

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 107 Abs. 3, 241, 243; MitbestG § 25

- a) Die §§ 241 ff. AktG finden keine sinnentsprechende Anwendung auf fehlerhafte Beschlüsse des Aufsichtsrats der AG.
- b) Jedenfalls bei beschließenden Personalausschüssen des Aufsichtsrats ist es als mißbräuchliche Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit anzusehen, wenn sie, ohne daß dafür im Einzelfall erhebliche sachliche Gründe vorhanden sind, aus grundsätzlichen Erwägungen von jeder Mitarbeit in dem Ausschuß ausgeschlossen werden.

BGH, Urt. v. 17. Mai 1993 - II ZR 89/92 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 89/92

Verkündet am:
17. Mai 1993
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1993 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Kläger werden unter Zurückweisung im übrigen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 6. März 1992 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auch der weitere gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Hilfsantrag der Kläger (Feststellung der Nichtigkeit der am 27. Juni 1988 erfolgten Wahl des Vorstandsausschusses des Aufsichtsrats der Beklagten zu 1) abgewiesen worden ist, und das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 7. Juni 1991 dahingehend geändert, daß unter Abweisung der Klage im übrigen gegenüber der Beklagten zu 1 festgestellt wird, daß die Wahl des Vorstandsausschusses des Aufsichtsrats der Beklagten zu 1 durch den Aufsichtsrat in der Sitzung vom 27. Juni 1988 nichtig ist.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 sowie 3/4 der Gerichtskosten und ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten sowie die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 1 trägt 1/4 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Kläger sowie die Hälfte ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger sind als Arbeitnehmervertreter Mitglieder des Beklagten zu 2, des Aufsichtsrats der Beklagten zu 1, einer dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterliegenden Aktiengesellschaft. Auf der konstituierenden Sitzung des neugewählten Aufsichtsrats der Beklagten zu 1, die am 27. Juni 1988 stattfand, gab der Vorsitzende zu Punkt 3 c der Tagesordnung "Vorstandsausschuß" zunächst die Erklärung ab, er gehe von allseitiger Übereinstimmung mit Ziffer 5.3.1 der Geschäftsordnung aus, wonach der Vorstandsausschuß aus dem Vorsitzenden und mindestens zwei weiteren Mitgliedern des Aufsichtsrats bestehe. Gleichzeitig schlug er dafür zwei namentlich benannte Vertreter der Anteilseignerseite, die Herren Dr. S.-N. und W., vor. Gegenüber dem Einwand des Klägers zu 3, dieser Ausschuß solle nicht nur aus Aktionärsvertretern bestehen, und dessen Gegenvorschlag einer Wahl der Kläger zu 3 und 5, erwiderte der Vorsitzende u.a., er sehe für eine Erweiterung angesichts der in den vergangenen zehn Jahren bewährten Handhabung mit einem aus drei Mitgliedern bestehenden Ausschuß kein sachliches Bedürfnis. Als Ergebnis der anschließenden Abstimmung vermerkt das Sitzungsprotokoll die Zuwahl der Herren Dr. S.-N. und W. mit fünfzehn Ja-Stimmen und einer Enthaltung sowie die Ablehnung des Antrages auf Zuwahl der Kläger zu 3 und 5 mit sieben Ja-Stimmen, einer Stimmenthaltung und acht Nein-Stimmen. Bei diesen Abstimmungsergebnissen waren die schriftlichen Stimmen von drei an der Sitzungsteilnahme verhinderten Aktionärsvertretern mitgezählt worden. In ihrer, ausdrücklich für jeden Stimmgang geltenden, auftragsgemäß von dem Aufsichtsratsvorsitzenden überreichten "Schriftlichen Stimmabgabe" heißt es

