überwachungsfunktion hinsichtlich der Geschäftsführung zu.<sup>31</sup>

Die Mitbestimmungsgesetze setzen hauptsächlich auf der Ebene des Aufsichtsrates an, verwirklichen die unternehmerische Mitbestimmung also im Kern über die Kontrolle und Überwachung des gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich agierenden Vorstandes.<sup>32</sup>

Ergänzend sieht § 33 MitbestG die obligatorische Wahl eines sog. Arbeitsdirektors als gleichberechtigtes Vorstandsmitglied vor. Diese Regelung ist im Ergebnis aber weitaus weniger mitbestimmungsträchtig als es auf den ersten Blick scheint.<sup>33</sup> Denn weder handelt es sich bei dem Arbeitsdirektor um einen Interessenvertreter der Arbeitnehmer<sup>34</sup>, noch haben diese Einfluss auf seine Einsetzung bzw. Abberufung.<sup>35</sup> Vielmehr erschöpft sich seine Sonderfunktion

---

<sup>29</sup> So sind die Befugnisse des mitbestimmten Aufsichtsrates in der AG nach MitbestG und DrittelbG die gleichen. Als Abweichung ist bspw. der gemäß § 33 MitbestG zu bestellende Arbeitsdirektor hervorzuheben, der im DrittelbG keine Entsprechung findet. Zum Arbeitsdirektor und seiner geringen mitbestimmungsrechtlichen Bedeutung vgl. unten **B. I. 1.**

<sup>30</sup> Zwar sind daneben fakultativ weitere Organe – etwa ein Beirat – zulässig. Diese dürfen aber die Kompetenzen der gesetzlich vorgeschriebenen Organe nicht antasten, vgl. *LG Köln*, AG 1976, 329 (329); *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 9 Rn. 55 f.

<sup>31</sup> Vgl. insgesamt *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 10 ff.

<sup>32</sup> *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 8; *Jansen* (Fn. 6), S. 3; *Kißler* (Fn. 6), S. 88 ff.; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

<sup>33</sup> *Ulmer*, Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 1979, S. 16.

<sup>34</sup> *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 33 Rn. 33.

<sup>35</sup> *Ebd.*, § 33 Rn. 7.

darin, Arbeits- und Sozialangelegenheiten auf die Vorstandsebene zu tragen.<sup>36</sup>

Ferner enthält § 32 MitbestG eine nicht unerhebliche Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Vorstandes hinsichtlich der Ausübung von Beteiligungsrechten an mitbestimmten Tochtergesellschaften.<sup>37</sup> Allerdings handelt es sich bei der Norm nicht um ein Instrument der unternehmerischen Mitbestimmung, denn die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat werden an der Entscheidungsfindung gerade nicht beteiligt. Vielmehr trägt sie schlichtweg einer konzernrechtlichen Sonderkonstellation vor dem Hintergrund des MitbestG Rechnung.<sup>38</sup> Sie soll die unternehmerische Mitbestimmung nicht stärken, sondern eine Potenzierung derselben sowie eine Erstreckung auf Grundlagenentscheidungen verhindern.<sup>39</sup>

Im Ergebnis konzentriert sich die unternehmerische Mitbestimmung in der AG damit auf die Teilhabe im Aufsichtsrat.<sup>40</sup> Deshalb soll diese im Fokus der folgenden Betrachtung stehen.

## 2. Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Dabei sollen zunächst Art und Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung dargestellt und anschließend erörtert werden, welche rechtlichen Einflussmöglichkeiten die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern damit im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung eröffnen.

### a) Art und Umfang der Beteiligung

Die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat wird in der Weise verwirklicht, dass dieses Gremium jeweils zur Hälfte (§ 7 Abs. 1 MitbestG) bzw. zu einem Drittel (§ 4 Abs. 1 DrittelbG) mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist. Die Arbeitnehmer üben das ihnen gesetzlich zuerkannte Mitbestimmungsrecht folglich über die Wahl (§§ 9 MitbestG, 5 DrittelbG) gleichberechtigter Mitglieder in den Aufsichtsrat aus.

*Prima facie* geht damit jedenfalls im Anwendungsbereich des MitbestG eine erhebliche Machtverschiebung innerhalb des Unternehmens einher. Da der Aufsichtsrat gemäß § 29 Abs. 1 MitbestG grundsätzlich mit der Mehrheit seiner Stimmen entscheidet, hat es den Anschein, als räume das MitbestG den Arbeit-

---

<sup>36</sup> Ulmer (Fn. 33), S. 16.

<sup>37</sup> Ebd., S. 17; vgl. ferner Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 32 Rn. 1.

<sup>38</sup> Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 32 Rn. 2.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Vgl. Hommelhoff (Fn. 5), S. 8; vgl. auch Ulmer (Fn. 33), S. 15.

nehmern eine Vetoposition innerhalb des Aufsichtsrates ein. Bei genauerer Betrachtung zeichnet sich indes ein anderes Bild. Um die Letztentscheidungsbefugnis der Anteilseigner im Aufsichtsrat auch im Rahmen einer paritätischen Mitbestimmung nach § 7 Abs. 1 MitbestG zu gewährleisten, räumt § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG dem Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmengleichheit ein doppeltes Stimmgewicht ein. Dabei stellt § 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG sicher, dass der Aufsichtsratsvorsitzende im Zweifel immer aus den Reihen der Anteilseigner stammt. Insofern kann auch bei Anwendbarkeit des MitbestG bestenfalls von einer kupiert paritätischen Mitbestimmung gesprochen werden.<sup>41</sup>

Die Beschränkung auf eine solche ist indessen unumgänglich, und zwar nicht nur, um gefährliche Pattsituationen im Aufsichtsrat und damit gegebenenfalls den Stillstand des gesamten Unternehmens zu verhindern.<sup>42</sup> Auch gebieten die Art. 9, 12 und 14 GG die Schaffung eines entsprechenden Mechanismus zum Schutze der Anteilseigner.<sup>43</sup>

#### *b) Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer*

Zu untersuchen bleibt, welche konkreten Einflussmöglichkeiten die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern in der mitbestimmten AG damit eröffnen. Aufgrund der Verortung der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat hängen die Einflussmöglichkeiten entscheidend von den Kompetenzen des Aufsichtsrates selbst innerhalb der AG ab. Diese gilt es demnach im Folgenden herauszuarbeiten. Der Aufsichtsrat der AG hat gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe gewährt ihm das AktG im Wesentlichen<sup>44</sup> die folgenden rechtlichen Instrumentarien<sup>45</sup>:

##### *aa) Informationsrechte*

Der Aufsichtsrat kann nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG Buchführung und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einsehen und prüfen. Daneben tritt die in § 90 AktG detailliert geregelte Berichtspflicht des Vorstandes.

---

<sup>41</sup> Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 481.

<sup>42</sup> *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 29 Rn. 4.

<sup>43</sup> BVerfGE 50, 290 (290 ff.); vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 481; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 29 Rn. 1; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 29 Rn. 4.

<sup>44</sup> Die Darstellung ist auf die wichtigsten Rechte des Aufsichtsrates innerhalb der AG beschränkt.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu insgesamt *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 15 Rn. 1 ff.



## bb) Rechte in Bezug auf die Hauptversammlung

Sofern es das Wohl der Gesellschaft erfordert, kann er gemäß § 111 Abs. 3 AktG eine Hauptversammlung einberufen. Dabei kann und soll er gemäß § 124 Abs. 3 AktG Vorschläge zur Beschlussfassung machen.<sup>46</sup> Des Weiteren sind seine Mitglieder nach Maßgabe des § 118 Abs. 3 AktG zur Teilnahme an der Hauptversammlung berechtigt und gehalten.<sup>47</sup>

## cc) Mitwirkung am Jahresabschluss

Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat gemäß § 170 AktG (insbesondere) den Jahresabschluss vorzulegen. Dieser hat ihn gemäß § 171 AktG zu prüfen und über das Ergebnis an die Hauptversammlung zu berichten. Ferner kann der Vorstand den Jahresabschluss gemäß § 172 AktG nicht ohne Billigung des Aufsichtsrates feststellen.<sup>48</sup> Hierdurch gewinnt der Aufsichtsrat mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung<sup>49</sup>, weshalb sich das Billigungserfordernis des § 172 AktG als besonders wirkungsvolle rechtliche Einflussmöglichkeit des Aufsichtsrates darstellt.<sup>50</sup>

## dd) Zustimmungsvorbehalte

Außerdem haben die Satzung der AG oder der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen. Es handelt sich um einen gesetzlichen Regelungsauftrag an den Satzungsgeber bzw. den Aufsichtsrat.<sup>51</sup> Ziff. 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) konkretisiert und beschränkt<sup>52</sup> dies (für börsennotierte Gesellschaften) auf Geschäfte von grundlegender Bedeutung hinsichtlich der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens. Insoweit gewährt das AktG dem Aufsichtsrat unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung in wesentlichen unternehmenspolitischen Angelegenheiten.<sup>53</sup> Zwar kann der Vorstand gemäß

<sup>46</sup> Zu den Unterschieden zwischen Anträgen und bloßen Vorschlägen zur Beschlussfassung in der Hauptversammlung vgl. *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz I, 3. Aufl. 2015, § 124 Rn. 26.

<sup>47</sup> *Kubis*, in: MüKo-AktG III, 3. Aufl. 2013, § 118 Rn. 101.

<sup>48</sup> Es handelt sich insoweit um eine gemeinsame Zuständigkeit von Aufsichtsrat und Vorstand, vgl. *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo-AktG III (Fn. 47), § 172 Rn. 3.

<sup>49</sup> *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 169; vgl. auch *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo-AktG III (Fn. 47), § 172 Rn. 3.

<sup>50</sup> Vgl. auch *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit, AktG Kommentar, 2013, § 172 Rn. 1.

<sup>51</sup> *Habersack*, in: MüKo-AktG II, 4. Aufl. 2014, § 111 Rn. 102.

<sup>52</sup> Freilich nur nach Maßgabe des unverbindlichen *comply or explain*-Prinzips, vgl. *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit (Fn. 50), § 161 Rn. 1 ff., 6; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 13 Rn. 34 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *ebd.*, § 15 Rn. 9.

§ 111 Abs. 4 S. 3 AktG bei Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Dieser Beschluss bedarf jedoch gemäß § 111 Abs. 4 S. 4 AktG immerhin einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Mithin wird man das Zustimmungserfordernis als wesentliches Kontroll- und Überwachungsinstrument des Aufsichtsrates bezeichnen können.<sup>54</sup>

#### ee) Personalkompetenz

Weiterhin bestellt der Aufsichtsrat gemäß § 31 Abs. 1 MitbestG bzw. § 84 AktG die Mitglieder des Vorstandes. Die eminente rechtliche Tragweite und Bedeutung dieser Einflussmöglichkeit kann kaum überschätzt werden und bedarf deshalb keiner näheren Erläuterung.<sup>55</sup> So wird die Personalkompetenz neben dem Zustimmungserfordernis auch als „zweiter Grundpfeiler für die Position des Aufsichtsrates im Unternehmen“<sup>56</sup> bezeichnet.

#### ff) Weitere Einflussmöglichkeiten

Als weitere Kompetenzen des Aufsichtsrates sind etwa die Befreiung der Vorstandsmitglieder vom Wettbewerbsverbot oder die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder nach §§ 88, 89 AktG zu nennen. Ferner erteilt er dem Abschlussprüfer nach § 111 Abs. 2 S. 3 AktG den Prüfungsauftrag, vertritt die Gesellschaft nach § 112 AktG gegenüber Vorstandsmitgliedern und wirkt in börsennotierten Gesellschaften gemäß § 161 AktG an der Erklärung zur Einhaltung des DCGK mit. Diesen Funktionen kommt aber im Verhältnis zu den vorgenannten Kernkompetenzen lediglich komplementäre Bedeutung zu.<sup>57</sup>

## II. Unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH

Damit ist der Boden für einen Vergleich mit der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH bereitet.

### 1. Allgemeines

Regelungstechnisch soll die unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH nach dem MitbestG und dem DrittelbG analog der AG sichergestellt werden,

<sup>54</sup> Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 61.

<sup>55</sup> Vgl. Hommelhoff (Fn. 5), S. 11; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 39.

<sup>56</sup> Raiser/Veil (Fn. 30), § 15 Rn. 15.

<sup>57</sup> Vgl. die Darstellung bei Windbichler (Fn. 31), § 28 Rn. 34.

also hauptsächlich durch Teilhabe der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.<sup>58</sup> Dabei ließ sich der Gesetzgeber – wie bereits angeklungen – von dem Wunsch leiten, qualitative Unterschiede zwischen den Mitbestimmungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer in den verschiedenen Rechtsformen möglichst zu vermeiden.<sup>59</sup>

## 2. Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Allerdings ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates in der GmbH gemäß § 52 Abs. 1 GmbH-Gesetz (GmbHG) grundsätzlich fakultativ und offen für eine individuelle Ausgestaltung.<sup>60</sup> Dies entspricht auch dem gesetzlichen Leitbild der Gestaltungsfreiheit in der GmbH.<sup>61</sup> Um eine ordnungsgemäße Mitbestimmung in den betroffenen GmbHs dennoch zu gewährleisten, ordnen die Mitbestimmungsgesetze deshalb die Einrichtung eines Aufsichtsrates obligatorisch an, vgl. §§ 6 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.<sup>62</sup> Seine Organisation richtet sich im Kern nach den (zwingenden) Vorschriften des AktG, vgl. §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.<sup>63</sup>

### a) Art und Umfang der Beteiligung

Auch hinsichtlich Art und Umfang der Beteiligung im Aufsichtsrat ergeben sich zwischen AG und GmbH keine Unterschiede. Die insoweit einschlägigen §§ 7 MitbestG, 4 DrittelbG umfassen sämtliche der Mitbestimmung unterfallenden Rechtsformen.<sup>64</sup> Auch die §§ 27 Abs. 2, 29 Abs. 2 MitbestG, die im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung das Letztentscheidungsrecht der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat sichern<sup>65</sup>, gelten gleichermaßen für die GmbH.

