

BERND JOCH

# Mitbestimmungsgesetz und Gestaltungsfreiheit

Ein Beitrag  
zur Reichweite der Privatautonomie

1984



VERLAG ROLF GREMER · EBELSBACH

# INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort . . . . .	XXI
Einleitung . . . . .	1

## 1. TEIL

DIE PROBLEMATIK IM VERHÄLTNIS VON MITBESTIMMUNGSGESETZ UND GESELLSCHAFTSRECHT	5
---	---

### 1. Kapitel

Die Problemstellung und ihre praktische Relevanz . . . . .	7
I. Der Regelungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes und seine Grenzen . . . . .	7
1. Der sachliche Anwendungsbereich des Mitbestimmungs- gesetzes, insbesondere die rechtsformbezogene Ausge- staltung der Mitbestimmung . . . . .	7
2. Die abgestufte Mitbestimmungsintensität innerhalb des Mitbestimmungsgesetzes . . . . .	12
II. Die Möglichkeiten für privatautonome mitbestimmungs- rechtlich relevante Gestaltungen in Gesellschaftsverträgen bzw. Satzungen . . . . .	12
1. Rechtsformänderungen . . . . .	17
2. Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von § 4 Abs. 1 MitbG . . . . .	19
3. Die Veränderung von Beschäftigtenzahlen . . . . .	20
4. Konzernsachverhalte . . . . .	21
5. Weitere Einzelgestaltungen in Satzung und Gesellschafts- vertrag . . . . .	23
6. Internationale Konstellationen . . . . .	27

III. Praktische Relevanz der Möglichkeiten privatautonomer mitbestimmungsrelevanter Gesellschaftsgestaltungen . . . . .	28
1. Rechtsformänderungen . . . . .	29
2. Gestaltungen im Bereich der GmbH & Co. Kommanditgesellschaften . . . . .	30
3. Veränderungen der Beschäftigtenzahl . . . . .	31
4. Konzernsachverhalte . . . . .	31
5. Besonders auffällige Gestaltungen . . . . .	32
6. Die Entwicklung der entscheidenden Fragestellung . . . . .	32

## 2. Kapitel

Die gerichtlichen und rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen zu den mitbestimmungsrechtlichen Schranken gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	34
I. Die gerichtliche Spruchpraxis . . . . .	34
1. Die Verfahrensgegenstände . . . . .	34
2. Entscheidungen zur Zulässigkeit satzungsunautonomer Gestaltungen . . . . .	34
3. Weitere Entscheidungen . . . . .	35
a) zu § 28 MitbG . . . . .	35
b) zu § 27 MitbG . . . . .	36
c) zu § 4 MitbG . . . . .	37
d) zu § 33 MitbG . . . . .	38
4. Zusammenfassung zur Linie der Rechtsprechung . . . . .	38
II. Der Stand der Literaturmeinungen zum Verhältnis von Mitbestimmungsgesetz und Gesellschaftsrecht . . . . .	39
1. Der Vorrang des Gesellschaftsrechts . . . . .	40
2. Die Prävalenz des Mitbestimmungsgesetzes . . . . .	42
3. Die vermittelnden Ansichten . . . . .	43

### 3. Kapitel

Hinweise auf das Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmungsgesetz aus dem Gesetz und den vorliegenden Materialien . . . . .	46
I. Der Stellenwert dieser Argumentation . . . . .	46
II. Die Argumentation anhand der §§ 6 Abs. 2 Satz 2, 25, 30 MitbG . . . . .	47
1. Der Norminhalt . . . . .	47
2. Die unterschiedlichen Schlußfolgerungen und die Kritik hieran . . . . .	48
III. Ableitungen aus § 32 Abs. 1 Satz 2 MitbG . . . . .	51
IV. Indizien aus § 4 Abs. 2 MitbG . . . . .	52
1. Die Aussage des § 4 Abs. 2 MitbG . . . . .	52
2. Die unterschiedlichen Schlußfolgerungen . . . . .	52
3. Die Kritik . . . . .	54
V. Die Aussagen in den Materialien zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmungsgesetz . . . . .	54
1. Die Schwierigkeit einer Argumentation anhand von Materialien . . . . .	54
2. Die Aussagen in den Materialien . . . . .	55
3. Die unterschiedlichen Schlußfolgerungen . . . . .	56
4. Kritische Stellungnahme zu Canaris' Kritik an einer Argumentation anhand der Materialien . . . . .	57
5. Zusammenfassung . . . . .	59