jeweils übereinstimmend u.a., sie stimmten für die Wahl der Herren Dr. S.-N. und W. und gegen jeden Vorschlag, nach dem dem Vorstandsausschuß mehr als drei Mitglieder angehören sollten. Kurze Zeit später eröffneten der Aufsichtsrats- und der Vorstandsvorsitzende dem Kläger zu 3 in einem Gespräch, daß die Wahlvorschläge der Arbeitnehmervertreter den drei abwesenden Anteilseignervertretern infolge eines Versehens nicht bekannt geworden seien. Der Kläger zu 3 äußerte Bedenken gegen die Abstimmung und kündigte an, unverzüglich nach Vorliegen des Protokolls auf die Angelegenheit zurückzukommen. Etwa zwei Monate nach der Aufsichtsratssitzung bat der Kläger zu 3 den Aufsichtsratsvorsitzenden um Überprüfung der schriftlichen Stimmabgaben und gegebenenfalls um die Feststellung, daß er und der Kläger zu 5 Mitglieder des Vorstandsausschusses seien. Nach wiederholtem Austausch schriftlicher Stellungnahmen zwischen dem Kläger zu 3 und dem Aufsichtsratsvorsitzenden, in denen jede Seite auf ihrem teilweise durch inzwischen eingeholte Rechtsgutachten belegten Standpunkt beharrte, und einem ebenfalls ergebnislos verlaufenen persönlichen Gespräch kündigte der Kläger zu 3 mit Schreiben vom 1. November 1989 an, er werde die Sache einer gerichtlichen Klärung zuführen.

Mit ihren am 20. Juli 1990 beim Landgericht eingegangenen Klagen begehren die Kläger in erster Linie die Verurteilung der beiden Beklagten, die Kläger zu 3 und 5 an der Arbeit des Vorstandsausschusses des Aufsichtsrats als dessen in der Aufsichtsratssitzung vom 27. Juni 1988 gewählte Mitglieder zu beteiligen, hilfsweise die Feststellung ihrer Wahl und weiter hilfsweise die Feststellung, daß die an die-

sem Tage erfolgte Wahl des Vorstandsausschusses nichtig sei. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger diese in beiden Vorinstanzen erfolglos gebliebenen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Abweisung der gegen den Beklagten zu 2, den Aufsichtsrat der Gesellschaft, gerichteten Klage.

1. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, daß die Klage eines Aufsichtsratsmitgliedes auf Feststellung der Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses gegen die Gesellschaft zu richten ist, weil der Aufsichtsrat den Beschluß als ihr Organ gefaßt hat und sie durch die von ihm getroffene Entscheidung und deren weitere Folgen berechtigt und verpflichtet werden kann (vgl. BGHZ 64, 325 [nur implizite] sowie vor allem BGHZ 83, 144, 146 u. BGHZ 85, 293, 295).

2. An dieser Rechtsprechung, die auch von der im Schrifttum herrschenden Meinung geteilt wird (vgl. Mertens in KK z. AktG § 108 Rdn. 78, 79; Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG 3. Aufl. § 108 Anm. 8; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 108 Anm. 72; Flume, Die juristische Person, 1983, S. 405 ff.; Meilicke in FS Walter Schmidt S. 109 ff., 112), ist trotz einiger Gegenstimmen

(Hommelhoff, ZHR 143 [1979], 288, 303 ff.; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Aufl., 1984, S. 70; Raiser, ZGR 1989, 44 ff. sowie Bork, ZGR 1989, 1, 22 f. u. ZIP 1991, 137, 143 ff.) festzuhalten. Das geltende Prozeßrecht beruht auf dem Gleichlauf von Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit (§ 50 ZPO). Rechtsfähigkeit kommt nach geltendem Recht jedoch nur natürlichen und juristischen Personen zu. Außerhalb vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassener besonderer Ausnahmen von diesem Grundsatz ist eine allgemeine Organrechtsfähigkeit und eine Organparteilähigkeit grundsätzlich nicht anzuerkennen. Eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor. Das geltende Recht ermöglicht sachgerechte Lösungen. Zudem würde, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Annahme einer Parteifähigkeit von Organen für bestimmte Streitigkeiten zahlreiche erst noch künftiger Klärung bedürftige Abgrenzungsfragen in das geltende Recht hineinragen. Sie ist deshalb auch aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen.

II. Dagegen hat die Revision teilweise Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, daß die Vorinstanzen auch die Klage gegen die Beklagte zu 1 in vollem Umfang abgewiesen haben.