### b) Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer

Fraglich ist, welchen Einfluss die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern damit innerhalb der mitbestimmten GmbH überantworten. Da sich die unternehmerische Mitbestimmung – aufgrund der parallelen Regelung – auch

---

<sup>58</sup> Die Regelungen der §§ 32 und 33 MitbestG gelten freilich ebenso für die GmbH. Aufgrund ihrer mitbestimmungsrechtlich geringen Bedeutung (vgl. oben **B. I. 1.**) sollen sie vorliegend aber außer Betracht bleiben.

<sup>59</sup> Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/2172, S. 21; vgl. ferner oben **A.**

<sup>60</sup> Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 1.

<sup>61</sup> Vgl. Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), Einl. Rn. 4.

<sup>62</sup> Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 6 Rn. 1.

<sup>63</sup> Ebd., § 25 Rn. 1.

<sup>64</sup> Ebd., § 1 Rn. 35.

<sup>65</sup> Vgl. oben **B. I. 2. a).**

in der GmbH maßgeblich über den Aufsichtsrat vollzieht<sup>66</sup>, hängt ihre Effektivität wiederum von den Einflussmöglichkeiten und Kompetenzen ab, die dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH zukommen.<sup>67</sup> Im Folgenden bietet sich eine nach MitbestG und DrittelbG getrennte Darstellung an, da in Bezug auf die GmbH zwischen den beiden Mitbestimmungsregimen (anders als bei der AG<sup>68</sup>) nicht nur quantitative, sondern auch wesentliche qualitative Unterschiede bestehen.<sup>69</sup>

#### aa) Mitbestimmungsgesetz

Auch in der GmbH hat der Aufsichtsrat kraft Verweises in § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG gemäß § 111 Abs. 1 AktG zuvörderst die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Fraglich ist, welche rechtlichen Kontrollinstrumente des aktienrechtlichen Aufsichtsrates<sup>70</sup> das MitbestG ihm hierfür in welchem Umfang überträgt.

##### (1) Informationsrechte

Auch dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH stehen umfassende Informationsrechte zu. So verweist das MitbestG in § 25 Abs. 1 Nr. 2 auf § 111 Abs. 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat Buchführung und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einsehen und prüfen kann. Ferner erstreckt sich der Verweis auf § 90 Abs. 3, 4 sowie 5 S. 1 und 2 AktG, sodass der Aufsichtsrat jederzeit einen Bericht vom Vorstand über die Geschäftspolitik, die Rentabilität und die Lage der Gesellschaft verlangen kann. Allerdings sind § 90 Abs. 1 und 2 AktG vom Verweis ausgenommen. Anders als bei der AG ist der Geschäftsführer mithin nicht verpflichtet, dem Aufsichtsrat von sich aus regelmäßig Bericht zu erstatten.<sup>71</sup> Insbesondere in GmbHs, in denen sich der Aufsichtsrat die nötigen Information nicht über das Teilnahmerecht seiner Mitglieder aus §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 118 Abs. 3 AktG beschaffen kann, geht damit eine erhebliche Einschränkung seiner Informationsmöglichkeiten einher, namentlich wenn Geschäftsführern ein größerer autonomer Entscheidungsfreiraum eingeräumt ist.<sup>72</sup> Ein nachträglich eingeforderter Bericht wird nicht selten zu spät kommen und kann eine bereits im Voraus wirkende

---

<sup>66</sup> Vgl. oben **B. II. 1.**

<sup>67</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b).**

<sup>68</sup> Vgl. oben **B. I.**

<sup>69</sup> Vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 (passim).

<sup>70</sup> Vgl. hierzu oben **B. I. 2. b).**

<sup>71</sup> *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 15 Rn. 220.

<sup>72</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 154.

Informationspflicht der Geschäftsführer funktional nicht ersetzen.<sup>73</sup> Dieses Defizit im Vergleich zur AG kann aufgrund des eindeutig gehaltenen Gesetzeswortlautes sowie der entgegenstehenden Typizität der GmbH auch nicht etwa im Wege einer erweiternden Interpretation des Verweises o.ä. korrigiert werden.<sup>74</sup> Damit sind die Informationsrechte des Aufsichtsrates der GmbH im Vergleich zu denen des Aufsichtsrates der AG (normativ) nicht unerheblich abgeschwächt.

## (2) Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung

Wie bei der AG hat auch der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH gemäß §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 3 AktG das Recht und die Pflicht, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Ferner verweist das MitbestG auf das Teilnahmerecht aus § 118 Abs. 3 AktG. Der Verweis erstreckt sich jedoch nicht auch auf das Vorschlagsrecht aus § 124 Abs. 3 AktG.<sup>75</sup> Damit ist dem Aufsichtsrat der GmbH im Verhältnis zu dem der AG die Möglichkeit der Entfaltung eigener unternehmerischer Initiative in der Gesellschafterversammlung<sup>76</sup> und damit eine weitere wesentliche Einflussmöglichkeit genommen.<sup>77</sup>

## (3) Mitwirkung am Jahresabschluss

Über den Verweis des § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf §§ 170, 171 AktG wirkt auch der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH am Jahresabschluss mit. Es bestehen also auch hier die Vorlagepflicht des Vorstandes sowie die Prüfungspflicht des Aufsichtsrates.<sup>78</sup> Allerdings verweist § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nicht auf § 172 AktG, sodass der Jahresabschluss gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG von der Gesellschafterversammlung festgestellt wird, und zwar ohne ein dem § 172 AktG entsprechendes Billigungserfordernis zugunsten des Aufsichtsrates.

<sup>73</sup> Vgl. *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II*, 2. Aufl. 2014, § 52 Rn. 115; vgl. ferner *Koppensteiner/Schnorbus*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), § 52 Rn. 32; *Peres*, in: *Saenger/Inhester, GmbHG Handkommentar*, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 83.

<sup>74</sup> *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 154; a.A. *Duden*, *Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz*, ZHR 141 (1977), 145 (177).

<sup>75</sup> *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

<sup>76</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 90 f.

<sup>77</sup> So die h.M., namentlich: *Drescher*, in: *MüKo-GmbHG II*, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 18; *Koppensteiner/Gruber*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), § 48 Rn. 14; *Römermann*, in: *Michalski II*, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 32; *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), § 47 Rn. 13; Die a.A. leitet ein sogar über ein reines Vorschlagsrecht hinausgehendes Antragsrecht aus dem Teilnahmerecht gemäß §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 118 Abs. 3 AktG ab, vgl. *Hüffer/Schürnbrand*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 47 Rn. 10; *Seibt*, in: *Scholz, GmbHG Kommentar II*, 11. Aufl. 2013, § 48 Rn. 46.

<sup>78</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b**) cc).

Damit büßt der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH im Verhältnis zu dem der AG auch seinen Einfluss auf die Bilanzpolitik des Unternehmens ein.<sup>79</sup>

#### (4) Zustimmungsvorbehalte

Seinem Wortlaut nach verweist § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG vollumfänglich auf § 111 Abs. 4 AktG, der die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates normiert. Insofern könnte man *prima facie* von einem Gleichlauf der bestehenden aktien- und GmbH-rechtlichen Kompetenzen des mitbestimmten Aufsichtsrates ausgehen. Allerdings tritt der Zustimmungsvorbehalt des § 111 Abs. 4 AktG im Rahmen des GmbH-Rechts in ein Spannungsverhältnis mit der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstem GmbH-Organ und deren Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern aus § 37 GmbHG.<sup>80</sup> Dieses Spannungsverhältnis ist in all seinen Verzweigungen bis heute nicht abschließend geklärt und bildet das Kernstück der anhaltenden Auseinandersetzung um das Verhältnis von MitbestG und GmbH-Recht.<sup>81</sup> Dabei haben sich im Wesentlichen vier Problemlagen herausgebildet<sup>82</sup>:

Kann die Satzung der GmbH und damit die Gesellschafterversammlung die zustimmungsbedürftigen Geschäfte abschließend festlegen und dabei gegebenenfalls sogar vollumfänglich ausschließen (a)?

Erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt auch auf Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, zumindest in Geschäftsführungsfragen (b)?

Erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt auf Maßnahmen der Geschäftsführer, die diese in Ausführung einer Weisung der Gesellschafterversammlung vornehmen (c)?

Kann die Gesellschafterversammlung die Zustimmung des Aufsichtsrates im Rahmen der §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG nur *qua* Beschluss mit Dreiviertelmehrheit oder mit einfacher Mehrheit ersetzen (d)?

Keine dieser Fragen ist bisher höchstrichterlich geklärt. Das Meinungsspektrum ist vielfältig und schwer überschaubar.<sup>83</sup> Dabei ist bereits umstritten, anhand welcher Kriterien die gesetzliche Regelung überhaupt auszulegen und auf

---

<sup>79</sup> Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 90.

<sup>80</sup> Oetker (Fn. 7), S. 1461.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu unlängst *ebd.*, (passim); vgl. ferner Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 91 ff.; Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192 ff.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu insgesamt Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 64 ff.

<sup>83</sup> Vgl. etwa den Überblick *ebd.*, § 25 Rn. 64 ff.

welcher Grundlage zu entscheiden ist.<sup>84</sup> Bisweilen wird der im Gesetz angelegte Bruch als mit juristischen Mitteln nicht überwindbar bezeichnet.<sup>85</sup> Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung soll daher nicht im Einzelnen auf diese Fragen eingegangen, geschweige denn eine eigene Rechtsauffassung dargelegt werden. Vielmehr reicht es für den hier verfolgten Zweck aus, die Rechtsfragen im Sinne der jeweils herrschenden Auffassung zu skizzieren und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH zu eruieren.

(a) Satzungsfixierte Zustimmungsvorbehalte

Ganz herrschend wird die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, die Einführung eines Zustimmungsvorbehaltes in der Satzung auszuschließen oder auch nur zu beschränken, abgelehnt.<sup>86</sup> Damit statuieren §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 4 AktG auch in der GmbH einen unentziehbaren Kernbereich zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Insoweit ergeben sich folglich noch keine Abweichungen zur Rechtslage bei der AG.<sup>87</sup>

(b) Zustimmungsvorbehalte bei Gesellschafterbeschlüssen

Weniger eindeutig wird die Frage danach beurteilt, ob auch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung – zumindest in Geschäftsführungsfragen – dem Zustimmungsvorbehalt unterfallen. Wohl überwiegend wird dies jedoch

---

<sup>84</sup> Vgl. die Darstellung von *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 5 ff.: Einige räumen dem Gesellschaftsrecht aufgrund des angeblich rein formalen, organisatorischen Charakters des MitbestG den Vorrang ein, vgl. etwa *Canaris*, Mitbestimmungsgesetz und innergesellschaftliche Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft, DB 1981 Beilage Nr. 14, 1 (1 ff.); *H. P. Westermann*, Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, ZGR 1977, 219 (235). Andere rekurren maßgeblich auf das Mitbestimmungstelos, vgl. etwa *Reich/Leverenz*, Das neue Mitbestimmungsgesetz – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Unternehmensverfassung, AuR 1976, 261 (263). Die überwiegende Ansicht gewährt keiner der beiden Regelungsmaterien einen generellen Vorrang und versucht auf diese Weise, Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht zu harmonisieren, vgl. BGHZ 83, 106 (110); 135, 48 (53); *Oetker*, in: GroßKomm-AktG V, 4. Aufl. 2008, § 25 MitbestG Rn. 7, 10; *Säcker*, Allgemeine Auslegungsgrundsätze zum Mitbestimmungsgesetz, ZHR 148 (1984), 153 (173); *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 6.

<sup>85</sup> So *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 97.

<sup>86</sup> *Deilmann*, Abgrenzung der Überwachungsbefugnisse von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat einer GmbH unter besonderer Berücksichtigung des mitbestimmten Aufsichtsrats, BB 2004, 2253 (2254); *Duden* (Fn. 74), S. 178; *Nießen*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 52 Rn. 123; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 94 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 64 m.w.N.

<sup>87</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b)** dd).

abgelehnt.<sup>88</sup> Der damit im Vergleich zum Aufsichtsrat der AG einhergehende Machtverlust des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH liegt auf der Hand. In Konsequenz der herrschenden Ansicht entsteht eine Kategorie von Geschäftsführungsentscheidungen, die dem Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates von vornherein entzogen sind. Dies findet in der AG keine Entsprechung, da dort (grundsätzlich) sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen durch den Vorstand getroffen werden, vgl. §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG.<sup>89</sup> Und dieser unterliegt der uneingeschränkten Kontrolle durch den Aufsichtsrat.

(c) Zustimmungsvorbehalte bei Geschäftsführermaßnahmen auf Grundlage einer Gesellschafterweisung

Entgegen einer verbreiteten Ansicht<sup>90</sup> erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH nach herrschender Auffassung auch auf Maßnahmen, welche die Geschäftsführer in Ausführung einer Gesellschafterweisung vornehmen.<sup>91</sup> Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn den Geschäftsführern ein Ermessensspielraum verbleibt.<sup>92</sup> Zumindest insoweit lässt das Gesetz den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH unberührt und hält damit den Gleichlauf zum aktienrechtlichen Zustimmungsvorbehalt aufrecht.

(d) Erforderliches Quorum im Rahmen des §§ 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG

Ferner überträgt die wohl überwiegende Ansicht das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit aus § 111 Abs. 4 S. 4 AktG ohne Modifikationen auf die GmbH.<sup>93</sup> Danach wird eine Machtdivergenz zwischen dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH und dem der AG auch in dieser Frage vermieden.

---

<sup>88</sup> *Deilmann* (Fn. 86), S. 2255; *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 52 Rn. 244; *Schneider*, in: *Scholz II* (Fn. 77), § 52 Rn. 131, 133; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 65 m.w.N.

<sup>89</sup> Vgl. *Herrler*, in: *Grigoleit* (Fn. 50), § 119 Rn. 13; *Vedder* ebd., § 76 Rn. 1.

<sup>90</sup> Vgl. etwa *Wiedemann*, *Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer*, BB 1978, 5 (7); *Zöllner*, *GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung*, ZGR 1977, 319 (327 f.).

<sup>91</sup> *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 65 m.w.N.

<sup>92</sup> *Deilmann* (Fn. 86), S. 2256 f.; *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 146; *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. Aufl. 2008, Rn. 1127; *Schneider*, in: *Scholz II* (Fn. 77), § 52 Rn. 133.

<sup>93</sup> Vgl. *Martens*, *Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes*, AG 1976, 113 (121); *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 52 Rn. 298; *Säcker*, *Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz*, DB 1977, 1845 (1849); *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 66 m.w.N.



