

# Mitbestimmungsrecht

Kommentar

von

Prof. Karl Fitting, Prof. Dr. Otfried Wlotzke, Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Wolfgang Koberski, Georg Kleinsorge,  
Gerhild Freis

4. Auflage

[Mitbestimmungsrecht – Fitting / Wlotzke / Wißmann / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Betriebsverfassung und Mitbestimmung](#) – [Arbeitsrecht](#) – [Recht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2011

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 3672 3

spiel der Mannesmann AG mit 10-jähriger Verfahrensdauer, s. OLG Düsseldorf 29. 4. 1999 NZG 1999, 766). Die Anrufung des LG bewirkt nach § 97 Abs. 3 AktG bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens eine **Bekanntmachungssperre**. Ein erneutes unstreitiges Überleitungsverfahren nach § 97 AktG kann daher während des Prozesses nicht eingeleitet werden. Das LG kann auch **nach Fristablauf** angerufen werden. In diesem Fall behält die Bekanntmachung des Vorstands aber bis zum rechtskräftigen Abschluss des Gerichtsverfahrens ihre Wirkungen nach § 97 Abs. 2 S. 2–4 AktG (MünchKommAktG/Habersack § 97 Rn. 30; GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 69; Köstler/Zachert/Müller Rn. 304; KK/Mertens §§ 97–99 Rn. 27).

Wird das **LG nicht angerufen** (oder nach Fristablauf, s. Rn. 23), so ist der AR nunmehr nach den in der Bekanntmachung angegebenen Vorschriften zusammenzusetzen (§ 97 Abs. 2 S. 1 AktG). Das gilt selbst dann, wenn der Vorstand verkannt haben sollte, dass deren Voraussetzungen nicht vorliegen (GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 56; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 26). Zur Neubildung des AR hat der Vorstand unverzüglich die in § 2 1. WO, § 2 2. WO, § 2 3. WO vorgeschriebene Wahlbekanntmachung zu erlassen, mit der die Wahl der AR-Mitglieder der ArbN in Gang gesetzt wird (vor § 9 Rn. 8ff.). Zur Möglichkeit, die AR-Wahl bereits vor Abschluss des Überleitungsverfahrens einzuleiten, s. vor § 9 Rn. 13. Dem Unternehmen gewährt § 97 Abs. 2 AktG eine **Übergangszeit von bis zu 6 Monaten** nach Ablauf der einmonatigen Anrufungsfrist (s. Rn. 19). Innerhalb dieses Zeitraums soll insbesondere der AR neu gebildet werden (s. Rn. 26). Außerdem lockert § 97 Abs. 2 S. 4 AktG für die Dauer dieser Übergangszeit die Voraussetzungen, unter denen die mit dem nunmehr anzuwendenden Recht nicht mehr zu vereinbarenden Satzungsbestimmungen durch neue ersetzt werden können (Rn. 27f.).

Das **Amt der bisherigen AR-Mitglieder erlischt** nach § 97 Abs. 2 S. 3 AktG mit 25 Beendigung der ersten Hauptversammlung (bei GmbH: Gesellschafterversammlung, bei Genossenschaften: Generalversammlung), die nach Ablauf der Anrufungsfrist (Rn. 19), also frühestens einen Monat nach der Bekanntmachung des Vorstands, einberufen wird. Das Gesetz stellt seinem Wortlaut nach auf den Zeitpunkt der Einberufung ab und nicht auf denjenigen, an dem die AE-Versammlung stattfindet (GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 61). Nach dem Zweck der Norm, die Umstellung auf den neuen Mitbestimmungsstatus möglichst an die erste Gelegenheit der AE zu den erforderlichen Maßnahmen zu knüpfen, ist in der GmbH die schriftliche Beschlussfassung der Gesellschafter, die unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 GmbHG eine Gesellschafterversammlung ersetzt, für die Anwendung der §§ 97f. AktG einer Gesellschafterversammlung nicht gleich zu achten (Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 37 Rn. 24; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 26). Für Satzungsänderungen ist dieser Weg nämlich, soweit er überhaupt für zulässig gehalten wird, wegen der Komplikationen, die sich bei der Beurkundung ergeben, wenig geeignet (Baumbach/Hueck/Zöllner § 53 Rn. 55, 74 m. w. Nachw.). Findet innerhalb der Sechs-Monats-Frist keine AE-Versammlung statt, so endet die Amtszeit der AR-Mitglieder mit Ablauf dieser Frist, also sieben Monate nach der Bekanntmachung des Vorstands.

Die Beendigung des Amts nach § 97 Abs. 2 S. 3 AktG betrifft immer **sämtliche AR-Mitglieder** (MünchKommAktG/Habersack § 97 Rn. 32; GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 61) unabhängig davon, ob auch im neu zu bildenden AR Sitze für sie zur Verfügung stehen. 26

#### Beispiel:

Eine GmbH mit 1800 ArbN hat bisher einen AR nach dem DrittelbG, dem 6 AE-Vertreter und 3 ArbN-Vertreter (2 Belegschaftsmitglieder, 1 externer Gewerkschaftsvertreter) angehören. Infolge Anstiegers der ArbN-Zahl auf 2100 ist nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ein 12-köpfiger AR zu bilden. Dies kann, obwohl die Zahl der AE-Vertreter gleich bleibt und diejenige der ArbN-Vertreter sich vermehrt, nicht etwa durch Zuwahl zweier Belegschaftsmitglieder und eines Gewerkschaftsvertreters geschehen. Vielmehr sind alle AR-Mitglieder neu zu bestellen.