1. Entgegen den von der Revisionserwiderung der Beklagten geäußerten Zweifeln wird die Beklagte zu 1 im vorliegenden Rechtsstreit, wie in der Klage angegeben, von ihrem Vorstand und nicht ihrem Aufsichtsrat vertreten. Eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch den Aufsichtsrat der Beklagten zu 1 ist deshalb weder erforderlich noch angebracht. Sind Klagen von Aufsichtsratsmitgliedern auf Feststellung der Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen, wie

vorstehend unter I. ausgeführt, gegen die Gesellschaft zu richten, so hat dies nach geltendem Recht ohne weiteres zur Konsequenz, daß die Gesellschaft entsprechend der Regel des § 78 AktG in diesem Rechtsstreit durch ihren Vorstand als dem zu ihrer Außenvertretung berufenen Organ vertreten wird. So entspricht es nicht nur der gefestigten Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 64, 325; 83, 144; 85, 293). Auch im Schrifttum ist die Vertretungsberechtigung des Vorstandes bisher kaum in Zweifel gezogen worden (vgl. Mertens in KK z. AktG § 108 Rdn. 78, 79; Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG aaO § 108 Anm. 8; ebenso Meilicke aaO S. 109 ff., 112; a.A. allerdings Stodolkowitz, ZHR 154 [1990], 1 ff., 16 f., 18). Selbst die vereinzelt gebliebene Ansicht von Bork (ZIP 1991, 137 ff.), die hinsichtlich der Möglichkeit einer Beschlußanfechtung andere Wege geht, steht für den Fall der von ihr daneben als zulässig angesehenen Erhebung der Feststellungsklage auf dem Standpunkt, daß dafür die Gesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand, passivlegitimiert ist. Eine Analogie zu § 112 AktG kommt nicht in Betracht, weil diese Vorschrift, soweit sie nicht nur der Tatsache Rechnung trägt, daß der Vorstand Rechtsgeschäfte nicht mit sich selbst abschließen kann, lediglich dem Zweck dient, eine unbefangene, von möglichen Interessenkollisionen freie Vertretung der Aktiengesellschaft in Rechtsstreitigkeiten mit ihren gegenwärtigen oder ehemaligen Vorstandsmitgliedern zu sichern, die nicht gewährleistet wäre, wenn sie in den Händen des amtierenden Vorstandes läge, der möglicherweise befangen oder nicht frei von einem persönlichen Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits ist (vgl. statt aller Sen.Urt. v. 22. April 1991 - II ZR 151/90, WM 1991, 941 f. m. umfangr. N. zur st. Sen.Rspr.).

2. a) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Hauptantrag der Kläger (Beteiligung der Kläger zu 3 und 5 an der Arbeit des Vorstandsausschusses als dessen gewählte Mitglieder) schon deshalb unbegründet, weil die Kläger die nach der Abstimmung getroffene Feststellung des Aufsichtsratsvorsitzenden, der Antrag auf Wahl der beiden Kläger sei abgelehnt, nicht rechtzeitig mit der Anfechtungsklage angegriffen haben. Das Berufungsgericht hält es für rechtlich geboten, die aktienrechtlichen Vorschriften über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit fehlerhafter Hauptversammlungsbeschlüsse (§§ 241 ff. AktG) auch auf fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse entsprechend anzuwenden. Es stützt sich dabei mit ausführlicher Begründung auf eine im jüngeren Schrifttum vertretene Ansicht, welche die grundsätzliche Notwendigkeit einer "kassatorischen Klage" (vgl. zu dieser Formulierung Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 45 Rdn. 46 f.) auch für Beschlüsse dieses Gesellschaftsorgans vertritt (so insbes. Baums, ZGR 1983, 300, 305 ff. u. Axhausen, Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse, 1986, dort insbes. S. 113 ff.; siehe ferner K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. § 15 II 3. b S. 366, der - allerdings ohne Bezugnahme auf Aufsichtsratsbeschlüsse im besonderen - "die Ausdehnung der Anfechtungsklage auf alle rechtswidrigen Mehrheitsbeschlüsse von parteifähigen Verbänden" fordert). Zur Begründung beruft sich diese Auffassung auf das auch bei Aufsichtsratsbeschlüssen bestehende Bedürfnis nach Rechtssicherheit, dem die herkömmliche Ansicht, die von der grundsätzlichen Nichtigkeit aller inhaltlich oder verfahrensmäßig fehlerhaften Beschlüsse ausgeht (vgl. KK/Mertens aaO § 108 Rdn. 61 ff.; Geßler in Geßler/Hefermehl aaO § 108 Rdn. 67 ff.; Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG aaO § 108