## (e) Zusammenfassung

Somit weist der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH zwar durchaus einige Parallelen zu dem in der AG auf. Namentlich entscheidet die herrschende Ansicht die Streitfragen zu (a), (c) und (d) im Sinne eines Gleichlaufs der GmbH- und aktienrechtlichen Rechtspositionen des mitbestimmten Aufsichtsrates. Dessen Stellung wird in der GmbH aber entscheidend dadurch abgeschwächt, dass ihm Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über Geschäftsführungsmaßnahmen entzogen werden. Auf diese Weise entsteht eine Kategorie von Geschäftsführungsmaßnahmen, auf die der Aufsichtsrat von vornherein keinen (rechtlichen) Einfluss hat. Die Tragweite dieser Einschränkung tritt dann voll hervor, wenn man sich verdeutlicht, dass die Gesellschafter gemäß § 37 GmbHG eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführungskompetenz besitzen<sup>94</sup> und zwar auch in der mitbestimmten GmbH.<sup>95</sup> Einen weisungsfreien Bereich hat das MitbestG auch in Bezug auf die laufenden Tagesgeschäfte nicht geschaffen.<sup>96</sup> Infolgedessen können die Gesellschafter nach herrschender Ansicht grundsätzlich jedwede Geschäftsführungsmaßnahme an sich ziehen.<sup>97</sup> Die Befugnisse der Geschäftsführer also den Anwendungsbereich des Zustimmungsvorbehaltes zugunsten des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH können sie folglich beliebig einengen.<sup>98</sup> Von dem Zustimmungsvorbehalt als „wesentlichem Kontroll- und Überwachungsinstrument des Aufsichtsrates“<sup>99</sup> bleibt bei entsprechendem Vorgehen der Gesellschafter dann nicht mehr viel übrig.<sup>100</sup>

<sup>94</sup> So die h.M., vgl. *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2001, 104 (105); *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 4; *Goette*, Das Organverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, 938 (942); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 37 Rn. 12; *Stephan/Tieves*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 37 Rn. 68.

<sup>95</sup> Vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Flume* (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 23 f.

<sup>96</sup> So die h.M., vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 4; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 23 f. jeweils m.w.N.

<sup>97</sup> Vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Flume* (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24; vgl. auch BVerfGE 50, 290 (346).

<sup>98</sup> *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24.

<sup>99</sup> *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 61; vgl. auch oben **B. I. 2. b) dd).**

<sup>100</sup> Im Übrigen handelt es sich dabei lediglich um einen Befund vor dem Hintergrund der – überwiegend mitbestimmungsfreundlichen – herrschenden Auffassung im Schrifttum. Entscheidet man die Streitfragen zu (a), (c) und (d) anders, stellt sich der Zustimmungsvorbehalt in der GmbH als noch schwächere Einflussmöglichkeit dar.

## (5) Personalkompetenz

Einzig die Personalkompetenz des Aufsichtsrates erfährt in der mitbestimmten GmbH gegenüber der in der AG keine Einschränkung. § 31 MitbestG verweist insoweit vollumfänglich<sup>101</sup> auf das Beststellungs- und Abberufungsrecht des aktienrechtlichen Aufsichtsrates aus § 84 AktG.<sup>102</sup>

## (6) Weitere Einflussmöglichkeiten

Auf die übrigen unter **B. I. 2. b) ff)** dargestellten Kompetenzen des Aufsichtsrates verweist das MitbestG nur zum Teil. Namentlich sind die §§ 88, 89 AktG vom Verweis ausgenommen. Ihre analoge Anwendung auf die mitbestimmte GmbH ist umstritten.<sup>103</sup> Da es sich insoweit aber ohnehin um lediglich ergänzende Funktionen des Aufsichtsrates handelt<sup>104</sup>, ist dieser Streit für die vorliegende Untersuchung von untergeordneter Bedeutung. Seine Entscheidung im Sinne der einen oder der anderen Auffassung ändert nichts am Gesamtbefund.

## bb) Drittelbeteiligungsgesetz

Das DrittelbG verweist in § 1 Abs. 1 Nr. 3 bezüglich der Funktion des Aufsichtsrates wie auch das MitbestG<sup>105</sup> auf § 111 Abs. 1 AktG, ordnet dem Aufsichtsrat mithin eine Kontroll- und Überwachungsfunktion zu.

Hinsichtlich der rechtlichen Instrumente, die das DrittelbG ihm hierfür an die Hand gibt, kann für die Informationsrechte, die Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung, die Mitwirkung am Jahresabschluss sowie den Zustimmungsvorbehalt auf die Ausführungen zum MitbestG verwiesen werden. Der Aufsichtsrat in der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH ist demnach im Vergleich zu dem der AG ohnehin nur beschränkt einflussreich.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Umstr. ist jedoch, ob dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH wie dem in der AG auch die Ernennung des Vorsitzenden Geschäftsführers obliegt. Die herrschende Meinung geht von einer entsprechenden Kompetenz aus, vgl. *Oetker*, in: *GroßKommAktG V* (Fn. 84), § 31 MitbestG Rn. 19; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 30 Rn. 8, 9; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), § 37 Rn. 30a jeweils m.w.N.

<sup>102</sup> Hierbei war lange Zeit umstritten, ob diese Kompetenz des Aufsichtsrates zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auch dessen Zuständigkeit für Abschluss und Kündigung der entsprechenden Anstellungsverträge umfasst, vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 Rn. 15. Mittlerweile ist diese Frage höchstrichterlich im Sinne einer entsprechenden Kompetenz des Aufsichtsrates geklärt, vgl. BGHZ 89, 48 (48).

<sup>103</sup> Für eine analoge Anwendung *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 31 Rn. 40. Dagegen etwa *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 90.

<sup>104</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b) ff)**.

<sup>105</sup> Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (1)**.

<sup>106</sup> Vgl. oben **B. II. 2. b) aa)**.

Zusätzlich entfällt im Rahmen der Drittelbeteiligung auch die Personalkompetenz, da das DrittelbG keine § 31 MitbestG entsprechende Regelung kennt.<sup>107</sup>

### III. Ergebnis

Im Ergebnis weist die unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG damit folgende Besonderheiten auf:

Bereits im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG sind die Befugnisse des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH und damit die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer auf die Unternehmensgeschichte im Vergleich zu denen in der AG in nahezu jedweder Hinsicht schwächer ausgeprägt. Nicht nur ist seine Informationsmöglichkeit erheblich eingeschränkt. Auch besitzt er kein Vorschlagsrecht in der Gesellschafterversammlung und kann folglich keine eigene unternehmerische Initiative entfalten. Zudem ist ihm die maßgebliche Mitwirkung am Jahresabschluss über ein Billigungserfordernis und damit sein Einfluss auf die Bilanzpolitik des Unternehmens abgeschnitten. Besonders schwer wiegt die Einschränkung, die der Zustimmungsvorbehalt als wesentliches Element der Kontrolle und Überwachung in der mitbestimmten GmbH erfährt. Bei entsprechendem Vorgehen der Gesellschafter verliert der Zustimmungsvorbehalt seinen nahezu gesamten Anwendungsbereich. Damit entfielen eine der tragenden Säulen für die Position des Aufsichtsrates im Unternehmen und damit für die hierüber vollzogene Arbeitnehmermitbestimmung.<sup>108</sup> Immerhin lässt das MitbestG die Personalkompetenz des Aufsichtsrates in der GmbH im Vergleich zu der in der AG unangetastet. Damit verbleibt dem Aufsichtsrat in der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH zumindest eine wesentliche unternehmerische Einflussmöglichkeit erhalten. Über die ungleich schwächere Stellung, die der Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH gegenüber dem in der AG einnimmt und damit die wesentlich weniger effektive Arbeitnehmermitbestimmung, vermag dies freilich nicht hinwegzutäuschen.<sup>109</sup>

Dem Aufsichtsrat in der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH verbleibt nicht einmal die Personalkompetenz. Damit beschränkt sich der Wirkungsbereich des Aufsichtsrates hier vornehmlich auf beratende und repräsentative Funktionen.<sup>110</sup> Eine effektive Kontrolle der Geschäftsführung kann er mit den

---

<sup>107</sup> Henssler, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 6; Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 6.

<sup>108</sup> Vgl. oben B. II. 2. b) aa) (4) (e).

<sup>109</sup> Vgl. auch BGHZ 135, 48 (56); Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

<sup>110</sup> Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 10.

wenigen ihm hierfür eingeräumten rechtlichen Instrumentarien kaum leisten.<sup>111</sup>

### C. Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele

Im Folgenden soll nun der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzgeber die Ziele erreicht hat, die er bei Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung verfolgte.

#### I. Ziele des Gesetzgebers

Ziel des Gesetzgebers bei Einführung der paritätischen unternehmerischen Mitbestimmung war es einerseits, eine gleichberechtigte und gleichgewichtige – kurz: effektive – Teilhabe von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen zu ermöglichen.<sup>112</sup> Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen sollten dabei so weit wie möglich vermieden werden.<sup>113</sup> Vielmehr steht das MitbestG im Sinne einer „weitgehenden Einheitlichkeit der Mitbestimmungsregelungen“<sup>114</sup>. Andererseits wollte der Gesetzgeber die Mitbestimmung auch „unter weitgehender Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts“<sup>115</sup> regeln. Die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Strukturen (der AG und der GmbH) wollte er folglich nicht antasten. Entsprechendes gilt in abgeschwächtem Umfang<sup>116</sup> für das DrittelbG<sup>117</sup>, in welchem der Gesetzgeber die bis dato geltenden §§ 76 ff. des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 systematisch gliedert und zeitgemäß kodifiziert hat.<sup>118</sup>

Formuliert man diese Zielsetzungen im Sinne eines Leitfadens für die vorliegende Untersuchung um, so kann diese anhand der folgenden beiden Fragen vorgenommen werden:

1. Wie effektiv ermöglichen die Mitbestimmungsgesetze die unternehmerische Mitbestimmung jeweils in AG und GmbH?
2. Wie stark greifen die Gesetze dabei in die bestehenden Grundstrukturen<sup>119</sup> dieser Gesellschaftsformen ein?

<sup>111</sup> Vgl. auch *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 7.

<sup>112</sup> Vgl. Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

<sup>113</sup> Vgl. hierzu auch *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 6 Rn. 1.

<sup>114</sup> Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 21.

<sup>115</sup> Ebd., S. 17.

<sup>116</sup> *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 1.

<sup>117</sup> Vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

<sup>118</sup> *Melot de Beauregard*, Das Zweite Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, DB 2004, 1430 (1430 f.); *Veil*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), Einl. DrittelbG Rn. 2.

<sup>119</sup> Zur Begriffsdefinition der Struktur vgl. unten **C. III.**

## II. Effektivität der Mitbestimmung

Zunächst stellt sich die Frage, wie effektiv<sup>120</sup> sich die Mitbestimmung in den vorgenannten Gesellschaftsformen gestaltet.

### 1. AG

In der AG wird man die Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrates und damit die Möglichkeit der Arbeitnehmer zur unternehmerischen Mitbestimmung vor allem mit Blick auf das Zustimmungserfordernis des § 111 Abs. 4 AktG und die Personalkompetenz des Aufsichtsrates<sup>121</sup> qualitativ als jedenfalls nicht unerheblich bewerten können.<sup>122</sup> Quantitativ hängen sie von der Anwendbarkeit entweder des MitbestG oder des DrittelbG ab, also von der Größe des jeweiligen Unternehmens. Zwar handelt es sich selbst im Anwendungsbereich des MitbestG nur um eine kupiert paritätische Mitbestimmung, weil die Letztentscheidungsbefugnis bei den Aktionären verbleibt.<sup>123</sup> Das ändert aber nichts daran, dass die Arbeitnehmervertreter trotz fehlenden Übergewichts einen nicht unerheblichen Einfluss im Aufsichtsrat und über diesen auf das Unternehmen ausüben können.<sup>124</sup>

### 2. GmbH

In der GmbH hingegen ist eine effektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer über den Aufsichtsrat nach dem DrittelbG kaum und nach dem MitbestG nur in einer im Vergleich zur AG erheblich abgeschwächten Form möglich.<sup>125</sup>

### 3. Ergebnis

Mithin verfehlt der Gesetzgeber weitgehend sein erstes Regelungsziel, die Mitbestimmung in sämtlichen Rechtsformen effektiv sowie möglichst unterschiedslos zu ermöglichen.<sup>126</sup>

---

<sup>120</sup> Dabei kann vorliegend lediglich auf eine Effektivität im normativen Sinne eingegangen werden, also auf den rechtlichen Einfluss, den die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern gewähren. Eine rechtstatsächliche Untersuchung würde den Rahmen der Untersuchung sprengen.

<sup>121</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b) dd)** und **ee)**.

<sup>122</sup> Vgl. auch *Windbichler* (Fn. 31), § 25 Rn. 10, die zutreffend auf das Gleichgewicht zwischen den Organen der Aktiengesellschaft hinweist.

<sup>123</sup> Vgl. oben **B. I. 2. a)**.

<sup>124</sup> Anders ließen sich die bis zum Urteil des *BVerfG*, 1 BvR 532/77; 1 BvR 533/77; 1 BvR 419/78; 1 BvL 21/78 v. 1.3.1979 anhaltenden Diskussionen über die Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG auch nicht erklären, vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 48 ff.

<sup>125</sup> Vgl. oben **B. III.**

### III. Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts

Fraglich ist, ob dies auch für sein zweites Regelungsanliegen gilt, das geltende Gesellschaftsrecht weitestgehend zu schonen, ergo nicht in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Grundstrukturen einzugreifen.<sup>127</sup> In diesem Kontext muss zunächst der Begriff der Struktur näher definiert werden.