Ist nicht rechtzeitig für die Wahl von AR-Mitgliedern der ArbN nach dem MitbestG gesorgt worden, deren Amtszeit unmittelbar an diejenige der bisherigen AR-Mitglieder anschließt, so kommt nach § 104 AktG die gerichtliche Ersatzbestellung (s. Rn. 52ff.) in Betracht. Dieser Fall kann wegen der Dauer des Wahlverfahrens (vor § 9 Rn. 11), die häufig die nach § 97 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehende Überleitungszeit überschreiten wird, leicht eintreten. Da das Unternehmen einen AR haben muss (Rn. 2), ist der in § 97 Abs. 2 S. 2 AktG für das Erlöschen des Amtes der bisherigen AR-Mitglieder bestimmte Zeitpunkt zugleich derjenige, zu dem der AR nach Abschluss des Überleitungsverfahrens neu zusammenzusetzen ist.

27 Gleichzeitig mit dem Ende des Amtes der bisherigen AR-Mitglieder treten nach § 97 Abs. 2 S. 2 AktG die **Satzungsbestimmungen außer Kraft**, welche die Größe und Zusammensetzung des AR sowie die Wahl, Abberufung und Entsendung von AR-Mitgliedern betreffen und mit dem MitbestG nicht vereinbar sind. Solche Bestimmungen dürfen – entgegen dem auf das Ende der AE-Versammlung bezogenen Wortlaut der Vorschrift – bereits der Wahl des neuen AR in dieser AE-Versammlung nicht mehr zugrunde gelegt werden (GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 64; KK/Mertens §§ 97–99 Rn. 27; Schmitzer/Grau NZG 2007, 486, 487; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 28). Das folgt aus dem Zweck der Regelung, die der Umstellung auf den neuen Mitgliedschaftsstatus dient. Die Vorschrift hat ihre Bedeutung im Wesentlichen in der Klarstellung, dass dem MitbestG widersprechende Satzungsbestimmungen bis zur AE-Versammlung noch anwendbar bleiben. Die Aussage, dass sie danach außer Kraft treten, ist lediglich deklaratorischer Natur, denn wirksame Regelungen gegen zwingendes Gesetzesrecht vermag die Satzung ohnehin nicht zu treffen. Zum Außerkrafttreten weiterer mit dem MitbestG unvereinbarer Satzungsbestimmungen s. § 37 Rn. 6ff.

28 Nach § 97 Abs. 2 S. 4 AktG kann eine AE-Versammlung, die innerhalb von 6 Monaten nach Ende der Anrufungsfrist (Rn. 19) stattfindet, die außer Kraft tretenden Satzungsbestimmungen mit **einfacher Stimmenmehrheit** durch neue ersetzen, die mit dem MitbestG vereinbar sind. Die Satzung kann auf diese Weise auch dann durch einfachen Mehrheitsbeschluss an das MitbestG angepasst werden, wenn für den betreffenden Beschluss nach Gesetz (z. B. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG, § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, § 16 Abs. 4 GenG) oder Satzung sonst eine größere Mehrheit vorgeschrieben ist. Einfache Stimmenmehrheit ist nach § 133 Abs. 1 AktG die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Es müssen also mehr gültige Ja-Stimmen als Nein-Stimmen abgegeben werden, ungültige Stimmen bleiben außer Betracht (Hüffer § 133 Rn. 12). Die Lockerung des Mehrheitserfordernisses gilt nur für den Ersatz der außer Kraft tretenden Bestimmungen und auch nur für eine AE-Versammlung, die innerhalb der 6-Monats-Frist stattfindet (GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 65; MünchKommAktG/Habersack § 97 Rn. 35). Werden die außer Kraft getretenen Satzungsbestimmungen nicht durch neue ersetzt, so bewendet es bei den gesetzlichen Vorschriften (in erster Linie des MitbestG und des AktG).

### c) Gerichtliches Überleitungsverfahren

29 Ist streitig oder ungewiss, ob der AR nach § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG oder nach einem anderen Gesetz (z. B. dem DrittelbG) oder, im Fall der Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG, nach dessen Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 zusammenzusetzen ist, so entscheidet hierüber auf Antrag das **Landgericht**, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 98 Abs. 1 AktG). Während bis zur Änderung des AktG durch das UMAG (Vorbem. Rn. 44) hierfür die ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammer bestand, ist seither – jetzt nach §§ 94, 95 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 71 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b GVG – im LG die **Kammer für Handelssachen** zuständig; nur wenn eine solche Kammer nicht gebildet ist, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Zivilkammer. Die Neuregelung erscheint nicht unbedenklich: Zum einen sind Statusverfahren nach § 98 AktG nicht in erster Linie kaufmännische Fragen, zum anderen könnte die Besetzung der Kammer für Handelssachen mit Beisitzern, die i. d. R. der ArbGeb-Seite zuzuordnen sind, auf ArbN-

Seite die Besorgnis einer gewissen Einseitigkeit hervorrufen (vgl. *Köstler/Zachert/Müller* Rn. 305; *GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus* § 98 Rn. 19). Die Landesregierung kann nach § 71 Abs. 4 GVG durch VO die örtliche Zuständigkeit für mehrere LG-Bezirke bei einem LG konzentrieren; hiervon haben mehrere Länder Gebrauch gemacht (näher *GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus* § 98 Rn. 21).