Anm. 6 ff.; Hoffmann-Becking in MünchHdB. AG, 1988, § 31 Rdn. 97) und die auch der bisherigen Rechtsprechung des Senats zugrunde liegt (BGHZ 83, 144, 146; 85, 293, 295), nicht hinreichend Rechnung tragen könne. Der Senat vermag sich dieser vom Berufungsgericht übernommenen Ansicht nicht anzuschließen.

b) Es steht zwar außer Frage, daß es zu Unzuträglichkeiten kommen könnte, wenn die Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen von einem großen Personenkreis zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden könnte. Aus diesem Grunde kann die Rechtssicherheit auch bei Aufsichtsratsbeschlüssen Einschränkungen dieses Rechts in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich machen. Für die Umsetzung dieses Gebots ist jedoch eine pauschale, wenn auch sinnentsprechende Anwendung der §§ 241 f. AktG nicht der geeignete Weg.

aa) Anders als bei Hauptversammlungsbeschlüssen geht es bei Aufsichtsratsbeschlüssen nicht darum, das Vertrauen der Öffentlichkeit oder doch jedenfalls einer unbestimmten Vielzahl gegenwärtiger und künftiger Anleger in den Bestand grundlegender, mit erheblicher Außenwirkung und Publizität ausgestatteter Entscheidungen der Gesellschaft vor zeitlich unbegrenzten Angriffen aus einem großen, weitgehend anonymen Kreis von Aktionären mit häufig nur geringer Kapitalbeteiligung und Bindung an die Gesellschaft zu gewährleisten. Im Gegensatz zu der Hauptversammlung besteht der Aufsichtsrat aus einer verhältnismäßig kleinen Anzahl von Mitgliedern, die einander kennen und von vornherein kraft Amtes zu vertrauensvoller Zusammenarbeit im Gesellschaftsinteresse ver-

pflichtet sind. Infolgedessen kann im allgemeinen davon ausgegangen werden, daß die allen anderen bekannten Bedenken einzelner Mitglieder gegen das wirksame Zustandekommen bestimmter Beschlüsse auf informeller Ebene innerhalb des Gremiums im Wege gütlicher Einigung behoben oder doch jedenfalls binnen eines überschaubaren gesellschaftsverträglichen Zeitraums einer Entscheidung zugeführt werden. Diese Annahme wird durch die Erfahrung bestätigt, daß in der Vergangenheit außerhalb mitbestimmungsrechtlicher Grundsatzfragen nur selten um die Wirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen gestritten worden ist.

Da dem Aufsichtsrat vom Gesetz im wesentlichen Überwachungs- und Kontrollaufgaben (§ 111 AktG), also Funktionen mit Innenwirkung, zugewiesen sind, bilden überdies nach außen wirkende, einer breiten Öffentlichkeit bekannt werdende Aufsichtsratsbeschlüsse eher die Ausnahme. Aber auch dort, wo der Aufsichtsrat Beschlüsse mit Außenwirkung faßt, stellt sich die Frage der Schaffung von Rechtssicherheit typischerweise anders als bei Hauptversammlungsbeschlüssen. So geht es bei den praktisch bedeutsamsten Beschlüssen dieser Art, nämlich den Wahlentscheidungen, nicht in erster Linie um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Bestandskraft der Wahl, sondern vielmehr vor allem um die Begrenzung der Nichtigkeitswirkung für die Zukunft, da die vom Aufsichtsrat bestellten Vorstandsmitglieder auf die Wirksamkeit ihrer Bestellung und ihrer Anstellung müssen vertrauen können. Entsprechendes gilt für den Schutz des Vertrauens außenstehender Dritter in den allerdings nicht allzu zahlreichen Fällen, in denen der Aufsichtsrat die ihm nach § 112 AktG obliegende Außenvertretung der Aktiengesellschaft einem von

ihm gewählten Gremium übertragen hat. Für diese Fragen würde aber auch eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG keine dem Bedürfnis nach Vertrauensschutz in angemessener Weise gerecht werdende gesellschaftsrechtliche Antwort bringen, weil gerade eine erfolgreiche Anfechtungsklage nach §§ 241 ff. AktG zur rückwirkenden Vernichtung der mangelhaften Wahlentscheidung des Aufsichtsrats führen würde. Auf der anderen Seite ginge bei unterlassener rechtzeitiger Anfechtung die Wirkung einer entsprechenden Anwendung der §§ 241 ff. AktG zumindest in einem Teil dieser Fälle zu weit, weil sie selbst nichtige, aber in das Handelsregister einzutragende Beschlüsse nach drei Jahren zu voller Wirksamkeit erstarken ließe, was etwa für die auf einem nichtigen Beschluß beruhenden Be- und Anstellung eines Vorstandsmitgliedes nicht hinzunehmen wäre, für die im allgemeinen nicht mehr als ein Vertrauensschutz für den zurückliegenden Zeitraum sachgerecht wäre.