Das Gesellschaftsrecht wird entscheidend durch den Dualismus von Privatautonomie der Gesellschafter einerseits und Rechtsformzwang bzw. *numerus clausus* der Rechtsformen andererseits geprägt.<sup>128</sup> So gibt es auf der einen Seite keine Gesellschaft ohne (privatautonome) rechtsgeschäftliche Grundlage.<sup>129</sup> Abweichende Grundmodelle wie etwa die Theorie *Otto von Gierkes*, wonach die Gesellschaft als reale Verbandspersönlichkeit<sup>130</sup> nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch einen sozialrechtlichen Konstitutivakt begründet werde<sup>131</sup>, sind heute obsolet.<sup>132</sup> Andererseits gebietet es der Verkehrsschutz, dass jeder nach außen auftretende Verband gesetzlich klar normiert ist. Dem Rechtsverkehr darf „kein Phantasiegebilde als Rechtssubjekt“<sup>133</sup> vorgesetzt werden. Fragt man also nach einer Strukturveränderung innerhalb einer Gesellschaftsform, so ist damit auf der einen Seite die Frage angesprochen, inwiefern die rechtliche Ausgestaltung des betroffenen Verbandes tangiert ist, namentlich die Stellung und Funktion der verschiedenen Gesellschaftsorgane einschließlich ihres Verhältnisses zueinander.<sup>134</sup> Auf der anderen Seite darf aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, wie stark die Privatautonomie beschnitten wird, die den Gesellschaftern in Hinblick auf die Errichtung und individuelle Ausgestaltung der Gesellschaft verbleibt.<sup>135</sup> Auch diese stellt insofern ein wesentliches

---

<sup>126</sup> Vgl. insoweit auch BGHZ 135, 48 (56); *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

<sup>127</sup> Vgl. oben C. I.

<sup>128</sup> Vgl. hierzu grundlegend *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 75 ff.

<sup>129</sup> *Ebd.*, S. 75.

<sup>130</sup> *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 2. Aufl. 1936, S. 470.

<sup>131</sup> *v. Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 133.

<sup>132</sup> Vgl. BGHZ 21, 370 (374); *Flume* (Fn. 24), S. 315 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 75 ff. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 96.

<sup>134</sup> Diese Definition der Struktur legt *Ulmer* seinem Beitrag "Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH" (Fn. 33) zugrunde, vgl. S. 10.

<sup>135</sup> In diesem Sinne wohl auch *Rittner*, Die paritätische Mitbestimmung und das Gesellschaftsrecht, JZ 1975, 457 (458 ff.); vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 120, der u. a. die Fragen in den Mittelpunkt stellt, inwieweit die Entscheidungsmacht der Gesellschafter beschnitten wird und welche Möglichkeiten den Gesellschaftern verbleiben, um die Organisation der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag zu regeln.

Strukturmerkmal der entsprechenden Gesellschaftsform dar.<sup>136</sup>

Im Folgenden wird mithin zunächst danach zu fragen sein, inwiefern die Mitbestimmungsgesetze die rechtliche Ausgestaltung der AG bzw. GmbH modifizieren. Dann muss untersucht werden, wie stark sie die Privatautonomie beeinträchtigen, welche die Gesellschafter bei Ausgestaltung und Kontrolle der AG bzw. GmbH besitzen.

## 1. AG

Insofern soll wiederum die AG als gesetzgeberisches Leitmodell den Vergleichsmaßstab bilden.

### a) Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der AG

Zunächst zur Modifikation der rechtlichen Ausgestaltung der AG und ihrer Organe:

Es ist zu bemerken, dass die Mitbestimmungsgesetze nicht in den oben dargestellten dreigliedrigen Grundaufbau der AG eingreifen. Ferner bewirken sie keine Verschiebungen innerhalb des Kompetenz- und damit des Machtgefüges zwischen den Organen der AG.<sup>137</sup> Vielmehr bleibt die Hauptversammlung kompetent in allen wesentlichen Unternehmensfragen, vgl. §§ 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 111 Abs. 3, 4 S. 3, 4 AktG.<sup>138</sup> Der Vorstand kann weiterhin gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich agieren und der Aufsichtsrat gewinnt durch die Mitbestimmungsgesetze keinerlei Kompetenzen hinzu.

Fraglich ist demnach, ob allein die nach den Mitbestimmungsgesetzen nicht mehr ausschließlich auf die Hauptversammlung zurückzuführende Besetzung des Aufsichtsrates eine Strukturverschiebung innerhalb der AG herbeiführt. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass mit den Sitzen im Aufsichtsrat durchaus gesteigerte Informationsrechte und -möglichkeiten der Arbeitnehmer innerhalb des Unternehmens verbunden sind, vgl. §§ 111 Abs. 2 S. 1, 90 AktG. Zudem ist die Einbindung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat freilich Ausdruck der gesetzgeberischen Anerkennung der Belange und des Stellenwertes der Arbeitnehmer im Unternehmen.<sup>139</sup> Unter diesem Eindruck wurde bisweilen gleichsam aus dem Gesamtelos des MitbestG hergeleitet, an die Stelle der AG

<sup>136</sup> Vgl. für die GmbH *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), Einl. Rn. 4; *Windbichler* (Fn. 31), § 20 Rn. 3; für die AG vgl. *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 50), Einl. Rn. 1; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 9 Rn. 52 ff.

<sup>137</sup> Vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 15 ff., 38 f.

<sup>138</sup> Vgl. *ebd.*, S. 20 f.

<sup>139</sup> Vgl. *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 3; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. Rn. 2.

sei eine neuartige, soziologisch eigenständige und verbandsmäßig strukturierte Entität getreten: das Unternehmen.<sup>140</sup> Eine solche Sichtweise weist jedoch durchaus starke Parallelen zu der – heute einhellig abgelehnten – Theorie *Otto von Gierkes* von der realen Verbandspersönlichkeit auf.<sup>141</sup> Zudem findet sie in den Mitbestimmungsgesetzen keine Stütze. Selbst die (kupiert) paritätische Besetzung des Aufsichtsrates nach dem MitbestG vermag die Annahme einer solch gravierenden Strukturverschiebung nicht zu rechtfertigen. Vielmehr bleibt nach geltendem Recht im Außenverhältnis allein die AG Rechtssubjekt, vgl. § 1 Abs. 1 AktG. Auch im Innenverhältnis finden nennenswerte Strukturveränderungen nicht statt.<sup>142</sup>

Im Ergebnis wird man nicht einmal eine Strukturveränderung innerhalb des mitbestimmten Aufsichtsrates selbst feststellen können. Zwar bringt das MitbestG einige rechtstechnische Neuerungen und Modifikationen mit sich. Namentlich trifft es in §§ 27, 28 und 29 präzise Regelungen zum Vorsitz im Aufsichtsrat, dessen Beschlussfähigkeit sowie zum Abstimmungsverfahren. Dabei handelt es sich aber eben nur um Modifikationen, welche den übrigen Regelungen des MitbestG Rechnung tragen. Eine grundlegende Umgestaltung des Organes Aufsichtsrat, die der Bezeichnung Strukturveränderung gerecht würde, haben sie nicht zur Folge.<sup>143</sup>

Allenfalls ließe sich erwägen, ob die Mitbestimmungsgesetze eine Veränderung der für die Organe der AG maßgeblichen Handlungsmaxime vom Gesellschafts- hin zum Unternehmensinteresse bewirken und insofern auf die Struktur der AG Einfluss nehmen.<sup>144</sup> Damit ist die bis heute anhaltende Kontroverse um das Verhältnis von *shareholder approach* (Gesellschaftsinteresse) und *stakeholder approach* (weiter gefasstes – auch Arbeitnehmerbelange einschließendes – Unternehmensinteresse) angesprochen.<sup>145</sup> So wurde jedenfalls die durch das MitbestG eingeführte paritätische Mitbestimmung vielfach als Indiz dafür herangezogen, die unternehmensleitenden Organe hätten *de lege lata* nicht mehr

---

<sup>140</sup> *Raiser*, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, 1461 (1462 f.); vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 17 f.

<sup>141</sup> Vgl. oben **C. III.**; vgl. ferner *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 477 f.

<sup>142</sup> Vgl. oben **C. III. 1. a).**

<sup>143</sup> So im Ergebnis auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 23 ff.

<sup>144</sup> So etwa *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussions-schwerpunkte, AcP 202 (2002), 143 (159 f.); vgl. hierzu ferner *ders.* (Fn. 33), S. 30 ff.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 14 (15). Freilich deuten die hier gewählten Begrifflichkeiten die dahinterstehenden Probleme und Wertungskonflikte nur in Umrissen an, vgl. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 804 ff.; Sie schaffen indes für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung hinreichend klare Konturen.



allein die Aktionärsinteressen zu beachten.<sup>146</sup> Unterdessen wird diese Debatte aber in erster Linie gar nicht mehr vor dem Hintergrund der Mitbestimmungsgesetze geführt.<sup>147</sup> Vielmehr sind hierbei anderweitige Aspekte – etwa die Auswirkungen des Unionsrechts<sup>148</sup> oder der *Corporate Governance*<sup>149</sup> (letztere freilich nur im Sinne einer Klarstellung der Rechtslage<sup>150</sup>, vgl. Ziff. 4.1.1, 5.5.1 DCGK) – in den Fokus gerückt. Auch das Aktienrecht selbst<sup>151</sup> sowie seine historische Entwicklung<sup>152</sup> spielen weiterhin eine entscheidende Rolle. Diese Aspekte überlagern die Auswirkungen der Mitbestimmungsgesetze. Letzteren kommt im Rahmen der Frage nach Gesellschafts- und Unternehmensinteresse keine tragende Bedeutung (mehr) zu.<sup>153</sup> Auch insofern führen die Mitbestimmungsgesetze daher keine Strukturveränderung der AG herbei.

Die rechtliche Ausgestaltung der AG ist damit nach wie vor unverändert.<sup>154</sup>

#### b) Eingriff in die Privatautonomie

Zu untersuchen bleibt, ob und wie stark die Mitbestimmungsgesetze die Privatautonomie der Gesellschafter bei Ausgestaltung und Kontrolle der AG beeinträchtigen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es unerlässlich, die Privatautonomie in ihre einzelnen Wirkungsweisen im Gesellschaftsrecht aufzugliedern.<sup>155</sup> Gemeinhin

---

<sup>146</sup> So etwa *Hopt*, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534 (536); *Schneider*, Aktienoptionen als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZIP 1996, 1769 (1772); ähnlich *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte, AcP 202 (2002), 143 (159 f.); vgl. hierzu *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 65.

<sup>147</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 76 Rn. 24 ff.

<sup>148</sup> Vgl. *Fendt*, Der Aufsichtsrat in der Mitverantwortung einer interessenpluralistischen Formalzielbestimmung, AG 2017, 99 (passim); *Hommelhoff*, Nichtfinanzielle Unternehmensziele im Unionsrecht, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 137 (137 ff.); *Schön*, Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, ZHR 180 (2016), 279 (passim); *Seibert*, 50 Jahre Aktiengesetz 1965, AG 2015, 593 (596).

<sup>149</sup> Vgl. *v. Werder*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, 6. Aufl. 2016, Ziff. 4.1.1 Rn. 802 ff.; vgl. ferner *Goslar*, in: Wilsing, DCGK Kommentar, 2012, Ziff. 4.1.1 Rn. 12 ff.

<sup>150</sup> Für eine normative Aussage wäre die *Regierungskommission Corporate Governance* gar nicht legitimiert, vgl. *Fleischer*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 67; *Mülbert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 (771).

<sup>151</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 76 Rn. 36 ff.

<sup>152</sup> Vgl. *ebd.*, § 76 Rn. 22 f.

<sup>153</sup> Vgl. *Mülbert* (Fn. 150), S. 771; vgl. auch *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 65; *ders.*, Corporate Social Responsibility in der AG – Mythos oder Relität?, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 1133 (1139).

<sup>154</sup> *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 1 Rn. 37.

werden Gründungs-, Typenwahl-, Satzungs-, Willensbildungs- und zuletzt Auflösungs- bzw. Änderungsautonomie (als Fortsetzung der Satzungsautonomie) unterschieden.<sup>156</sup>

Fraglich ist, in welche dieser Freiheiten die Mitbestimmungsgesetze bei der AG eingreifen. In Betracht kommt dabei hauptsächlich ein Eingriff in die Willensbildungsautonomie.<sup>157</sup> Willensbildungsautonomie bedeutet, dass die Willensbildung innerhalb einer Gesellschaft allein auf deren Gesellschafter zurückgeht.<sup>158</sup> Willensbildung findet in der AG insbesondere auch im Aufsichtsrat statt. Die Autonomie der Gesellschafter wahrt das AktG dabei dadurch, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates gemäß § 101 Abs. 1 AktG grundsätzlich von den Gesellschaftern bestellt werden. Ordnen die Mitbestimmungsgesetze nunmehr die Besetzung des Aufsichtsrates zu einem Drittel bzw. gar zur Hälfte mit durch die Arbeitnehmer gewählten Arbeitnehmervertretern an, so geht damit erkennbar ein Eingriff in die Willensbildungsautonomie der Aktionäre einher.

Weitere Eingriffe in die Privatautonomie sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Satzungsautonomie der Aktionäre nicht berührt, weil ein Aufsichtsrat in der AG mit entsprechenden Kompetenzen ohnehin immer zwingend zu bilden ist. Da das Aktienrecht den Aktionären insoweit schon gar keinen Raum für privatautonome Gestaltung belässt, können die Mitbestimmungsgesetze diesen auch nicht weiter verengen.

### c) Ergebnis

Im Ergebnis greifen die Mitbestimmungsgesetze damit in die Grundstrukturen der AG lediglich insoweit ein, als sie die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter im Aufsichtsrat beschneiden.<sup>159</sup> Dies ist indes gerade Sinn und Zweck der unternehmerischen Mitbestimmung. Ohne einen entsprechenden Eingriff ließe sie sich nicht verwirklichen. Zugespitzt formuliert besteht unternehmerische Mitbestimmung gerade in einer eingeschränkten Willensbildungsautonomie der Gesellschafter um der Arbeitnehmer willen.<sup>160</sup> Im Übrigen wird das geltende Gesellschaftsrecht geschont. Die unternehmerische Mitbestimmung fügt sich reibungslos in die Systematik des Aktienrechts ein. In Bezug auf die

---

<sup>155</sup> Vgl. hierzu grundlegend *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 248 ff.; *ders.* (Fn. 135), S. 459.

<sup>156</sup> Vgl. *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 248 ff.; *ders.* (Fn. 135), S. 459.

<sup>157</sup> *Rittner* (Fn. 135), S. 459.

<sup>158</sup> *Ebd.*

<sup>159</sup> Dieser hängt in seiner Intensität davon ab, in welchem Umfang die Mitbestimmung stattfindet; ob sich die AG also im Anwendungsbereich des MitbestG oder lediglich des DrittelbG bewegt.