Das Verfahren setzt voraus, dass einer der **Antragsberechtigten** tätig wird. Dies sind, wenn das Verfahren die Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG oder einer der dort geregelten Alternativen zum Gegenstand hat, nach § 98 Abs. 2 AktG:

- das zur **gesetzlichen Vertretung** des Unternehmens befugte Organ (bei AG und Genossenschaft der Vorstand, bei KGaA der Komplementär, bei GmbH der Geschäftsführer);
- jedes amtierende **AR-Mitglied**;
- jeder **Anteilseigner** (bei AG Aktionär, bei KGaA Kommanditaktionär, bei GmbH Gesellschafter, bei Genossenschaft Mitglied);
- der **Gesamtbetriebsrat** eines jeden Unternehmens, dessen ArbN nach dem MitbestG das Wahlrecht zum AR des von der Bekanntmachung betroffenen Unternehmens haben; das bedeutet z. B. bei einem herrschenden Konzernunternehmen, dass nicht nur dessen Gesamtbetriebsrat, sondern auch diejenigen aller Konzernunternehmen antragsberechtigt sind; besteht in einem Unternehmen nur ein **Betriebsrat**, so steht diesem das Antragsrecht zu;
- der **Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss** eines jeden der vorstehend bezeichneten Unternehmen; besteht in einem Unternehmen nur ein **Sprecherausschuss**, so steht diesem das Antragsrecht zu;
- jede **Gewerkschaft**, die wenigstens in einem der genannten Unternehmen vertreten ist (zur Abgrenzung § 7 Rn. 40ff.) und deshalb nach § 16 ein Wahlvorschlagsrecht hat;
- mindestens **100 wahlberechtigte ArbN**;
- mindestens ein Zehntel der wahlberechtigten leitenden Angestellten; das in § 98 Abs. 2 S. 2 AktG außerdem normierte Antragsrecht eines Zehntels der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG bezeichneten ArbN (das sind alle übrigen) hat keine Bedeutung, weil es sich hierbei immer um deutlich mehr als 100 wahlberechtigte ArbN handelt, die schon als solche antragsbefugt sind.

Das in § 98 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 AktG ebenfalls vorgesehene Antragsrecht von **Spitzenorganisationen** der Gewerkschaften kommt nur dann in Betracht, wenn als Alternative zur Anwendung des MitbestG diejenige des Montan-MitbestG Verfahrensgegenstand ist, denn nur nach § 6 Abs. 3, 4 Montan-MitbestG haben Spitzenorganisationen ein eigenes Wahlvorschlagsrecht, nicht dagegen nach dem MitbestG (§ 16 Rn. 4). Das Antragsrecht von ArbN-Vertretungen, die in **anderen** als dem vom Verfahren betroffenen **Unternehmen** bestehen, sowie von Gewerkschaften, die nur in anderen Unternehmen vertreten sind, besteht auch dann, wenn der Streit oder die Ungewissheit sich gerade darauf bezieht, ob die ArbN dieser anderen Unternehmen in die Wahl zum AR des betroffenen Unternehmens einzubeziehen sind. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn von der Klärung dieser Frage abhängt, in welche der in § 7 Abs. 1 S. 1 bezeichneten Größenklassen der AR gehört (LG Berlin 30. 12. 2008 – 102 O 245/08 – n. v.). Auffällig ist das Fehlen eines Antragsrechts des **Konzernbetriebsrats** (und des Konzernsprecherausschusses) selbst dann, wenn der AR des herrschenden Unternehmens eines Konzerns Verfahrensgegenstand ist. Von einer unbeabsichtigten, auf dem Wege der Analogie zu schließenden Lücke des Gesetzes kann angesichts des Antragsrechts der den Konzernbetriebsrat (den Konzernsprecherausschuss) bildenden Gremien insoweit freilich nicht ausgegangen werden, zumal die Vorschrift seit Einführung des Konzernbetriebsrats 1972 mehrfach novelliert worden ist.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann innerhalb **eines Monats nach der Bekanntmachung** des Vorstands (Rn. 16) gestellt werden und leitet dann nicht nur das gerichtliche Statusverfahren ein, sondern verhindert gleichzeitig auch die sonst von der Bekanntmachung bewirkten Folgen und schließt es darüber hinaus aus, dass der

Vorstand während des Gerichtsverfahrens erneut eine Bekanntmachung erlässt (Rn. 23). Der Antrag kann aber auch noch **nach Ablauf der Monatsfrist** (dann ohne die in Rn. 23 aufgeführten Wirkungen) und auch gänzlich **unabhängig von einer Bekanntmachung** des Vorstands gestellt werden. Insbesondere kann der Vorstand selbst anstelle einer Bekanntmachung nach § 97 AktG das Gerichtsverfahren einleiten, wenn er im Zweifel über das maßgebliche Mitbestimmungsstatut ist (Rn. 16).