**DIE SICH GEGENSEITIG BEEINFLUSSENDEN  
RECHTSELEMENTE PRIVATAUTONOMIE  
UND MITBESTIMMUNGSGESETZ**

61

## 1. Kapitel

Die systematisch-teleologische Betrachtung der Reichweite von Mitbestimmungsgesetz und Privatautonomie . . . . .	63
I. Die „Verrechtlichung“ der Diskussion . . . . .	63
II. Der Rückgriff auf den Lückenbegriff . . . . .	64
III. Zur teleologischen Methode im Bereich zwischen MitbG und gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	66
IV. Der Einbezug der Privatautonomie in eine systematisch-teleologische Betrachtung . . . . .	69
V. Zur Kritik am systematischen Vorgehen . . . . .	70
VI. Zur Zurückhaltung bei politisch brisanten Gesetzen . . . . .	72
VII. Die Notwendigkeit der Erörterung von Sinn und Zweck beider beteiligten Rechtsbereiche . . . . .	75

## 2. Kapitel

Das Telos der Mitbestimmung – der politische und inhaltliche Kompromiß des Mitbestimmungsgesetzes . . . . .	77
I. Zielvorstellungen und gesamtwirtschaftliche Modellannahmen pro und contra unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung . . . . .	78
1. Die Verknüpfung unterschiedlicher Argumentationslinien	78
2. Die Mitbestimmung im Rahmen gesamtwirtschaftlicher Ordnungskonzeptionen . . . . .	79
3. Zentrale gesellschafts- und wirtschaftsordnungspolitische Vorstellungen zur Mitbestimmung . . . . .	83
a) Die Verwirklichung von Demokratie durch Mitbestimmung . . . . .	84
b) Die Kontrolle von Macht durch Mitbestimmung . . . . .	86

c) Der Integrationseffekt der Mitbestimmung . . . . .	87
d) Die Vereinbarkeit unternehmerischer Mitbestimmung mit einer dezentralen marktwirtschaftlichen Ordnung . . . . .	87
4. Die Begründung der Mitbestimmungsforderung aus per- sonalen Erwägungen und dem Gedanken der Gleichbe- rechtigung von Kapital und Arbeit . . . . .	88
5. Die Positionen gegen Unternehmensmitbestimmung . . . . .	91
II. Der politische und inhaltliche Kompromiß des MitbG . . . . .	96
III. Folgerungen aus dem Kompromißcharakter des MitbG . . . . .	101
3. Kapitel	
Position und Funktion der Privatautonomie im Rechtssystem . . . . .	104
I. Zur Diskussion um die Privatautonomie . . . . .	104
II. Die grundlegenden rechtstheoretischen Ansätze zum Ver- ständnis der Privatautonomie . . . . .	106
1. Die sogen. Selbstbestimmungstheorie . . . . .	106
2. Der Vertrag als Richtigkeit gewährender Mechanismus . . . . .	108
3. L. Raisers „funktionaler“ Ansatz zur Vertragstheorie . . . . .	110
4. Die Grenzen der Privatautonomie . . . . .	114
III. Die historische Diskussion um Bedeutung und Grenzen pri- vatautonomes Handelns in der geschichtlichen Entwicklung von der Kodifikation bis 1945 . . . . .	116
1. Der historische Hintergrund der Kodifikation . . . . .	116
2. Die Kritik am Freiheitsverständnis der Kodifikation und die Folgen . . . . .	119
3. Die Entwicklung während des Nationalsozialismus . . . . .	123
IV. Die Rezeption und Ausdifferenzierung der Ansätze Flumes, Schmidt-Rimplers und L. Raisers in der aktuellen Diskussion . . . . .	125
1. Zur Eingrenzung der Darstellung . . . . .	125
2. Privatautonomie als Persönlichkeitsentfaltung und Zweckmäßigkeitentscheidung . . . . .	126