<sup>160</sup> Vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

AG als legislatorischem Leitmodell wird der Gesetzgeber seinem zweiten Regelungsziel gerecht.

## 2. GmbH

Fraglich ist, ob das für die AG gefundene Ergebnis auch auf die GmbH übertragbar ist.

### a) Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der GmbH

Zunächst zur Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der GmbH:

Im Gegensatz zur Rechtslage bei der AG tangieren die Mitbestimmungsgesetze bereits den – grundsätzlich bipolaren – Aufbau der GmbH. Diese besteht regelmäßig aus Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern.<sup>161</sup> Einen Aufsichtsrat kann die Satzung gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG zwar fakultativ vorsehen. Typisch für die GmbH ist er indes nicht.<sup>162</sup> Ferner ordnen die Mitbestimmungsgesetze dem obligatorischen Aufsichtsrat zwingende Kompetenzen zu. Auch dies widerspricht dem Grundmodell der GmbH, wonach die Kompetenzen eines etwa nach der Satzung einzurichtenden Aufsichtsrates grundsätzlich zur Disposition der Gesellschafter stehen.<sup>163</sup> Insofern bewirken die Mitbestimmungsgesetze einen nicht von der Hand zu weisenden Einfluss auf den gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Grundaufbau der GmbH.<sup>164</sup>

Zwar geht hiermit eine grundlegende Verschiebung des Kompetenz- und Machtgefüges in der GmbH nicht einher.<sup>165</sup> Vielmehr bleibt die Gesellschafterversammlung oberstes Organ der Gesellschaft und in allen wesentlichen Fragen kompetent.<sup>166</sup> Insbesondere hat sie die Möglichkeit, den Wirkungsbereich des Zustimmungsvorbehaltes, also des wesentlichen Kontroll- und Überwachungsinstrumentes des Aufsichtsrates, auf ein Minimum zu reduzieren, indem sie sämtliche Geschäftsführungsfragen an sich zieht.<sup>167</sup> Gleichwohl darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass zumindest im Anwendungsbereich des MitbestG mit der Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführer ein nicht unwesentliches Instrument der Unternehmensleitung<sup>168</sup> von der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) auf den Aufsichtsrat übertragen wird.

<sup>161</sup> Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 1.

<sup>162</sup> Vgl. Raiser/Heermann, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 4.

<sup>163</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 3.

<sup>164</sup> Vgl. *ibd.*, Einl. Rn. 40.

<sup>165</sup> Vgl. aber Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 3, die auf eine „Verschiebung der Gewichte“ hinweist.

<sup>166</sup> BGHZ 135, 48 (56).

<sup>167</sup> Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (4) (e)**.

<sup>168</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b) ee)**.

Mittelbar stärkt das MitbestG damit auch die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung und damit im Kompetenz- und Machtgefüge der GmbH.<sup>169</sup> Entgegen der Rechtslage in der mitbestimmungsfreien GmbH können die Geschäftsführer gemäß §§ 31 Abs. 1 MitbestG, 84 Abs. 3 AktG nämlich nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und auch dann nur durch den Aufsichtsrat abberufen werden.<sup>170</sup>

Fraglich bleibt, ob die Mitbestimmungsgesetze in Hinblick auf die Handlungsmaxime für den Geschäftsführer eine Verschiebung vom Gesellschaftsinteresse (*shareholder approach*) hin zum Unternehmensinteresse (*stakeholder approach*) bewirken.<sup>171</sup> Insoweit ist zunächst zu beachten, dass der Geschäftsführer in der mitbestimmungsfreien GmbH nach herrschender Ansicht grundsätzlich allein das Gesellschaftsinteresse zu berücksichtigen hat.<sup>172</sup> „Die aktienrechtlichen Begründungsmuster für eine interessenpluralistische Zielkonzeption passen nicht auf das GmbH-Recht.“<sup>173</sup> Auch die vorgenannten unionsrechtlichen Einflüsse und die Klarstellungen des DCGK in Bezug auf die Handlungsmaximen für die Geschäftsführung betreffen zuvörderst börsennotierte Unternehmen<sup>174</sup> also vornehmlich den AG-Vorstand.<sup>175</sup> Damit scheint eine durch die Mitbestimmungsgesetze bewirkte Interessenverlagerung hinsichtlich der Geschäftsführung in der GmbH – anders als bei der AG<sup>176</sup> – nicht ausgeschlossen. Teilweise wird dies unter Hinweis darauf verneint, die Mitbestimmungsgesetze hätten gerade keinen weisungsfreien Raum eigenverantwortlicher Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers (in Arbeitnehmerbelangen) geschaffen.<sup>177</sup> Insoweit sei

---

<sup>169</sup> Hommelhoff (Fn. 7), S. 130 ff.; Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 17; Ulmer (Fn. 33), S. 44; Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 3.

<sup>170</sup> Dass der Geschäftsführer auf diese Art und Weise durch das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung einerseits und seine Abhängigkeit vom Aufsichtsrat andererseits zum „Diener zweier Herren“ wird und damit Gefahr läuft, in unauflösbare Interessenkonflikte verwickelt zu werden, ist eine weitere Inkonsistenz, die das MitbestG durch die systemwidrige Übertragung des Aktienrechts auf die GmbH erzeugt, vgl. auch Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 17.

<sup>171</sup> Vgl. oben C. III. 1. a).

<sup>172</sup> Fleischer, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 43 Rn. 13 ff. m.w.N.; vgl. auch Altmeyden, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 43 Rn. 7; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 43 Rn. 20. Teilweise wird auch BGH, NZG 2003, 528 in diesem Sinne gedeutet, vgl. Klöhn, in: Bork/Schäfer, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2015, § 43 Rn. 3.

<sup>173</sup> Klöhn, in: Bork/Schäfer (Fn. 172), § 43 Rn. 16.

<sup>174</sup> Vgl. Hommelhoff, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht, in: FS Bruno Kübler, 2015, S. 291 (291); vgl. ferner die Präambel des DCGK.

<sup>175</sup> Vgl. oben C. III. 1. a).

<sup>176</sup> Vgl. oben C. III. 1. a).

<sup>177</sup> Vgl. oben B. II. 2. b) aa) (4) (e); vgl. ferner Paefgen, in: Großkomm-GmbHG II (Fn. 73), § 37 Rn. 31.

dieser weiterhin ausschließlich der Gesellschafterversammlung verantwortlich und habe folglich auch die Arbeitnehmerbelange nicht zwingend zu berücksichtigen.<sup>178</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass (zumindest) das MitbestG dem Geschäftsführer zwar keinen Bereich eigenverantwortlicher Tätigkeit einräumt, ihn jedoch immerhin aus seiner alleinigen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschafterversammlung hinauslöst, indem es die Personalkompetenz auf den mitbestimmten Aufsichtsrat überträgt.<sup>179</sup> Gleichzeitig überführt es ihn in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.<sup>180</sup> Folglich wird er bei seinen Entscheidungen zumindest auch die Interessen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen haben.<sup>181</sup> Damit bewirkt zumindest das MitbestG für die Geschäftsführung in der GmbH eine Erweiterung der zu berücksichtigenden Belange über das reine Gesellschaftsinteresse hinaus jedenfalls auf die Belange der Arbeitnehmer.<sup>182</sup>

Kann man *in summa* auch nicht von einer grundlegenden Veränderung der gesetzlich vorgezeichneten GmbH-Struktur sprechen<sup>183</sup>, so lassen die Mitbestimmungsgesetze die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der GmbH (anders als die der AG) immerhin nicht gänzlich unberührt.<sup>184</sup> Sie ersetzen den grundsätzlich bipolaren Aufbau durch einen zwingend dreigliedrigen. Darüber hinaus löst das MitbestG die Geschäftsführer aus ihrer alleinigen Abhängigkeit von der Gesellschafterversammlung heraus und räumt ihnen über den Verweis auf § 84 Abs. 3 AktG immerhin ein gewisses Maß an Unabhängigkeit ein, welches sie in der idealtypischen GmbH nicht besitzen.<sup>185</sup> Damit geht auch eine Erweiterung der von der Geschäftsführung zu beachtenden Interessen jedenfalls um die Belange der Arbeitnehmer einher.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> So *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 43 Rn. 20.

<sup>179</sup> Vgl. *Ulmer* (Fn. 33), S. 43 f.; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 Rn. 17.

<sup>180</sup> *Ulmer* (Fn. 33), S. 43 f.

<sup>181</sup> So im Ergebnis auch *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 138; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 29; vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 44.

<sup>182</sup> Vgl. auch *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 29; *Ulmer* (Fn. 33), S. 44.

<sup>183</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155. Die mitbestimmte GmbH wird nicht etwa zu einer „kleinen AG“.

<sup>184</sup> *Ulmer* (Fn. 33), S. 40, bezeichnet die Strukturveränderung der mitbestimmten GmbH gegenüber der Normal-GmbH gar als unübersehbar; vgl. ferner *Windbichler* (Fn. 31), § 22 Rn. 3, die von einer „Verschiebung der Gewichte“ spricht. Vgl. auch *Fichtelmann/A. Bartl*, in: Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2013, § 45 Rn. 12; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), Einl. Rn. 39 f.

<sup>185</sup> Vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 37 Rn. 3 f.

<sup>186</sup> Vgl. oben **C. III. 2. a).**

*b) Eingriff in die Privatautonomie*

Ferner stellt sich auch für die GmbH die Frage nach der Intensität des Eingriffs in die Privatautonomie, die das GmbH-Recht den Gesellschaftern bei Ausgestaltung und Direktion der Gesellschaft belässt.

Dabei sind wiederum Gründungs-, Typenwahl-, Satzungs-, Willensbildungs- und zuletzt Auflösungs- bzw. Änderungsautonomie (als Fortsetzung der Satzungsautonomie) zu unterscheiden.<sup>187</sup>

Wie in der AG bewirken die Mitbestimmungsgesetze auch bei der GmbH einen Eingriff in die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter. Die Willensbildung in der GmbH findet gewöhnlich in der Gesellschafterversammlung statt. Sie ist nach der Konzeption des GmbH-Rechts allzuständig, insbesondere im Hinblick auf Struktur- sowie wichtige Einzelmaßnahmen.<sup>188</sup> Ferner kann sie jegliche Geschäftsführungsmaßnahme an sich ziehen<sup>189</sup>, und zwar auch in der mitbestimmten GmbH.<sup>190</sup> Indem die Mitbestimmungsgesetze einen Teil dieser Kompetenzen – insbesondere die Personalkompetenz – und damit einen Teil der Willensbildung innerhalb der GmbH auf einen mitbestimmten Aufsichtsrat übertragen, greifen sie in die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter ein. Denn die Entscheidungen des mitbestimmten Aufsichtsrates lassen sich nicht mehr allein auf den Willen der Gesellschafter zurückführen.<sup>191</sup>

Allerdings greifen die Mitbestimmungsgesetze (anders als bei der AG) nicht nur in die Willensbildungs-, sondern auch in die Satzungsautonomie der Gesellschafter ein. Ursache hierfür ist, dass das GmbH-Recht den Gesellschaftern (anders als das Aktienrecht) grundsätzlich die Freiheit gewährt, zu entscheiden, ob sie einen Aufsichtsrat einrichten und wie sie gegebenenfalls dessen Kompetenzen bestimmen will, vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG. Die gesetzliche Struktur der GmbH ist mithin auch insoweit von der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter geprägt. Da die Mitbestimmungsgesetze diese beschneiden, greifen sie in jene ein.

---

<sup>187</sup> Vgl. oben **C. III. 1. b)**.

<sup>188</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 1.

<sup>189</sup> *Ebd.*, § 46 Rn. 1.

<sup>190</sup> Vgl. Altmeyden, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; Flume (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; Koppenssteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24; vgl. auch BVerfGE 50, 290 (346).

<sup>191</sup> Die Intensität des Eingriffs hängt dabei wiederum von der Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ab, also von der Anwendbarkeit entweder des DrittelbG oder des MitbestG, vgl. oben **A.** und **C. III. 1. c)** i.V.m. Fn. 159.

Folglich geht mit den Mitbestimmungsgesetzen in der GmbH ein stärkerer Eingriff in die Privatautonomie der Gesellschafter einher als in der AG.<sup>192</sup> Während die Mitbestimmungsgesetze in der AG allein die Willensbildungsautonomie tangieren, sind in der GmbH sowohl die Willensbildungs- als auch die Satzungsautonomie betroffen.<sup>193</sup>

#### c) Ergebnis

Die unternehmerische Mitbestimmung greift mithin weitaus intensiver in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH ein als in die der AG.

### IV. Ergebnis

Im Ergebnis gestaltet sich die Mitbestimmung in der GmbH damit weitaus weniger effektiv als die in der AG, obgleich sie intensiver in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH eingreift. Damit verfehlt der Gesetzgeber seine bei Einführung der Mitbestimmungsgesetze verfolgten Ziele, eine für alle Rechtsformen gleichermaßen effektive unternehmerische Mitbestimmung bei größtmöglicher Schonung des geltenden Gesellschaftsrechtes zu ermöglichen.

#### D. Ursache

Ursache hierfür ist – wie oben dargetan – die starre Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über den Aufsichtsrat auch auf die GmbH. Sie erweist sich nur *prima facie* als einheitliche Mitbestimmungsregelung. Dies leuchtet ein, wenn man bedenkt, dass es sich bei der GmbH nicht um eine „kleine AG“ handelt, sondern vielmehr um ein *aliud*.<sup>194</sup> Ein organspezifischer Ansatz kann die gesetzgeberische Zielvorgabe einer möglichst einheitlich effektiven Mitbestimmung<sup>195</sup> schon allein deswegen nicht erfüllen, weil den Organen in den verschiedenen Gesellschaftsformen keine homogenen Rechtspositionen zukommen.<sup>196</sup> Zwar gibt es Organe, die hinsichtlich ihrer Funktion und

<sup>192</sup> Vgl. auch Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 6.

<sup>193</sup> Der Grund hierfür liegt zwar schlicht darin, dass das GmbH-Recht den Gesellschaftern die Satzungsautonomie in größerem Umfang belässt als das Aktienrecht. Betrachtet man jedoch auch den Umfang der den Gesellschaftern verbleibenden Privatautonomie als Strukturmerkmal der jeweiligen Gesellschaftsform, so ändert dies nichts am hier beschriebenen Befund, vgl. hierzu oben C. III.