- 32 Das **Verfahren** bestimmt sich, soweit es nicht in den §§ 98, 99 AktG geregelt ist, gem. § 99 Abs. 1 AktG nach dem FamFG. Es unterliegt dem Grundsatz der Amtsermittlung (§ 26 FamFG). Da es sich um ein sog. echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, darf das Gericht aber ohne Verletzung seiner Aufklärungspflicht davon ausgehen, dass die Beteiligten für sie vorteilhafte Tatsachen von sich aus vortragen (OLG Zweibrücken 18. 10. 2005 NZG 2006, 31). Das Gericht hat – außer dem Antragsteller – nach § 99 Abs. 2 S. 2 AktG den Vorstand, jedes AR-Mitglied (also nicht etwa den AR als Organ) sowie diejenigen Betriebsräte, Sprecherausschüsse, Spitzenorganisationen und Gewerkschaften als **Beteiligte** anzuhören, die im konkreten Verfahren nach § 98 Abs. 2 AktG antragsberechtigt sind. Grundsätzlich kommt über den Kreis der Genannten hinaus nach allg. M. auch eine auf dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) beruhende Pflicht zur Anhörung solcher Personen oder Stellen in Betracht, die vom Verfahrensausgang materiell betroffen sein können (s. GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 99 Rn. 19ff.; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 34). Für einen Streit um die Anwendung von Vorschriften des MitbestG mag insoweit besonders an solche Personen aus dem Kreis der Antragsberechtigten zu denken sein, die in § 99 Abs. 2 S. 2 AktG nicht aufgeführt sind, z. B. AE oder ArbN. Der **Antrag** kann bis zur Rechtskraft der Entscheidung ohne Einwilligung anderer Verfahrensbeteiligter **zurückgenommen** werden (OLG Frankfurt/Main 8. 4. 2009 NZG 2009, 1185f.; Hüfner § 99 Rn. 4; a. A. MünchKommAktG/Habersack § 99 Rn. 9 m. w. Nachw.). Zum Verfahrensgang im Übrigen und zu Rechtsmitteln s. näher GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 99 Rn. 8ff.; Hüfner § 99 Rn. 3ff.; MünchKommAktG/Habersack § 99 Rn. 6ff.

- 33 Die Entscheidung des Gerichts ist durch den möglichen Gegenstand des Statusverfahrens (Rn. 19f.) begrenzt. Sie kann also nur eine – positive oder negative – Feststellung darüber enthalten, welche **Vorschriften für die Bildung und Zusammensetzung des AR maßgeblich** sind (a. A. offenbar LG Frankfurt/Main 10. 11. 2005 – 2-06 O 369/04 – n. v., das im Statusverfahren nach §§ 98f. AktG die Feststellung getroffen hat, bei Anwendung des MitbestG müssten dem AR sowohl unternehmensangehörige ArbN-Vertreter als auch Gewerkschaftsvertreter angehören). Entspricht die Zusammensetzung des AR nicht der vom Gericht für geboten erkannten, so erlischt nach § 98 Abs. 4 S. 2 AktG das Amt der bisherigen AR-Mitglieder mit Beendigung der ersten AE-Versammlung (bei AG und KGaA: Hauptversammlung, bei GmbH: Gesellschafterversammlung, bei Genossenschaft: Generalversammlung), die nach Rechtskraft der Entscheidung einberufen wird, spätestens jedoch sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft. Der AR ist nunmehr nach den vom LG für maßgeblich erkannten Vorschriften zu bilden, die Satzung ist anzupassen. Insoweit gilt – mit Ausnahme des Umstands, dass der Lauf der 6-Monats-Frist mit der Rechtskraft beginnt – nichts anderes als bei einer unangefochten gebliebenen Bekanntmachung des Vorstands (Rn. 24ff.).

- 34 Die rechtskräftige Entscheidung wirkt nach § 99 Abs. 5 S. 2 AktG für und gegen alle. Dies ist angesichts des sich aus § 96 Abs. 2 AktG ergebenden konstitutiven Charakters des Überleitungsverfahrens (Rn. 10) nur folgerichtig. Danach sind nicht nur die Verfahrensbeteiligten, sondern jedermann (s. allerdings Rn. 35), auch **jedes Gericht an die Entscheidung gebunden** (OLG Frankfurt/Main 28. 4. 1985 AG 1985, 220f.; GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 99 Rn. 36f.; MünchKommAktG/Habersack § 99 Rn. 25). Es kann also nicht etwa in Form einer Wahlanfechtung vor dem ArbG geltend gemacht werden, das Unternehmen falle überhaupt nicht unter das MitbestG. Auch schließt die Rechtskraft im Grundsatz eine erneute Sachentscheidung des LG zu demselben Verfahrensgegenstand aus. Tatsächlich ist allerdings die **Sperrwirkung der**