Bedeutsamer noch ist der Gesichtspunkt, daß auch eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf Aufsichtsratsbeschlüsse die notwendige und gebotene Abgrenzung zwischen nichtigen und nur anfechtbaren Beschlüssen nicht entbehrllich machen würde. Überdies ist es allgemein anerkannt (vgl. dazu statt aller Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG aaO § 52 Rdn. 56), daß die auf Hauptversammlungsbeschlüsse zugeschnittene Abgrenzung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen den Besonderheiten von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht gerecht wird, jedenfalls nicht unbesehen auf die Beurteilung der Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse dieses Organs übertragen werden darf. Auch die Vertreter der Meinung, die sich für eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG ein-

setzt, sind aus diesem Grunde zu eigenständigen Neuabgrenzungen gezwungen, die sich weit von der Regelung der §§ 241 ff. AktG entfernen (vgl. dazu nur Zöllner aaO und die Überlegungen bei Baums, ZGR 1983, 308 ff. sowie die Zusammenfassung der diesbezüglichen Ergebnisse bei Axhausen aaO S. 231). Die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG brächte mithin auf diesem Gebiet gegenüber anderen Lösungsmöglichkeiten wenig Erleichterung. Vor allem aber können auch die Befürworter einer entsprechenden Anwendung nicht leugnen, daß gerade inhaltlich schwerwiegende Fehler im Gegensatz zur Verletzung von Normen, die im wesentlichen nur Teilhaberechte einzelner Aufsichtsratsmitglieder schützen wollen, nicht zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit des betreffenden Aufsichtsratsbeschlusses führen (vgl. statt aller auch hier die Ergebniszusammenfassung bei Axhausen aaO S. 231). Für die Rechtssicherheit, auf die sich die Vertreter der entsprechenden Anwendung der §§ 241 ff. AktG berufen, wäre bei dieser Sachlage mithin nur wenig gewonnen.

Überdies müßte, wenn durch eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG überhaupt ein Gewinn an Rechtssicherheit erzielt werden sollte, der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG, wie dies auch das Berufungsgericht befürwortet, zumindest Leitbildfunktion auch für die Anfechtung von Aufsichtsratsbeschlüssen beigemessen werden. Zusammen mit der persönlichen Verantwortlichkeit jedes einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes für die Rechtmäßigkeit des Handelns dieses Organs (§§ 116, 93 AktG) und der gleichfalls bei entsprechender Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG bestehenden Notwendigkeit, die Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen im Wege einer gerichtlichen Anfechtungsklage geltend zu

machen, würde der von der drohenden Präklusionswirkung dieser Frist ausgehende Druck auf die Mitglieder des Aufsichtsrates dazu führen, stets dasjenige Mitglied, das Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses trägt, einseitig in die Rolle des Klägers zu drängen und Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Aufsichtsrats vor Erschöpfung sämtlicher interner Einigungsmöglichkeiten durch Klageerhebung in die Öffentlichkeit zu tragen. Dieses Ergebnis würde weder der besonderen Natur und Aufgabe dieses Gesellschaftsorgans noch der gemeinsamen Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder für die Rechtmäßigkeit der von ihm gefaßten Beschlüsse gerecht.

Schließlich vermag auch der Hinweis auf die mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 241 ff. AktG verbundene erweiterte Rechtskraftwirkung des einen Aufsichtsratsbeschlusses für nichtig erklärenden Gerichtsurteils (§ 248 AktG) nicht zu überzeugen. Zum einen wird bereits rein tatsächlich auch eine im Verfahren nach § 256 ZPO ergehende Gerichtsentscheidung von dem hier allein in Betracht kommenden Personenkreis (§ 245 AktG) im allgemeinen akzeptiert. Zum anderen entfaltet nach herrschender Meinung auch die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins trotz Fehlens einer § 248 AktG entsprechenden Norm aus Gründen der Rechtssicherheit eine über die Prozeßparteien hinausreichende, derjenigen des § 248 AktG ganz ähnliche Rechtskraftwirkung innerhalb des Vereins (vgl. Sen.Beschl. v. 25. Mai 1992 - II ZR 23/92, WM 1992, 1369 f. = ZIP 1992, 918 f.). Es liegt jedenfalls nahe, dies auch für ein Gerichtsurteil anzunehmen, das die Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses

feststellt (in diesem Sinne auch Geßler in Geßler/Hefermehl aaO § 108 Rdn. 72; Hachenburg/Raiser aaO § 52 Rdn. 82; H. Meilicke aaO S. 69 ff., 112; a.A. KK/Mertens aaO § 108 Rdn. 80 u. Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG aaO § 108 Anm. 8).

bb) Nach alledem wäre eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf Aufsichtsratsbeschlüsse der Aktiengesellschaft sachlich nicht angemessen. Es ist vielmehr jedenfalls im Ausgangspunkt an der bisherigen Auffassung festzuhalten, daß Aufsichtsratsbeschlüsse, die in verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Beziehung gegen zwingendes Gesetzes- oder Satzungsrecht verstoßen, im Grundsatz nichtig und nicht nur anfechtbar sind. Dem zweifellos vorhandenen Bedürfnis, die Nichtigkeitsfolge im Interesse einer verstärkten Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit zurückzudrängen, muß mit anderen, flexibleren, den besonderen Verhältnissen dieses Organs und seiner Beschlüsse besser angepaßten Mitteln Rechnung getragen werden. In Übereinstimmung mit den hierzu vor allem im Schrifttum erarbeiteten Lösungsvorschlägen (vgl. insbes. die allerdings noch im einzelnen auseinandergehenden Vorschläge bei KK/Mertens aaO § 108 Rdn. 61 ff.; Geßler in Geßler/Hefermehl aaO § 108 Rdn. 67 ff.; Hachenburg/Raiser aaO § 52 Rdn. 79 ff.; Zöllner in Baumbach/Hueck aaO § 52; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 3. Aufl. Rdz. 252, 253 sowie neuestens Kindl, AG 1993, 153 ff.; siehe dazu ferner auch schon die Erwägungen in BGHZ 59, 369, 372 f. u. 374 ff.) bieten sich, ohne daß darüber im vorliegenden Fall bereits abschließend zu befinden wäre, als Mittel vor allem eine Begrenzung des zur Geltendmachung bestimmter Beschlußmängel

berechtigten Personenkreises mit Hilfe einer sachgerechten Bestimmung des erforderlichen Rechtsschutzinteresses sowie ein den konkreten Umständen angepaßter Einsatz des Rechtsinstituts der Verwirkung bei der Geltendmachung minderschwerer Mängel an. So sind jedenfalls Einwendungen, die sich auf Verstöße gegen verzichtbare, lediglich der Sicherung der Teilhaberechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds dienende (Verfahrens-)Vorschriften gründen, regelmäßig mit aller unter den jeweils gegebenen Verhältnissen zumutbaren Beschleunigung geltend zu machen, um der Gesellschaft die mit dem anderenfalls entstehenden Schwebezustand verbundene Rechtsunsicherheit zu ersparen. Ist dies, wozu im allgemeinen eine Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden genügt, geschehen, so hat es nicht nur das opponierende Aufsichtsratsmitglied in der Hand, die damit entstandene Unsicherheit über die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses, sobald keine Heilungsaussichten mehr bestehen, nach pflichtgemäßem Ermessen durch Herbeiführung einer gerichtlichen Feststellung zu beenden. Vielmehr wird man auch der Gesellschaft das Recht zur Erhebung einer entsprechenden Feststellungsklage zubilligen müssen.

c) Im vorliegenden Fall hat der Kläger zu 3 die Ordnungsmäßigkeit des von dem Aufsichtsratsvorsitzenden festgestellten Wahlergebnisses bereits kurze Zeit nach der fraglichen Aufsichtsratssitzung diesem gegenüber in Zweifel gezogen. Dem haben sich die übrigen Kläger angeschlossen. Dabei ist es auch in der folgenden Zeit geblieben. Der Umstand, daß die Kläger ihre Bedenken in der letzten Zeit vor der Klageerhebung nicht mehr ausdrücklich erneuert haben, berechtigte unter den gegebenen Umständen, insbesondere ange-

sichts der Grundsätzlichkeit der einander gegenüberstehenden Standpunkte, nicht zu der Annahme, die klagenden Arbeitnehmervertreter seien bereit, das von dem Aufsichtsratsvorsitzenden verkündete, protokollierte Wahlergebnis hinzunehmen. Wenn die Beklagte zu 1 diesen Schwebezustand als ihren Interessen abträglich empfand, so hätte sie es in der Hand gehabt, ihn ihrerseits durch Erhebung einer Feststellungsklage gegen die widersprechenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abzukürzen.