<sup>194</sup> Vgl. Hommelhoff (Fn. 7), S. 155; vgl. oben A.

<sup>195</sup> Vgl. oben C. I.

<sup>196</sup> Vgl. oben B. II. 2. b). Besonders deutlich würde dies, sollte der Gesetzgeber entsprechenden Forderungen aus der Literatur nachkommen und auch Personengesellschaften der unternehmerischen Mitbestimmung unterwerfen, vgl. hierzu Hommelhoff (Fn. 20), S. 1785 f. Denn Personengesellschaften verfügen nicht einmal über Organe im Sinne des organspezifischen Ansatzes, vgl. Windbichler (Fn. 31), § 2 Rn. 17 f.

Ausgestaltung rechtsformübergreifend durchaus vergleichbar sind.<sup>197</sup> Eine für die Schaffung eines möglichst unterschiedslosen Mitbestimmungsrechts hinreichende Übereinstimmung wird man ihnen indes nicht attestieren können.<sup>198</sup> Divergenz und Vielfalt sind im Übrigen auch Zweck der verschiedenen Gesellschaftsformen. Mit ihnen will der Gesetzgeber Unternehmen gerade verschiedene Rechtsgebilde zur Verfügung stellen, zwischen denen sie ihren individuellen Bedürfnissen entsprechend wählen können.<sup>199</sup> Insofern tritt der organspezifische Ansatz bereits grundlegend mit dem Ziel des Gesetzgebers in Konflikt, eine möglichst einheitliche Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des Gesellschaftsrechts zu ermöglichen. Ein Mitbestimmungsregime, das diesen Zielvorgaben gerecht werden will, muss den grundlegenden Strukturunterschieden zwischen den Gesellschaftsformen Rechnung tragen.

### E. Vorschlag

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, ein entsprechendes Mitbestimmungsmodell *de lege ferenda* in seinen Ansätzen zu skizzieren.<sup>200</sup> Ein detaillierter Vorschlag oder auch nur eine abschließende Festlegung auf ein solches Modell ist im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht zu leisten.

### I. Anpassung des organspezifischen Ansatzes

Dabei ist zunächst der Frage nachzugehen, ob der vom Gesetzgeber gewählte organspezifische Ansatz womöglich in einer Art und Weise modifiziert werden könnte, die die aufgezeigten Widersprüche auflöst.

Insoweit bestünde zunächst die Möglichkeit, den Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH dem in der AG anzupassen. Man könnte ihm etwa gleichwertige Informations- und Vorschlagsrechte einräumen. Ferner ließe sich ein der Rechtslage in der AG entsprechendes Billigungserfordernis hinsichtlich des Jahresabschlusses konstatieren und der Zustimmungsvorbehalt ließe sich auf Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafterversammlung erstrecken. Auf diesem Wege würde die Effektivität der Mitbestimmung in der GmbH der in der AG zwar durchaus angenähert. Damit ginge indes ein ungleich schwer-

<sup>197</sup> Vgl. zur organisatorischen Struktur von Körperschaften *Windbichler* (Fn. 31), § 2 Rn. 12; vgl. ferner *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 3 Rn. 2.

<sup>198</sup> Vgl. *Windbichler* (Fn. 31), § 22 Rn. 3. Auf der einen Seite die hierarchisch strukturierte GmbH. Auf der anderen Seite die vom Gleichgewicht der drei Gesellschaftsorgane geprägte AG.

<sup>199</sup> Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 98 ff.; *Windbichler* (Fn. 31), § 4 Rn. 1 ff.

<sup>200</sup> Gewiss wird dabei der Boden dogmatischer Analyse verlassen und das Feld des Rechtspolitischen betreten. Der Beitrag bleibt seinem juristischen Ansatz allerdings insoweit treu, als er eine Lösungsmöglichkeit auf Grundlage der vom Gesetzgeber deklarierten Ziele sucht und solche nicht eigenmächtig definiert.



wiegenderer Eingriff in die Struktur der GmbH einher. Diese würde gleichsam zu einer „kleinen AG“. Als solche ist sie aber bewusst nicht konzipiert.<sup>201</sup> Das gesetzgeberische Ziel, das geltende Gesellschaftsrecht im Rahmen der Mitbestimmung weitestgehend zu schonen, würde dadurch verfehlt. Eine Annäherung der Kompetenzen des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH an die der AG scheidet als Lösungsmöglichkeit also eher aus.

Umgekehrt würde eine Abschwächung der Kompetenzen des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH zwar das GmbH-Recht stärker schonen. Dann würde aber die Effektivität der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH noch weiter reduziert.

Berücksichtigt man die vorgenannten Ziele des Gesetzgebers, scheint eine Anpassung des organspezifischen Ansatzes damit als schwer gangbar.<sup>202</sup> Dieser Gedanke soll daher hier nicht weiter verfolgt werden.

## II. Funktionsspezifischer Ansatz

Möglicherweise ließen sich die oben dargestellten Friktionen aber auflösen, wenn man für die unternehmerische Mitbestimmung nicht organspezifisch, sondern anderweitig ansetzt. Um einen solchen Ansatz zu ermitteln, bietet es sich an, die unternehmerische Mitbestimmung anhand ihres Zweckes auf ihren wesentlichen Kerngehalt – ihren Nukleus – hin zu untersuchen und dann einen Anknüpfungspunkt im geltenden Gesellschaftsrecht zu identifizieren, über den sich dieser Nukleus systemkonform in sämtliche Gesellschaftsformen einbetten lässt. Namentlich muss es sich dabei um einen Anknüpfungspunkt handeln, der (anders als die grundlegend verschieden ausgestalteten Organe<sup>203</sup>) allen Gesellschaftsformen gemein ist.

Die unternehmerische Mitbestimmung soll die angemessene Berücksichtigung der Belange der Arbeitnehmer in Unternehmen gewährleisten.<sup>204</sup> Zu diesem Zweck sind die Arbeitnehmer in gewisse Entscheidungsprozesse innerhalb des

---

<sup>201</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155.

<sup>202</sup> Vgl. aber die Reformvorschläge auf Grundlage des bestehenden Systems von *Raiser* (Fn. 18) und des Votums der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung gegenüber Bundeskanzlerin *Merkel* im Dezember 2006; vgl. hierzu *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 75 ff.

<sup>203</sup> Vgl. oben **D**.

<sup>204</sup> *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 2; vgl. auch *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), Einl. Rn. 25 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), Einl. Rn. 1 ff.

Unternehmens einzubinden.<sup>205</sup> Dies stellt den Kerngehalt unternehmerischer Mitbestimmung dar.<sup>206</sup> Jene Entscheidungsprozesse ordnet das Gesellschaftsrecht in den jeweiligen Rechtsformen verschiedenen Organen im Sinne von Kompetenzen bzw. Funktionen zu. Es dürfte für die unternehmerische Mitbestimmung im Kern also nicht darauf ankommen, *wo* die Arbeitnehmer beteiligt werden, sondern vielmehr, *woran*. Eine an den vorgenannten Zielen des Gesetzgebers orientierte unternehmerische Mitbestimmung sollte folglich bei den Kompetenzen bzw. Funktionen innerhalb der Gesellschaft ansetzen, und zwar unabhängig davon, welchem Organ das Gesellschaftsrecht diese konkret zuordnet. Da zwischen den Kompetenzen und Funktionen in den jeweiligen Gesellschaftsformen (bspw. Bestellung der Geschäftsführer und Überwachung derselben) anders als zwischen den sie ausübenden Organen keine Unterschiede bestehen, wäre ein solcher Ansatz auch den gegenüber dem organspezifischen Ansatz bestehenden Bedenken nicht ausgesetzt.<sup>207</sup> Ob und gegebenenfalls wie ein solcher – im Folgenden „funktionsspezifischer Ansatz“ genannt – konkret verwirklicht werden könnte, soll anhand des Beispiels der GmbH näher erörtert werden.

### 1. Der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegende Funktionen

Erste Voraussetzung für die Realisierung eines funktionsspezifischen Ansatzes ist es, die Funktionen herauszuarbeiten, bei denen nach der Vorstellung des Gesetzgebers für die Mitbestimmung angesetzt werden soll. Insoweit, attestiert *Raiser*<sup>208</sup>, fehle es dem Gesetzgeber an einem Gesamtkonzept. Folgte man dieser These, stellte dies die Realisierbarkeit eines funktionsspezifischen Ansatzes durchaus in Frage. Denn lassen sich die Funktionen, an denen die Arbeitnehmer im Unternehmen teilhaben sollen, dem gesetzgeberischen Willen nicht eindeutig entnehmen, so darf eine juristische Betrachtung diese nicht willkürlich feststellen; vielmehr ist dies dem Gesetzgeber vorbehalten.

Zutreffend ist die These *Raisers* sicher insofern, als der Gesetzgeber keinen expliziten Katalog aufstellt, in welchem er die Funktionen im Unternehmen *expressis verbis* festlegt, an denen die Arbeitnehmer im Wege der Mitbestimmung teilhaben sollen. Das schließt jedoch nicht aus, dass er die vorgenannten

---

<sup>205</sup> Vgl. RegE, BT-Drucks. 7/2172, 17; *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 9 i.V.m. Fn. 23; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 1.

<sup>206</sup> Vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 9 i.V.m. Fn. 23; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

<sup>207</sup> Zu den Bedenken gegen einen funktionsspezifischen Ansatz im Rahmen der Mitbestimmung in der GmbH vgl. unten **E. II. 5.**

<sup>208</sup> *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), Einl. Rn. 66.

Funktionen auf anderem Wege – gleichsam konkludent – definiert hat.<sup>209</sup> Ausgangspunkt der Untersuchung kann dabei nur die gesetzliche Konzeption, genauer das Regelungssystem des Mitbestimmungsrechts, sein. Der Gesetzgeber hat die unternehmerische Mitbestimmung erkennbar anhand der AG entwickelt und auf diese zugeschnitten. Die AG ist legislatorisches Leitbild der Mitbestimmungsgesetze.<sup>210</sup> Innerhalb der AG verortet der Gesetzgeber die unternehmerische Mitbestimmung vor allem im Aufsichtsrat. Mit diesem legislatorischen Grundmodell determiniert er zeitgleich das Funktionenprogramm, an dem die Arbeitnehmer im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung *idealerweise* teilhaben sollen. Namentlich handelt es sich dabei um jene Funktionen und Kompetenzen, die dem Aufsichtsrat innerhalb der AG zukommen.

Es muss bei funktionsspezifischer Behandlungsweise mithin im Wesentlichen an den unter **B. I. 2. b)** dargestellten Kompetenzen und Befugnissen des aktienrechtlichen Aufsichtsrates angesetzt werden. Folgt man dem, sind die Arbeitnehmervertreter im Einzelnen folgendermaßen zu beteiligen:

1. Ihnen muss ein den §§ 111 Abs. 2, 90 AktG qualitativ entsprechendes *Informationsrecht* eingeräumt werden.
2. Sie müssen entsprechend § 111 Abs. 3 AktG eine Gesellschafterversammlung *einberufen* können. Dabei müssen sie im Sinne des § 124 Abs. 3 AktG *Vorschläge zur Beschlussfassung* machen und nach Maßgabe des § 118 Abs. 3 AktG *teilnehmen* können.
3. Die Arbeitnehmervertreter müssen entsprechend §§ 170, 171 und insbesondere 172 AktG am *Jahresabschluss* mitwirken können.
4. Ferner sind sie an der Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft in einer dem *Zustimmungsvorbehalt* des § 111 Abs. 4 AktG vergleichbaren Weise zu beteiligen.
5. Auch müssen sie entsprechend § 84 AktG an der *Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer* mitwirken können.

---

<sup>209</sup> Nur *prima facie* dagegen Hommelhoff (Fn. 7), der den organspezifischen Ansatz zunächst als gesetzgeberische Absage an sämtliche abweichenden Modelle der unternehmerischen Mitbestimmung bezeichnet (S. 141), diese Aussage jedoch später (S. 142) wieder relativiert. Vgl. zutreffend Naendrup, Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit I. Teil, AuR 1977, 225 (231); Rittner (Fn. 135), S. 460.

<sup>210</sup> Hommelhoff (Fn. 7), S. 120; Oetker (Fn. 7), S. 1461; vgl. auch Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 1.

6. Im Übrigen sei auf die komplementären Kompetenzen des AG-Aufsichtsrates aus §§ 88, 89, 111 Abs. 2 S. 3, 112 AktG verwiesen.<sup>211</sup>

## 2. Funktionsspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer

In einem zweiten Schritt ist danach zu fragen, wie die Arbeitnehmer in den anderen Gesellschaftsformen – hier in der GmbH – an den erwähnten Funktionen unter größtmöglicher Schonung der jeweiligen gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Strukturen beteiligt werden können. Namentlich gilt es, Eingriffe in den gesetzlichen Aufbau der jeweiligen Gesellschaft und das Verhältnis ihrer Organe zueinander sowie die Satzungsautonomie der Gesellschafter weitgehend zu vermeiden. Die Mitbestimmung muss sich möglichst reibungslos in die vorgefundenen Strukturen der Gesellschaft einfügen, so wie es dem Gesetzgeber in Ansehung der AG gelungen ist.<sup>212</sup> Vor diesem Hintergrund drängt es sich geradezu auf, die Mitbestimmung jeweils in dem Organteil zu verorten, welches die mitbestimmungsrelevanten Kompetenzen und Funktionen nach dem geltenden Gesellschaftsrecht bzw. nach der Satzung der Gesellschaft<sup>213</sup> ohnedies schon besitzt. Auf diese Weise wird weder die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der jeweiligen Gesellschaft noch die Satzungsautonomie der Gesellschafter tangiert.

## 3. Verortung der Funktionen in der GmbH

Damit bleibt zu klären, wo das geltende Gesellschaftsrecht die erwähnten mitbestimmungsrelevanten Funktionen in der GmbH verortet, welchem Organ sie also in der GmbH anstelle des aktienrechtlichen Aufsichtsrates obliegen.