**Rechtskraft** im Statusverfahren nach §§ 98, 99 AktG recht begrenzt; das liegt am Gegenstand dieses Verfahrens. Jedenfalls bei derartigen Entscheidungen mit Dauerwirkung wirkt die Rechtskraft nur so lange, wie sich die entscheidungserheblichen tatsächlichen Verhältnisse nicht wesentlich ändern (z. B. BAG 6. 6. 2000 AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 9). Ein Antrag nach § 98 Abs. 1 AktG zielt aber i. d. R. gerade auf die Feststellung, dass wegen der Veränderung tatsächlicher Verhältnisse nunmehr andere Vorschriften für die Zusammensetzung des AR einschlägig seien. Wird wegen der Rechtskraft die Zulässigkeit des Antrags verneint, dann ist damit faktisch auch in der Sache negativ entschieden. Begründen dagegen tatsächliche Veränderungen einen Wechsel des Mitbestimmungstatus, so bewirken diese Veränderungen immer auch die Durchbrechung der Rechtskraft der früheren Entscheidung und damit die Zulässigkeit des neuen Verfahrens.

Nach h. M. (GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 74f.; Hüffer § 97 Rn. 7; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 25; KK/Mertens §§ 97–99 Rn. 18) hindert das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung den Vorstand nicht daran, **erneut eine Bekanntmachung** nach § 97 AktG (Rn. 17) zu erlassen. Zwar sind im System von § 96 Abs. 2, §§ 97, 98 AktG das unstreitige und das gerichtliche Überleitungsverfahren im Ansatz als Alternativen angelegt, was neben der ohnehin bestehenden Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung für eine Sperrwirkung entsprechend derjenigen sprechen könnte, die im Hinblick auf ein erneutes Gerichtsverfahren besteht (dazu Rn. 34). Dennoch kommt dem Argument der h. M. das größere Gewicht zu, aus Gründen der Rechtssicherheit, die das tragende Element des Überleitungsverfahrens sind, könne die Befugnis zur erneuten Bekanntmachung nicht von der unsicheren Bewertung tatsächlicher Umstände abhängig gemacht werden. Ergibt eine neue Bekanntmachung, so kann hiergegen ungeachtet der vorhandenen Gerichtsentscheidung erneut das LG nach § 98 AktG angerufen werden, um den Eintritt der sich sonst aus der Bekanntmachung nach § 97 Abs. 2 AktG ergebenden Rechtsfolgen (s. Rn. 24) zu verhindern.

## d) Umwandlung

Seit dem Inkrafttreten des UmwG 1994 löst die **Umwandlung eines Unternehmens** für sich allein entgegen früherem Recht (dazu 2. Aufl. § 6 Rn. 24ff.) nicht mehr die Pflicht zur Durchführung eines Überleitungsverfahrens aus, sondern nur noch dann, wenn nunmehr andere Vorschriften für die Bildung oder Zusammensetzung des AR maßgeblich sind (Kallmeyer/Meister/Klöcker § 197 Rn. 74f.; ErfK/Oetker §§ 97–99 AktG Rn. 3; UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 36; abw. Parmentier AG 2006, 476, 480f.: kein Statusverfahren wegen Notwendigkeit der Bildung eines AR).

### Beispiel 1:

Eine KG mit über 2000 ArbN hat bedingt durch die Rechtsform keinen AR. Sie wird nach § 214 UmwG in eine GmbH umgewandelt und hat jetzt einen AR nach dem MitbestG zu bilden. Dem muss ein Verfahren nach §§ 97ff. AktG vorausgehen. Eine Ausnahme ist in diesem Beispielsfall jedoch dann zu machen, wenn es sich bei der KG, die ihre Rechtsform wechselt, um eine Kapitalgesellschaft & Co. KG handelt, die unter § 4 MitbestG fällt. Es besteht bereits ein nach dem MitbestG gebildeter AR, allerdings nicht bei der KG, sondern bei deren Komplementär-Kapitalgesellschaft. Da § 4 beide mitbestimmungsrechtlich als Einheit behandelt, erscheint es gerechtfertigt, entsprechend § 203 UmwG von der Amtskontinuität des AR auszugehen, so dass ein Überleitungsverfahren nicht stattfindet (str., wie hier Wulff/Buchner ZIP 2007, 314, 317 m. w. Nachw.).

Weiter ist ein Überleitungsverfahren erforderlich, wenn ein bisher nur auf der Satzung beruhender (fakultativer) AR infolge der Umwandlung gesetzlich vorgeschrieben ist, denn damit beruht er nunmehr auf anderen Vorschriften (UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 36; Parmentier AG 2006, 476, 483). Der Formwechsel spielt hier allerdings keine Rolle, da die insoweit in Betracht kommende GmbH nach dem MitbestG bereits einen AR hat. Die Frage kann sich aber bei Umwandlungen in Form der Verschmelzung stellen.



**Beispiel 2:**

Auf eine GmbH mit 400 ArbN, die einen fakultativen AR nach § 52 GmbH hat, wird ein Schwesterunternehmen mit 1800 ArbN verschmolzen. Die GmbH mit nunmehr 2200 ArbN hat jetzt einen AR nach dem MitbestG zu bilden. Zu diesem Zweck ist ein Überleitungsverfahren erforderlich.