3. Die Bedeutung des Selbstbestimmungsgedankens für die Schranken der Privatautonomie . . . . .	128
4. Das Gegengewichtsprinzip als Sicherung der Vertragsfreiheit . . . . .	129
5. Der Spielraum für hoheitliche Gestaltung jenseits der Sicherung der Funktionsvoraussetzungen . . . . .	133
4. Kapitel	
Institutionalisierungen als Schranken privatautonomem Handeln	136
I. Der Ansatz Teichmanns . . . . .	136
II. Mitbestimmung als Institutionalisierung . . . . .	138
III. Zur Kritik des institutionellen Rechtsdenkens . . . . .	141
1. Die unterschiedlichen Ausgangspositionen . . . . .	141
2. Die besondere „Faszination“ institutionellen Rechtsdenkens . . . . .	145
3. Der Wert der Beobachtung von Institutionalisierungsprozessen . . . . .	146
4. Die Rolle des Richterrechts bei Institutionalisierungsprozessen . . . . .	149
5. Grundsätzliche Bedenken und Zusammenfassung . . . . .	150
5. Kapitel	
Typengesetzlichkeiten als Schranken privatautonomer Gestaltungsfreiheit . . . . .	153
I. Die Bedeutung des typologischen Ansatzes . . . . .	153
II. Die Grundpositionen einer Typuslehre . . . . .	155
III. Die Bedeutung der typologischen Betrachtungsweise für die Bestimmung der Schranken privatautonomer Gestaltungsfreiheit . . . . .	159
IV. Das Problem der Behandlung atypischer Gestaltungen . . . . .	162
V. Bedenken gegenüber dem Gegensatzpaar „typisch-atypisch“	163
VI. Die begrenzte Aussagekraft typologischen Rechtsdenkens	166

## 6. Kapitel

Differenzierte Regelungsintensität privatrechtlicher Institute als Folge notwendiger Abstimmung mit anderen Wertungen . . . .	168
I. Privatautonome Betätigung als Teilbereich rechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Realität . . . . .	168
II. Die Abstimmung der Privatautonomie mit neuen Rechtswertungen und das Problem der Sonderrechtsgebiete . . . .	170
III. Rollendifferenzierungen als Fortführung der Entwicklung „from status to contract“ . . . . .	174
IV. Differenzierungen in der Reichweite privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	182
V. Die Orientierung sachgerechter Abstimmung und Differenzierung an den Grundsätzen praktischer Konkordanz . . . .	187
1. Die Grundlagen der praktischen Konkordanz . . . . .	187
2. Die Diskussion um Gegenstands- und Folgetheorie im GWB als Beispiel für die Anwendung der Abstimmungsgrundsätze praktischer Konkordanz im Kollisionsbereich von Privatautonomie und Ordnungsnormen . . . . .	189
3. Die Folgerungen für die Reichweite privatautonomer Gestaltungsfreiheit . . . . .	192

## 7. Kapitel

Die gesellschaftsrechtliche Privatautonomie . . . . .	199
I. Gesellschaftsrecht und Vertragspraxis . . . . .	199
II. Gesellschaftsvertrag und Satzung . . . . .	201
III. Die Argumentation zugunsten weitgehender Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht . . . . .	203
IV. Besonderheiten und Differenzierungsversuche in der Diskussion um die gesellschaftsrechtliche Privatautonomie . . . .	204
V. Die moderne höchstrichterliche Rechtsprechung zur Reichweite gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie im Gesellschaftsinnenverhältnis . . . . .	206