### a) Kompetenzverteilung nach GmbHG

Nach dem GmbHG vereint die Gesellschafterversammlung nahezu sämtliche vorgenannten mitbestimmungsrelevanten Kompetenzen und Funktionen<sup>214</sup> auf sich. Ihr obliegt gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung. Sie tritt für die GmbH mithin anstelle des gemäß § 111 Abs. 1 AktG in der AG hierfür zuständigen Aufsichtsrates. Im Einzelnen gilt:

1. § 46 Nr. 6 GmbHG statuiert – neben dem individuellen Informationsrecht eines jeden Gesellschafters gemäß § 51a GmbHG – ein dem § 90 AktG ver-

<sup>211</sup> Vgl. oben **B. I. 2. b) ff**); § 161 AktG dürfte nur in der AG zum Tragen kommen.

<sup>212</sup> Vgl. oben **C. III. 1. c)**.

<sup>213</sup> Sofern das Gesellschaftsrecht den Gesellschaftern die Entscheidung hierüber belässt.

<sup>214</sup> Vgl. oben **E. II. 1.**

gleichbares Informationsrecht der Gesellschafterversammlung.<sup>215</sup> Insbesondere beinhaltet dieses auch eine mit § 90 Abs. 1 AktG artverwandte<sup>216</sup> regelmäßige Berichtspflicht der Geschäftsführer jedenfalls über wichtige Angelegenheiten.<sup>217</sup>

2. Ein Einberufungs-, Teilnahme- und Vorschlagsrecht kann die Gesellschafterversammlung naturgemäß nicht haben, geht es hierbei doch gerade um die Einberufung von, die Teilnahme an und Vorschläge in der Gesellschafterversammlung selbst. Die Einberufungskompetenz ordnet das GmbHG gemäß § 49 Abs. 1 grundsätzlich den Geschäftsführern zu.<sup>218</sup> Allerdings können auch Gesellschafter, die (zusammen) mindestens 10% der Anteile halten, nach § 50 Abs. 1, 3 GmbHG die Einberufung bewirken.<sup>219</sup> Teilnahmeberechtigt sind grundsätzlich nur die Gesellschafter.<sup>220</sup> Ein Vorschlagsrecht im Sinne des § 124 Abs. 3 AktG regelt das GmbH-Recht nicht ausdrücklich. Es kann sich mithin nur als Minus aus einem Antragsrecht ergeben.<sup>221</sup> Antragsberechtigt sind allein die Gesellschafter als Versammlungsteilnehmer.<sup>222</sup>

3. Gemäß § 46 Nr. 1 Var. 1 GmbHG obliegt der Gesellschafterversammlung die Feststellung des Jahresabschlusses.

4. Der Zustimmungsvorbehalt des § 111 Abs. 4 AktG wird in der GmbH funktional durch die Kompetenz der Gesellschafter zur Vornahme von Maßnahmen zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung nach § 46 Nr. 6 GmbHG ersetzt, welche jedoch über die reine Möglichkeit der Statuierung von Zustimmungsvorbehalten weit hinausgeht.<sup>223</sup>

5. Weiterhin hat die Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführer.

---

<sup>215</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *K. Schmidt*, in: Scholz II (Fn. 77), § 46 Rn. 114.

<sup>216</sup> *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 16 f.

<sup>217</sup> *Hommelhoff*, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes – Bemerkungen zur Umsetzung der 4. EG-(Bilanz-)Richtlinie, BB 1981, 944 (951); *K. Schmidt*, in: Scholz II (Fn. 77), § 46 Rn. 114.

<sup>218</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 49 Rn. 2 ff.

<sup>219</sup> Vgl. *ebd.*, § 50 Rn. 11 ff.

<sup>220</sup> *Hüffer/Schürmbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 48 Rn. 13.

<sup>221</sup> Vgl. zum Verhältnis von Antrags- und Vorschlagsrecht *Koch*, in: Hüffer, AktG Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 124 Rn. 17; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 124 Rn. 26.

<sup>222</sup> *Drescher*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 47 Rn. 15 ff.; vgl. auch *Hüffer/Schürmbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 47 Rn. 9 f.

<sup>223</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *Roth*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 46 Rn. 44a; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 46 Rn. 50.

6. Auch die in §§ 88, 89, 112 AktG festgelegten Kompetenzen des Aufsichtsrates der AG kommen in der GmbH naturgemäß der Gesellschafterversammlung zu. Allein die Beauftragung des Abschlussprüfers für den Jahres- und den Konzernabschluss gemäß § 290 HGB<sup>224</sup> obliegt nach dem Grundsatz des § 318 Abs. 1 S. 4 HGB auch in der GmbH den Geschäftsführern.<sup>225</sup>

#### b) Satzungsautonomie der GmbH-Gesellschafter

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG steht es den Gesellschaftern allerdings frei, diese Kompetenzen zum Teil auf einen (fakultativen) Aufsichtsrat zu übertragen.<sup>226</sup>

### 4. Funktionsspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer auf Ebene der Gesellschafterversammlung

Damit ist der Weg vorgezeichnet, auf dem die Mitbestimmung in der GmbH nach einem funktionsspezifischen Ansatz verwirklicht werden muss: über die (kupiert paritätische bzw. drittelparitätische<sup>227</sup>) Teilhabe der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung!

Freilich kann in diesem Kontext keine Rede von einer Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung schlechthin sein. Dies wäre nicht nur verfassungsrechtlich bedenklich<sup>228</sup>, sondern würde auch weit über die Teilhabe der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der – idealtypischen – mitbestimmten AG hinausgehen.<sup>229</sup> Vielmehr sollten sie – eben funktionsspezifisch – immer nur dann beteiligt werden, wenn und soweit die Gesellschafterversammlung über Fragen entscheidet, über die in der mitbestimmten AG der Aufsichtsrat zu entscheiden hätte. Namentlich handelt es sich dabei um Kontroll- und Überwachungsfragen, um die Feststellung des Jahresabschlusses und um die Bestellung bzw. Abberufung der Geschäftsführer. Im Einzelnen könnte die Mitbestimmung wie folgt umgesetzt werden:

1. Als (im Rahmen ihrer Befugnisse begrenzt kompetente) Teilnehmer der Gesellschafterversammlung hätten die Arbeitnehmer am Informationsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern aus § 46 Nr. 6

<sup>224</sup> Vgl. hierzu *Busse v. Colbe*, in: MüKo-HGB IV, 3. Aufl. 2013, § 290 Rn. 1 ff.

<sup>225</sup> Vgl. *Habersack/Schürnbrand*, in: GroßKomm-HGB VII/1, 5. Aufl. 2010, § 318 Rn. 22.

<sup>226</sup> Vgl. *Heermann*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 1; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 3.

<sup>227</sup> Vgl. oben **A**.

<sup>228</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290 (323).

<sup>229</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 142; *Raisch*, Unternehmensrecht 2: Aktien- und Konzernrecht, Mitbestimmung und Fusionskontrolle, 1974, S. 134; *Wietböller*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961, S. 31 f.

GmbHG teil. Insbesondere bestünde dann auch ihnen gegenüber die mit § 90 Abs. 1 AktG vergleichbare Berichtspflicht<sup>230</sup> der Geschäftsführer.

2. Ein § 111 Abs. 3 AktG funktional ersetzendes Einberufungsrecht ließe sich systemkonform konstruieren, indem man § 50 Abs. 1, 3 GmbHG nicht nur auf die Gesellschafter, sondern auf alle Teilnehmer der Gesellschafterversammlung – also im Rahmen ihres funktional begrenzten Zuständigkeitsbereiches auch die Arbeitnehmervertreter – erstreckt. Ein § 124 Abs. 3 AktG entsprechendes Vorschlagsrecht ergäbe sich gleichsam als Minus aus dem Antragsrecht<sup>231</sup>, welches seinerseits Ausprägung des Teilnahmerechts ist.<sup>232</sup> Letzteres folgt aus einer Ansiedlung der unternehmerischen Mitbestimmung in der Gesellschafterversammlung *ex natura*.

3. Die Arbeitnehmervertreter hätten bei der Feststellung des Jahresabschlusses nach § 46 Nr. 1 Var. 1 GmbHG mitzuentcheiden. Sollte der Beschluss (auch) an den fehlenden Stimmen der Arbeitnehmervertreter scheitern, muss den Gesellschaftern jedoch die Möglichkeit verbleiben, den Jahresabschluss entsprechend § 173 AktG ohne Beteiligung der Arbeitnehmer festzustellen. Anderenfalls würde den Arbeitnehmern in der GmbH insoweit ein stärkeres Mitbestimmungsrecht eingeräumt als in der AG.

4. Ferner müsste das funktionspezifisch ausgestaltete Mitbestimmungsrecht eine § 111 Abs. 4 S. 2 AktG entsprechende Kontrollmöglichkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich der Geschäftsführung vorsehen. Dies ist insofern problematisch, als sich die Geschäftsführungskompetenz in der GmbH auf Geschäftsführer und – im Sinne einer Überordnung – die Gesellschafterversammlung verteilt<sup>233</sup>, wohingegen sie in der AG gemäß § 76 Abs. 1 AktG allein dem Vorstand obliegt.<sup>234</sup> In der AG lässt sich eine umfassende Kontrolle der Geschäftstätigkeit folglich über einen schlichten Zustimmungsvorbehalt in Bezug auf Vorstandsmaßnahmen konstruieren. Für die GmbH reicht das nicht. Vielmehr muss sich die Kontrollmöglichkeit – funktionspezifisch – auch auf Gesellschafterbeschlüsse erstrecken, soweit sie sich materiell im Bereich der Geschäftsführung bewegen. Konkret müsste ein funktionspezifisches

---

<sup>230</sup> Vgl. oben **E. II. 3. a**).

<sup>231</sup> Vgl. zu den Unterschieden zwischen Vorschlags- und Antragsrecht *Rieckers*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 124 Rn. 26.

<sup>232</sup> *Hüffer/Schürbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 47 Rn. 9.

<sup>233</sup> Vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Goette* (Fn. 94), S. 942; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 37 Rn. 12; *Stephan/Tieves*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 37 Rn. 68.

<sup>234</sup> *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 1; *Vedder*, in: Grigoleit (Fn. 50), § 76 Rn. 1 ff.

Mitbestimmungsmodell zunächst einen § 111 Abs. 4 S. 2 AktG vergleichbaren Regelungsauftrag an die Gesellschafterversammlung enthalten, bestimmte Arten von Geschäften ihrer vorherigen Zustimmung zu unterwerfen. Diesen könnte sie dann systemkonform über § 46 Nr. 6 GmbHG umsetzen und ausgestalten.<sup>235</sup> An dieser Ausgestaltung sowie den danach erforderlichen Zustimmungsentscheidungen wären die Arbeitnehmervertreter zu beteiligen. Dadurch würde in einem ersten Schritt die Kontrollmöglichkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich der Geschäftsführer sichergestellt. Darüber hinaus muss sich die Beteiligung aber auch auf solche Entscheidungen erstrecken, die die Gesellschafterversammlung in Ausübung ihrer Kompetenz aus § 37 Abs. 1 GmbH trifft, sofern sie sich im sachlichen Anwendungsbereich des soeben skizzierten Zustimmungsvorbehaltes bewegt. Auf diese Weise würde auch die Geschäftsführung in der GmbH einer umfassenden Kontrolle durch die Arbeitnehmer unterworfen. Zudem würden die Gesellschafter außerstande gesetzt, den Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Arbeitnehmer in der GmbH durch einen extensiven Gebrauch ihres Weisungsrechts aus § 37 Abs. 1 GmbHG zu verwässern, sodass das in der mitbestimmten GmbH *de lege lata* bestehende Spannungsverhältnis zwischen Zustimmungsvorbehalt und Weisungsrecht der Gesellschafter<sup>236</sup> entfielen. Allerdings darf der funktionsspezifische Ansatz den Arbeitnehmervertretern in der GmbH auch keine stärkere Rechtsposition einräumen als denen in der AG. Dementsprechend muss den Gesellschaftern die Möglichkeit verbleiben, den unter Arbeitnehmervertreterbeteiligung gefassten Beschluss entsprechend § 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG mit Dreiviertelmehrheit zu überstimmen, und zwar sowohl in Bezug auf Weisungsbeschlüsse nach § 37 Abs. 1 GmbHG als auch im Rahmen von Beschlüssen auf Grundlage des § 46 Nr. 6 GmbHG.

5. Schließlich wären die Arbeitnehmervertreter an der Bestellung und der Abberufung der Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG zu beteiligen. Dabei entfielen dann auch das für die GmbH an sich systemwidrige<sup>237</sup> Erfordernis eines wichtigen Grundes, wie es §§ 31 Abs. 1 MitbestG, 84 Abs. 3 AktG *de lege lata*<sup>238</sup> statuieren.

---

<sup>235</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *Roth*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 46 Rn. 44a; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 46 Rn. 50.

<sup>236</sup> Vgl. oben **B. II. 2. b) aa)** (4).

<sup>237</sup> Vgl. *Bernhardt/Bredol*, Rechtsfragen zur Organstellung und Anstellungsvertrag von Geschäftsführern einer paritätisch mitbestimmten GmbH, NZG 2015, 419 (423).

<sup>238</sup> So die h.M., vgl. *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 31 Rn. 58 m.w.N.; die a.A. nimmt unter Verweis auf die den Geschäftsführern der GmbH im Vergleich zum AG-Vorstand fehlende Leitungsautonomie insoweit eine teleologische Reduktion des § 31 I MitbestG vor, vgl. *Bernhardt/Bredol* (Fn. 237), S. 423.



6. Auch soweit die in §§ 88, 89, 112 AktG festgelegten Kompetenzen des Aufsichtsrates der AG in der GmbH durch die Gesellschafterversammlung ausgeübt werden, haben die Arbeitnehmervertreter hierbei mitzuwirken. Allein im Rahmen der Beauftragung des Abschlussprüfers für den Jahres- und den Konzernabschluss gemäß § 290 HGB<sup>239</sup> hat die funktionspezifische Mitbestimmung auf Geschäftsführerebene stattzufinden.<sup>240</sup>

Sofern die Gesellschafter in Ausübung ihrer Satzungsautonomie entsprechende Kompetenzen (teilweise) auf einen Aufsichtsrat übertragen, muss auch die Mitbestimmung – wiederum funktionspezifisch – dort ansetzen. Sollte die Satzung der GmbH beispielsweise einen dem Aktienrecht minutiös nachgebildeten Aufsichtsrat vorsehen<sup>241</sup>, ließe sich die unternehmerische Mitbestimmung auf diesem Wege gegebenenfalls vollumfänglich in diesen verlagern. Jedoch müsste die Satzung dann die Weisungsrechte der Gesellschafter derart einschränken, dass sie den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates nicht in der unter **B. II. 2. b) aa) (4)** dargestellten Weise verwässern können. Für eine im Einzelnen ausdifferenzierte Ausarbeitung dieser Problematik ist hier indes kein Raum.