Blieben dagegen die bisher für Bildung und Zusammensetzung einschlägigen Vorschriften weiterhin maßgeblich, so findet kein Überleitungsverfahren statt. Die AR-Mitglieder behalten ihr Amt bis zu dessen regulärem Ende; lediglich für die AE-Vertreter kann ein vorzeitiges Amtsende bestimmt werden (§ 203 UmwG).

**Beispiel 3:**

Eine GmbH mit 3000 ArbN, deren AR nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 zusammengesetzt ist, wird nach § 226 UmwG in eine AG umgewandelt.

- 37 Für die **abweichende Auffassung**, bei Beteiligung eines mitbestimmungspflichtigen Unternehmens müsse im Fall des Formwechsels immer ein Statusverfahren stattfinden, auch wenn sich das Mitbestimmungsstatut nicht ändert, (näher GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 16 ff. m.w. Nachw.), bietet § 97 AktG keine Grundlage: Das Verfahren ist auf eine Änderung der mitbestimmungsrechtlichen Lage bezogen (Rn. 12), die hier gerade nicht stattfindet. Die für die Zusammensetzung des AR maßgeblichen Vorschriften in § 7 MitbestG sind vor und nach dem Formwechsel dieselben; lediglich die Rechtsform als eine der Anwendungsvoraussetzungen des MitbestG wird ausgetauscht. Auch für ein in § 97 AktG nicht vorgesehenes reduziertes Überleitungsverfahren mit Bekanntmachung des Vorstands, aber ohne Beendigung des AR-Amts, besteht keine Notwendigkeit (so aber GroßKommAktG/Hopt/Roth/Peddinghaus § 97 Rn. 18 ff.). Die Prüfung, ob der AR nach dem Formwechsel noch richtig zusammengesetzt ist, obliegt dem Vorstand ohnehin immer (Rn. 16). Die Erfüllung dieser Pflicht kann auch jederzeit durch Anrufung des LG von einem der zahlreichen Antragsberechtigten der gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden (Rn. 29 ff.). Wird ein dem MitbestG unterliegendes Unternehmen in eine von diesem Gesetz **nicht erfasste Rechtsform umgewandelt**, etwa nach § 226 UmwG in die einer Personenhandels-gesellschaft, so findet kein Überleitungsverfahren statt; das Amt der AR-Mitglieder endet mit der Eintragung (Henssler, FS BGH, 2000, Bd. II, S. 387, 414; ErfK/Oetker Einl. MitbestG Rn. 19; Oetker ZGR 2000, 19, 38 f.; Semler/Stengel/Simon § 203 Rn. 2; UHH/Ulmer/Habersack § 1 Rn. 54; abw. für den Fall, dass das Unternehmen von einer bisher nicht dem MitbestG unterliegenden Kapitalgesellschaft beherrscht wird, die nunmehr die Voraussetzungen für die Anwendung des MitbestG erfüllt, Horn/Wackerbarth FS Söllner 2000, S. 447, 454 f.: analoge Anwendung von § 203 UmwG).

#### 4. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

##### a) Allgemeines

- 38 Die in Abs. 2 S. 1 enthaltenen Verweisungen auf Vorschriften des AktG über die Bestellung von AR-Mitgliedern haben, da diese Vorschriften für AG und KGaA ohnehin gelten und für Genossenschaften insoweit nach Abs. 3 S. 1 weitgehende Ausnahmen (Rn. 41–43, 47 f.) bestehen, konstitutive Bedeutung besonders für GmbH. Bei der Anwendung der in Abs. 2 S. 1 in Bezug genommenen sowie sonstiger rechtsformspezifischer Vorschriften über die Bestellung von AR-Mitgliedern ist zu berücksichtigen, dass die weiteren, in §§ 7–24 MitbestG enthaltenen **Regelungen** Vorrang haben (UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 43). Zur Bestellung der AR-Mitglieder der AE durch das Wahlorgan sowie zur Entsendung durch einzelne AE s. § 8. Zur Wahl der AR-Mitglieder der ArbN s. §§ 9 ff. Bei **Veränderungen im AR** einer AG, KGaA oder GmbH ist nach Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 106 AktG unverzüglich eine Liste sämtlicher AR-Mitglieder, welche jeweils deren Namen, Beruf und Wohnort angibt, zum Handelsregister einzu-

reichen. Für Genossenschaften gilt dies nicht (UHH/Ulmer/Habersack § 6 Rn. 78); § 106 AktG ist wegen der in § 6 Abs. 3 MitbestG enthaltenen Ausnahme nicht anwendbar, und auch das GenG schreibt die Bekanntmachung von Veränderungen im AR nicht vor (vgl. Beuthien § 36 Rn. 6). Zur Bekanntmachung der Wahl von AR-Mitgliedern der ArbN s. § 19.