1. Die Kontrolle gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen bei Publikumspersonengesellschaften . . . . .	206
2. Die Rechtsprechung zum Gesellschafterausschluß ohne wichtigen Grund . . . . .	208
3. Die Kontrolle von Buchwertabfindungsklauseln . . . . .	210
4. Die Kontrolle eines aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	211
5. Zusammenfassung . . . . .	212
VI. Die Kontrolle privatautonomer Gestaltungen im Gesellschaftsaußenverhältnis . . . . .	213
VII. Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum Unternehmensrecht . . . . .	216
VIII. Zusammenfassung zur Position und Funktion gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	217
1. Die Zunahme richterrechtlicher Kontrolle . . . . .	217
2. Kein Schutz formaler gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit durch § 23 Abs. 1 AGBG . . . . .	218
3. Der Funktionswandel der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht . . . . .	219
IX. Die Notwendigkeit der Abstimmung von Mitbestimmungsgesetz und Gesellschaftsrecht . . . . .	222

### 3. TEIL

## DAS INSTRUMENTARIUM FÜR DIE ABSTIMMUNG IN RECHTLICHEN KONFLIKTSITUATIONEN 225

#### 1. Kapitel

Einführung und Auswahl der rechtsvergleichend herangezogenen Konfliktsituationen . . . . .	227
--	-----

#### 2. Kapitel

Die Abstimmung von privatautonomer Gestaltungsfreiheit und zwingendem Recht in der Rechtsprechung des BAG zu den befristeten und Kettenarbeitsverträgen . . . . .	230
---	-----

I. Die Grundzüge der Rechtsprechung des BAG . . . . .	230
1. Die rechtliche Ausgangssituation . . . . .	230
2. Die Rechtsprechung zu den befristeten Arbeitsverhältnissen . . . . .	231
II. Ähnlichkeiten der Diskussion um die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge mit der Frage nach dem Verhältnis von Mitbestimmungsgesetz und gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	234
III. Die objektive Gesetzesumgehung als Lösungsweg des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	236
IV. Die Prüfung einer Vereinbarung auf ihren sachlichen Grund als Instrument zur Abstimmung der Freiheit zu privatautonomer Gestaltung und davon berührten Rechtsgebieten . . . . .	239
3. Kapitel	
Der Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Lichte des § 42 AO bzw. § 6 Abs. 1, 2 StAnpG . . . . .	245
I. Die steuerrechtliche Regelung als Vergleichsmaßstab für mitbestimmungsrechtliche Abstimmungsprobleme . . . . .	245
1. Das Steuerrecht als Vergleichstatbestand . . . . .	245
2. Entstehung und Inhalt des § 42 AO . . . . .	246
3. Die Problematik des Rückgriffs auf § 42 AO für das Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmungsgesetz . . . . .	246
II. Die Position des § 42 AO zwischen Steuerrecht und Privatautonomie . . . . .	247
III. Die Funktionsbedingungen des § 42 AO . . . . .	250
IV. Die Prüfung einer rechtlichen Gestaltung auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit als Schranke privatautonomer Gestaltungsfreiheit zur Abstimmung von Privat- und Steuerrecht . . . . .	254
1. Der Verzicht auf Rechtsmißbrauch und Umgehung . . . . .	254
2. Systematisch-funktionale Entsprechung von „sachlichem Grund“ und „wirtschaftlicher Angemessenheit“ . . . . .	255

#### 4. Kapitel

Die gesellschaftsrechtlichen Durchgriffsfälle und die Behandlung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen als Haftkapital im Recht der GmbH . . . . .	257
I. Die Grundproblematik der Durchgriffsfälle . . . . .	257
1. Das Problem der Verselbständigung der juristischen Person . . . . .	257
2. Die Eingrenzung der Untersuchung . . . . .	258
II. Die Grundzüge der Rechtsprechung zum gesellschaftsrechtlichen Durchgriff . . . . .	259
1. Keine einheitliche Rechtsprechung . . . . .	259
2. Die Grundaussagen der Rechtsprechung . . . . .	259
III. Die Behandlung der Durchgriffsprobleme in der Literatur	261
IV. Der Durchgriff als Abstimmungsproblem . . . . .	263
V. Die Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im GmbH-Recht . . . . .	265
1. Die Problemlage . . . . .	265
2. Die Verbindung von Durchgriff und Unterkapitalisierung	267
3. Die Stellungnahmen von Rechtsprechung, Literatur und GmbH-Novelle . . . . .	268
5. Die Qualifikation von Gesellschafterdarlehen als Problem der Grenzen der Privatautonomie . . . . .	273