Auf diese Weise würden eine effektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der GmbH ermöglicht und dabei Eingriffe in die Struktur der GmbH weitestgehend vermieden. Weder würde ihr grundsätzlich bipolarer Aufbau verändert, noch fände eine – wenn auch nur geringe – Verschiebung im Macht- und Kompetenzgefüge zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern statt. Ferner würde den Gesellschaftern auf diese Weise die Satzungsautonomie, die ihnen das GmbH-Recht belässt, nicht im Wege der Mitbestimmung genommen.

## **5. Bedenken gegen eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf Ebene der Gesellschafterversammlung**

Bedenken gegen eine Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung wurden bisher vor allem unter zwei Gesichtspunkten vorgetragen:

Bereits *Ballerstedt*<sup>242</sup> spricht die Frage einer Verortung der Arbeitnehmerbeteiligung in der Gesellschafterversammlung (freilich nur im oben dargestellten Umfang) an; sie dränge sich geradezu auf. Er verwirft den Gedanken jedoch

---

<sup>239</sup> Vgl. hierzu *Busse v. Colbe*, in: MüKo-HGB IV (Fn. 224), § 290 Rn. 1 ff.

<sup>240</sup> Vgl. oben **E. II. 2.** und **3. a).**

<sup>241</sup> Dies ist in gewissen Grenzen möglich, vgl. *Heermann*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 19.

<sup>242</sup> *Ballerstedt*, GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmensrecht, ZHR 135 (1971), 479 (505).

unmittelbar wieder, und zwar unter Hinweis auf die „zwei Klassen von Mitgliedern“, aus denen sich die Gesellschafterversammlung dann in entsprechenden Fragen zusammensetzen würde: die Gesellschafter als permanente und in allen der Gesellschafterversammlung obliegenden Entscheidungen kompetente Mitglieder einerseits; andererseits die Arbeitnehmervertreter als beschränkt kompetente Mitglieder auf Zeit. Es gebe „kein Beispiel dafür, dass Gremien mit Mitgliedern zweierlei Rechts harmonisch arbeiten können“. Zumindest an diesem Gegenargument seien indessen Zweifel erlaubt. Entgegen *Ballerstedt* kann bspw. auf den Fakultätsrat der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg verwiesen werden.<sup>243</sup> Dieser setzt sich gemäß § 25 Abs. 3 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg aus sämtlichen hauptberuflichen Hochschullehrer/innen als permanenten Mitgliedern kraft Amtes sowie aus 16 weiteren Mitgliedern mit zeitlich begrenztem Mandat kraft Wahl zusammen, darunter von der Studierendenschaft gewählte Studierendenvertreter. Dieses Modell hat sich offenbar weitgehend bewährt. Trotz aller gebotenen Vorsicht gegenüber entsprechenden Vergleichen liegt die Parallele zur unternehmerischen Mitbestimmung dabei zumindest nahe. Auf der einen Seite die permanenten Mitglieder kraft Amtes (Hochschullehrer/Gesellschafter). Auf der anderen Seite die gewählten Mitglieder auf Zeit als Interessenvertreter ihres Elektorats (Studierendenvertreter/Arbeitnehmervertreter). *Ballerstedts* Bedenken stehen dem hier vorgeschlagenen Ansatz damit letzten Endes nicht zwingend entgegen. Die Besetzung eines Gremiums mit „zwei Klassen von Mitgliedern“ ist zumindest keinen grundlegenden Einwänden ausgesetzt.

Allgemein wird gegen die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung eingewendet, sie wandle die interessenmonistische Gesellschafterversammlung in ein interessenpluralistisches Organ um und breche daher mit den überkommenen Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts.<sup>244</sup> Zunächst beziehen sich diese Bedenken aber lediglich auf eine Arbeitnehmerbeteiligung in der Gesellschafterversammlung schlechthin, also nicht im hier relevanten funktionsspezifisch begrenzten und auch nur insoweit thematisierten Umfang. Ferner ist durchaus nicht unzweifelhaft, ob man die Gesellschafterversammlung auch heute noch als *per se* interessenmonistisch ausgerichtetes Gremium bezeichnen kann.<sup>245</sup> Insbesondere scheint nicht ausgeschlossen, dass die Gesell-

---

<sup>243</sup> Vgl. unter <http://www.jura.uni-heidelberg.de/fakultaet/fakultaetsrat.html> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017). Vgl. ferner den "Bereichsrat" der Fakultät für Naturwissenschaften (School of Science) der TU Dresden unter <https://tu-dresden.de/mn/derbereich/fakultaetsrat> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

<sup>244</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 142; *Raisch* (Fn. 229), S. 134; *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31 f.

<sup>245</sup> Vgl. hierzu aktuell in Bezug auf Unternehmen von öffentlichem Interesse *Hommelhoff* (Fn. 174), S. 298; vgl. aber auch schon *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31 f.; vgl. ferner *Fleischer*,

schafter ohnehin die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigen und nicht ausschließlich die eigenen, gerade bei den vorliegend in Frage stehenden mitbestimmungsrelevanten Kontroll- und Überwachungsfragen.<sup>246</sup> Schließlich sind Gesellschaften allgemein „auf ihre gesellschaftliche Akzeptanz als *good corporate citizen* und den Rückhalt ihrer Belegschaft angewiesen“.<sup>247</sup> Berücksichtigt man diesen soziologischen Befund<sup>248</sup>, so wird man die Gesellschafterversammlung heute jedenfalls in den mitbestimmungsrelevanten Kontroll- und Überwachungsfragen nicht mehr als *per se* interessenmonistisch ausgerichtetes Organ bezeichnen können. Demnach hindern auch die in dieser Hinsicht geäußerten Bedenken nicht (mehr) daran, den vorgeschlagenen Weg einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen.

Darüber hinaus bereitet es durchaus Unbehagen, dass die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter in der Gesellschafterversammlung (zumindest) in Europa einzigartig wäre.<sup>249</sup> Dies hat seine Ursache jedoch in einem strukturellen Spezifikum der GmbH deutschen Rechts. Sie stellt eine Körperschaft dar, bei der die Kontrolle der Geschäftsführung typischerweise (allein) durch die Gesellschafter selbst ausgeübt wird. Demgegenüber setzt unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Europa regelmäßig außerhalb der Gesellschafterebene im (separaten) Überwachungs- oder im Leitungsorgan der Gesellschaft an, je nachdem, ob es sich um eine Gesellschaft mit monistischer (sog. *board*-Modell) oder dualistischer (sog. Aufsichtsrat-Modell) Leitungsstruktur handelt.<sup>250</sup> Die GmbH lässt sich aber keinem dieser Modelle eindeutig zuordnen, da sie typischerweise<sup>251</sup> weder über ein separates Überwachungsorgan verfügt noch die Überwachung innerhalb des Leitungsorganes selbst stattfindet. Vielmehr obliegt die Überwachung der Geschäftsleitung nach dem

---

Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309); *ders.*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175) m.w.N.

<sup>246</sup> Vgl. hierzu in Bezug auf die AG bereits *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31.

<sup>247</sup> *Fleischer*, Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309); *ders.*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175) m.w.N.; vgl. hierzu grundlegend bereits *Planitz*, Die Stimmrechtsaktie, 1922, S. 50 ff.

<sup>248</sup> Vgl. für die AG *Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175); hierauf (auch) für die GmbH verweisend *ders.*, Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309).

<sup>249</sup> Vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 6 Rn. 11 f.

<sup>250</sup> *Ulmer*, Generalbericht, in: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S. 159 (166 f.); *Wansleben*, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, 2016, S. 108 (119 ff.).

<sup>251</sup> Vgl. oben **C. III. 2. a).**

gesetzlichen Grundmodell allein den Gesellschaftern selbst. Ein funktions-spezifischer Ansatz könnte demnach auch insoweit einen Beitrag zur Harmonisierung leisten. Ein Vergleich der deutschen GmbH mit der ähnlich ausgestalteten österreichischen GmbH bestätigt diesen Befund. Auch hier ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates grundsätzlich fakultativ.<sup>252</sup> Ferner setzt auch in Österreich die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat an.<sup>253</sup> Für die österreichische GmbH gilt dies aber nur dann, wenn sie auch tatsächlich einen Aufsichtsrat besitzt, sei es aufgrund privatautonomer Regelung der Gesellschafter, sei es *qua* zwingender Anordnung durch das *Gesellschaftsrecht*, vgl. § 29 des österreichischen GmbHG.<sup>254</sup> Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur Rechtslage in Deutschland. Die Mitbestimmung setzt im (separaten) Überwachungsorgan der GmbH an, sofern diese ein solches besitzt. Sie zwingt es der GmbH aber – im Gegensatz zu den deutschen Mitbestimmungsgesetzen – nicht systemwidrig unter Eingriff in das geltende Gesellschaftsrecht auf. Freilich erfolgt diese Schonung nur unter Verzicht auf unternehmerische Mitbestimmung in aufsichtsratsfreien GmbHs. Auch hier bräuchte ein funktions-spezifischer Ansatz unternehmerische Mitbestimmung und Schonung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen in Einklang.

Die gegen eine funktions-spezifisch begrenzte Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung der GmbH aufgezeigten Einwände sind damit im Ergebnis jedenfalls nicht derartig tiefgreifend, dass sie den hier vorgestellten funktions-spezifischen Ansatz bereits grundlegend in Frage stellen. Einer eingehenderen Befassung mit diesem stehen sie jedenfalls nicht entgegen.<sup>255</sup>

## F. Zusammenfassung

Im Rahmen der geltenden Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung bestehen zwischen AG und GmbH zahlreiche entscheidende Unterschiede. Namentlich gestaltet sich die Unternehmensmitbestimmung in der GmbH weitaus weniger effektiv als die in der AG, greift dabei aber ungleich stärker in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH ein. Ursache hierfür ist, dass die Mitbestimmungsgesetze anhand der AG als legislatorischem Leitbild konzipiert sind und diese auf die AG zugeschnittenen Regelungen

<sup>252</sup> *Kalss*, in: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S. 95 (98).

<sup>253</sup> *Ebd.*, S. 95 ff.

<sup>254</sup> *Ebd.*, S. 98 f.

<sup>255</sup> Dabei wird nicht verkannt, dass ein funktions-spezifischer Ansatz durchaus mit Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen der rechtspraktischen Frage einherginge, welche Beschlussgegenstände im Einzelnen der Mitbestimmung durch die Arbeitnehmervertreter unterlägen. Auf diese Abgrenzungsschwierigkeiten kann hier aber nicht näher eingegangen werden.

*ceteris paribus* auf andere Rechtsformen übertragen werden. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber eine möglichst in allen Rechtsformen gleichermaßen effektive Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts ermöglichen. Diese Regelungsziele verfehlt er indes in nicht unbedeutendem Umfang, weil er die grundlegenden strukturellen Unterschiede zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen übergeht, namentlich die zwischen AG und GmbH, welche gerade keine „kleine AG“ ist.

Ein an den gesetzgeberischen Zielen ausgerichtetes Mitbestimmungsmodell muss diesen Unterschieden hinreichend Rechnung tragen. Im Ergebnis liegt deshalb (*de lege ferenda*) insbesondere ein funktionsspezifischer Ansatz nahe. Die mitbestimmungsrelevanten Funktionen und Aufgaben innerhalb der Gesellschaft lassen sich dabei aus denen des Aufsichtsrates in der (mitbestimmten) AG als legislatorischem Idealtypus ableiten. Mit anderen Worten sollte die unternehmerische Mitbestimmung jeweils in dem Gesellschaftsorgan stattfinden, das in der betreffenden Gesellschaftsform diejenigen Funktionen erfüllt, die in der AG dem Aufsichtsrat zukommen. In der GmbH ist dies – vorbehaltlich anderweitiger privatautonomer Gestaltung durch die Gesellschafter – im Wesentlichen die Gesellschafterversammlung. Durch eine funktionsspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung würde eine effektive Mitbestimmung bei weitgehender Schonung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen auch in der GmbH ermöglicht und auf diese Weise dem gesetzgeberischen Regelungsziel entsprochen. Sollten die Gesellschafter entsprechende Kompetenzen in Ausübung ihrer Satzungsautonomie etwa auf einen Aufsichtsrat übertragen, würde insoweit auch die unternehmerische Mitbestimmung auf diesen verlagert.

Demzufolge besteht Reformbedarf nicht nur in Hinblick auf die unternehmerische Mitbestimmung allgemein<sup>256</sup>, sondern gerade auch in Bezug auf die einzelnen Rechtsformen, namentlich die GmbH. Dies sollte im Zuge aktueller Reformdiskussionen<sup>257</sup> nicht unberücksichtigt bleiben, auch wenn sich diese zweifellos im Kern auf die vorgelagerte Frage beziehen, ob und gegebenenfalls wie die unternehmerische Mitbestimmung für individuelle Vereinbarungen geöffnet werden kann.<sup>258</sup> Der funktionsspezifische Ansatz soll nicht in Konkurrenz zu derlei Reformbestrebungen treten, sondern sie vielmehr im Sinne einer

---

<sup>256</sup> Vgl. Habersack/Behme/Eidenmüller/Klöbn, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, 2016, S. 1 (passim); Wißmann, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 60 ff.

<sup>257</sup> Vgl. hierzu Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 60 ff.; 72 ff.

<sup>258</sup> Vgl. Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20); Hommelhoff (Fn. 5), S. 19 f.; Wißmann, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 82.

gesetzlichen Auffanglösung ergänzen. Auf diese Weise würde die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland umfassend modernisiert<sup>259</sup> und damit ihre Konkurrenzfähigkeit in einem mit der voranschreitenden europäischen Integration einhergehenden Wettbewerb der Rechtsordnungen<sup>260</sup> gesteigert.

---

<sup>259</sup> Vgl. zu einem entsprechenden Bedarf Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20), S. 885 f.

<sup>260</sup> Vgl. hierzu *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 55), Einl. Rn. 25 ff.