## b) Persönliche Voraussetzungen

Die über § 6 erschlossenen Regelungen sind uneinheitlich. Einerseits bestehen für AR-Mitglieder der **ArbN** und der **AE gleichermaßen** geltende Voraussetzungen, andererseits solche, die zwischen AR-Mitgliedern beider Seiten unterscheiden. Bei allem sind eine Reihe von Sondervorschriften für AR-Mitglieder von Genossenschaften zu berücksichtigen. Gemeinsam gilt für alle sog. Wählbarkeitsvoraussetzungen, dass sie sich nicht auf die Wahl beziehen, sondern auf die Mitgliedschaft im AR. Daraus folgt, dass diese Voraussetzungen nicht bereits im Zeitpunkt der Wahl vorliegen müssen, sondern erst im Zeitpunkt des **Amtsantritts** (GroßKommAktG/Hopt/Roth § 100 Rn. 108; KK/Mertens § 100 Rn. 29). Wird eine Person in den AR gewählt, welche die nach Abs. 2 und 3 i. V. m. den dort in Bezug genommenen Vorschriften bestehenden **Bestellungsvoraussetzungen nicht erfüllt**, so ist die Wahl nichtig, es sei denn, vor Beginn der Amtszeit würde der Mangel noch behoben. Letzteres kommt z. B. in Betracht durch die Niederlegung von AR-Mandaten, falls die nach § 100 Abs. 2 AktG zulässige Zahl (Rn. 41) überschritten ist. Näher zur Nichtigkeit der Wahl von AR-Mitgliedern § 22 Rn. 5ff., zur Anfechtbarkeit § 22 Rn. 19ff.

Für börsennotierte AG gibt der „**Deutsche Corporate Governance Codex**“ 40 (Vorbem. Rn. 44) im Interesse des Anlegerschutzes eine Reihe von Empfehlungen. Diese sind zwar nicht rechtlich verbindlich (OLG München 6. 8. 2008 AG 2009, 294f.); die AG ist aber nach § 161 AktG verpflichtet, jährlich eine Erklärung über die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Empfehlungen des Codex abzugeben (näher *Hilfer* § 161 Rn. 1ff.). Der Codex enthält Empfehlungen auch hinsichtlich der Anforderungen an die Mitgliedschaft im AR, die über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausgehen (im einzelnen GroßKommAktG/Hopt/Roth § 100 Rn. 179ff.). Diese können **im folgenden außer Betracht** bleiben. Die meisten dieser Empfehlungen werden in der Praxis wohl nur für AE-Vertreter relevant (z. B. zur AR-Mitgliedschaft von aktiven oder früheren Vorstandsmitgliedern, zu Interessenkonflikten auf Grund von Geschäftsbeziehungen, zum Wahlverfahren). Wo dies anders ist, steht entweder das Gesetz einer Befolgung der Empfehlung entgegen (so im Fall der Annahme, unternehmensangehörige AR-Mitglieder der ArbN wiesen nicht die vom Codex geforderte Unabhängigkeit vom Unternehmen auf, s. MünchKommAktG/Habersack § 100 Rn. 55; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 100 Rn. 194; wie hier *Lieder* NZG 2005, 569, 571), oder die Empfehlung gilt als nicht auf ArbN-Vertreter bezogen (so bezüglich der fachlichen Qualifikation, s. GroßKommAktG/Hopt/Roth § 100 Rn. 186). Allerdings wird eine Erreckung auf ArbN-Vertreter immer wieder gefordert (z. B. v. *Werder/Wieczorek* DB 2007, 297ff.; radikal *Loritz* ZfA 2009, 477ff.; Qualifikationsdefizite von ArbN-Vertretern, auch deshalb Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung). Die zu Corporate-Governance-Codices ergangene **Empfehlung der EU-Kommission** vom 15. 2. 2005 (ABl. L 52 S. 51) sieht im Arbeitsverhältnis eines Organmitglieds, das auf Grund eines gesetzlichen Systems der ArbN-Vertretung amtiert und hinreichend vor Benachteiligungen geschützt ist, keine Beeinträchtigung der geforderten Unabhängigkeit (Empfehlung Anh. II Nr. 1 Buchst. b).

Eine für alle unter das MitbestG fallenden Unternehmen geltende Regelung, nach der die Bestellung zum AR-Mitglied eine bestimmte **fachliche Qualifikation** voraussetzen würde, besteht nicht (MünchKommAktG/Habersack § 100 Rn. 11; *Semler* FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1489, 1490); der BGH leitet aus dem gesetzlichen Gebot der persönlichen und eigenverantwortlichen Amtsführung (s. § 111 Abs. 5 AktG) lediglich ab, dass sich jedes AR-Mitglied diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, die es braucht,