DIE PRÜFUNG MITBESTIMMUNGSRELEVANTER  
GESTALTUNGEN AUF IHRE SACHLICHE  
RECHTFERTIGUNG ALS INSTRUMENT ZUR  
ABSTIMMUNG VON MITBESTIMMUNGSGESETZ  
UND GESELLSCHAFTSRECHTLICHER  
PRIVATAUTONOMIE

279

## 1. Kapitel

Die „sachliche Rechtfertigung“ als Instrument zu praktisch-konkordanter Abstimmung in Kollisionslagen . . . . .	281
I. Die Folgerungen aus dem inneren Rechtsvergleich . . . . .	281
II. Der Verstoß gegen die guten Sitten, Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch als Instrument für praktisch-konkordante Abstimmung? . . . . .	284
1. Die Schranke der „guten Sitten“ im Rahmen von §§ 138, 826 BGB . . . . .	284
2. Das Verbot der Gesetzesumgehung . . . . .	287
3. Der Rechtsmißbrauch . . . . .	288
4. Zusammenfassung . . . . .	291
III. Praktisch-konkordante Abstimmung mit Hilfe der Kontrolle einer privatautonomen Gestaltung auf ihre sachliche Rechtfertigung . . . . .	292
1. Die weitreichende Verwendung des Kontrollmaßstabs „sachlicher Grund“ . . . . .	292
2. Differenzierungen im Rechtsinhalt durch die Kontrolle auf den „sachlichen Grund“ . . . . .	294
3. Die Last der Rechtfertigung für gewählte privatautonome Gestaltungen . . . . .	295
4. Die Erforderlichkeit eines objektiven Beurteilungsmaßstabs . . . . .	296
5. Umfassende Abwägung der beteiligten Wertungen und Interessen durch den Kontrollmaßstab „sachlicher Grund“ . . . . .	297

## 2. Kapitel

Die Verteilung der Beweislast bei der gerichtlichen Kontrolle einer privatautonomen Gestaltung auf ihre sachliche Rechtfertigung . . . . .	309
I. Die Beweislastgrundregel . . . . .	309
II. Die Beweislastverteilung in den rechtsvergleichend betrachteten Sachverhalten . . . . .	310
III. Kritik der Beweislastverteilung . . . . .	312
IV. Rechtfertigungslasten für privatautonome Gestaltungen in rechtlichen Kollisionslagen . . . . .	314

## 3. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlußfolgerungen für das Verhältnis von Mitbestimmungsgesetz und gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	318
I. Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	318
II. Die Kontrolle mitbestimmungsrechtlich relevanter Gestaltungen auf ihre sachliche Rechtfertigung . . . . .	319
III. Die prozessuale Verwirklichung der Abstimmung . . . . .	321
1. Statusverfahren . . . . .	321
2. Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren . . . . .	322
3. Amtslöschungsverfahren . . . . .	324
4. Weitere Möglichkeiten . . . . .	325
IV. Die Entscheidungsalternativen der Gerichte bei der Abstimmung von Mitbestimmungsgesetz und gesellschaftsrechtlicher Privatautonomie . . . . .	326
1. Rechtsformänderungen . . . . .	326
a) Die Änderung einer zunächst mitbestimmten Rechtsnorm . . . . .	326
b) Das Unterlassen der Wahl einer mitbestimmten Rechtsnorm . . . . .	328
c) Konzernsachverhalte . . . . .	329

2. Veränderungen des Personalstandes	. . . . .	330
3. Einzelne Satzungsgestaltungen	. . . . .	330
4. Zusammenfassung	. . . . .	331
V. Die Kompensation unternehmensmitbestimmungsrechtlicher Defizite durch mitbestimmungsexterne Faktoren als weiterführende Fragestellung	. . . . .	331
Literaturverzeichnis	. . . . .	332