um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können, zumindest aneignen muss (BGH 15. 11. 1982 NJW 1983, 991; abw. *Semler* FS Karsten Schmidt; 2009, S. 1489, 1499: Qualifikation muss bei Amtsannahme vorhanden sein). Auf Grund des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht v. 29. 7. 2009 (BGBl. I S. 2305) ist für Mitglieder des AR von **Banken** und Finanzholdings nunmehr in § 36 Abs. 3 KWG ausdrücklich vorgeschrieben, dass sie persönlich zuverlässig sein und die zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion erforderliche Sachkunde besitzen müssen; Gleiches gilt jetzt nach § 7 a Abs. 4 VAG für die Mitglieder des AR von **Versicherungen** und Versicherungsholdings. Ausnahmen für ArbN-Vertreter sind insoweit nicht ersichtlich. Ein Fehlen geforderter Eigenschaften führt nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung oder zum automatischen Amtsverlust, sondern zu Eingriffsbefugnissen der jeweiligen Aufsichtsbehörde (z. B. Veranlassung eines Abberufungsverfahrens, s. § 36 Abs. 3 KWG, § 87 Abs. 8 VAG). Die in § 6 Abs. 3 Investmentgesetz v. 15. 12. 2003 (InvG – BGBl. I S. 2676) für **Kapitalanlagegesellschaften** statuierten Anforderungen an Persönlichkeit und Sachkunde von AR-Mitgliedern gelten nach § 6 Abs. 4 InvG nicht für ArbN-Vertreter.

40b Seit der Novellierung des AktG und des GenG durch das BilMoG (Vorbem. Rn. 44 a) gilt nach § 100 Abs. 5 AktG (§ 36 Abs. 4 GenG) für den AR von **kapitalmarktorientierten** Kapitalgesellschaften (bzw. Genossenschaften) i. S. v. § 264 d HGB, d. h. in erster Linie von Unternehmen, deren Anteile oder Schuldtitel an der Börse gehandelt werden, ein zusätzliches Erfordernis: Dem AR muss mindestens ein „**unabhängiges**“ Mitglied angehören, das über Sachverstand auf den Gebieten **Rechnungslegung** oder **Abschlussprüfung** verfügt; nach der Übergangsregelung des § 12 Abs. 4 EGAktG gilt dieses Erfordernis allerdings noch nicht, solange der AR ausschließlich aus Mitgliedern besteht, die vor dem 29. 5. 2009 bestellt worden sind. Das Kriterium der Unabhängigkeit ist nicht gesetzlich definiert. Die Begründung des RE (BT-Drucks. 16/10067 S. 101 f.) greift insoweit auf die Empfehlung der EU-Kommission v. 15. 2. 2005 (Rn. 40) zurück, so dass auch **ArbN-Vertreter** die geforderte Unabhängigkeit regelmäßig aufweisen werden (*Diekmann/Bidmon* NZG 2009, 1087, 1088 f.; a. A. *Kropff* FS Karsten Schmidt, 2009, 1023, 1032; im Ergebnis auch *Staae* ZIP 2010, 1013, 1016; ebenso ziehen *Hüffer* § 100 Rn. 13, *Jaspers* AG 2009, 607 ff., und *Peltzer* NZG 2009, 1041, 1042, ohne weiteres nur AE-Vertreter in Betracht). Auch die geforderte Sachkunde (dazu OLG München 28. 4. 2010 NZG 2010, 784 f.) ist keineswegs AE-Vertretern vorbehalten; die Begründung des RE (BT-Drucks. 16/10067 S. 102) erwähnt ausdrücklich Betriebsratsmitglieder. Das Gesetz gibt allerdings nur das Ergebnis vor. Ein Verfahren, das – wie z. B. das Verfahren zur Wahl des Vertreters der leitenden Angestellten in den AR – die Bestellung eines solchen AR-Mitglieds gewährleisten könnte, fehlt dagegen; es gibt auch keine Instanz, welche über beiden Seiten im AR steht und daher aus der Gesamtheit der AR-Sitze denjenigen bestimmen könnte, der mit diesem Mitglied zu besetzen ist. So wird die gesetzliche Vorgabe nur auf Grund informeller Absprachen im Vorfeld der Bestellung zu erfüllen sein. Das schließt ArbN-Vertreter faktisch aus, denn diese sind ausnahmslos in geheimer Wahl zu wählen (§ 15 Abs. 1 S. 1, § 18 S. 3). Dagegen schreibt das Gesetz für die Bestellung der AE-Vertreter keine geheime Wahl vor, so dass Absprachen über die Beschlussfassung operabel sind. Soweit angenommen wird, der AR selbst habe auf Grund seiner Pflicht zur Selbstorganisation das in § 100 Abs. 5 AktG geforderte Mitglied zu bestimmen (so *Hüffer* § 100 Rn. 13), setzt dies freilich voraus, dass die hierzu Befugten mindestens ein Mitglied mit den notwendigen Eigenschaften bestellt haben. Die Lösung des Problems liegt also nicht primär beim AR. Die Folgen eines Verstoßes gegen § 100 Abs. 5 AktG oder § 36 Abs. 4 GenG sind nicht ausdrücklich geregelt und bisher ungeklärt (zum Streitstand s. *Diekmann/Bidmon* NZG 2009, 1087, 1091; *Hüffer* § 100 Rn. 15; *Kropff* FS Karsten Schmidt, 2009, 1023, 1032 ff.; *Staae* ZIP 2010, 1013, 1018 ff.; *Widmann* BB 2009, 2602 ff.).

41 Für **alle AR-Mitglieder** von **AG**, **KGaA** und **GmbH** ergeben sich persönliche Voraussetzungen für das AR-Amt aus § 100 Abs. 1 und 2 AktG. Danach können nur **natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen** AR-Mitglieder sein (§ 100 Abs. 1 S. 1