3. Die gegen die Abweisung des Hauptantrags gerichtete Revision muß jedoch deshalb ohne Erfolg bleiben, weil die Kläger zu 3 und 5 entgegen der von ihnen vertretenen Ansicht nicht in den Vorstandsausschuß gewählt sind und infolgedessen auch keinen Anspruch darauf erheben können, als Mitglieder dieses Gremiums an dessen Arbeit beteiligt zu werden.

Wie das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung ohne Rechtsfehler ausgeführt hat, sind die schriftlichen Stimmabgaben der drei abwesenden Aktionärsvertreter, die als Stimmen für die Wahl der beiden Vertreter der Anteilseigner Dr. S.-N. und W. und gegen die Zuwahl der Kläger zu 3 und 5 gezählt worden sind, weder, wie die Kläger meinen, wegen Unbestimmtheit unwirksam noch bei dem letzten Wahlgang verbraucht gewesen. Der Inhalt der von den abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern übermittelten Stimmbotschaften lautete klar und eindeutig, sie wollten für die Wahl von zwei namentlich bezeichneten Aktionärsvertretern und gegen jede Zuwahl weiterer Mitglieder, wer immer diese sein mögen, stimmen. Es ist deshalb sachlich zutreffend und folgerichtig, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende die ihm übermittelten

Stimmbotschaften auch dementsprechend als Ja-Stimmen für die Wahl der in ihnen genannten Anteilseignervertreter und als Nein-Stimmen gegen die Zuwahl der Kläger zu 3 und 5, welche die Zahl der Ausschußmitglieder von drei auf fünf erhöht hätte, gewertet hat. An der Richtigkeit dieser Wertung vermag der Umstand, daß die zusätzlich vorgeschlagenen den abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern bei Abgabe ihrer Stimmbotschaften noch nicht namentlich bekannt waren, angesichts der Tatsache, daß sie sich ohne Ansehen der Person gegen jede weitere Zuwahl weiterer Mitglieder in diesen Ausschuß ausgesprochen hatten, nichts zu ändern. Von einer zur Unwirksamkeit führenden inhaltlichen Unbestimmtheit der Stimmbotschaften kann bei dieser Sachlage ebensowenig die Rede sein wie von einem vorherigen Verbrauch ihrer Stimmen infolge einer vorhergegangenen Abstimmung über eine abstrakte Erhöhung der Besetzung des Vorstandsausschusses mit mehr als den in Ziffer 5.3.1 der Geschäftsordnung genannten drei Personen. Es kann deshalb für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits dahinstehen, ob der einleitenden Feststellung des Aufsichtsratsvorsitzenden, er gehe von allseitiger Übereinstimmung mit dieser Regelung der Geschäftsordnung aus, eine Abstimmung im Rechtssinne zugrunde lag. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, war der in den Stimmbotschaften eindeutig geäußerte Wille der abwesenden Aufsichtsratsmitglieder, dem Ausschuß sollten außer dem Aufsichtsratsvorsitzenden allein die von ihnen bezeichneten beiden Anteilseignervertreter als Mitglieder angehören, bei allen Abstimmungen zu berücksichtigen, für die er zweifelsfrei Geltung beanspruchte, gleichgültig wie die einzelnen Abstimmungsgänge formal aufgeteilt wurden und in welcher Reihenfolge sie stattfanden. Es trifft bei dieser Sachlage

entgegen der Ansicht der Kläger auch nicht zu, daß die Kläger zu 3 und 5 gewählt worden wären, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende zunächst über die Arbeitnehmervertreter hätte abstimmen lassen. Da die abwesenden Anteilseignervertreter die Personen, die sie wählen wollten, namentlich bezeichnet und sich zugleich nachdrücklich gegen die Wahl jeder anderen weiteren Person ausgesprochen hatten, wären ihre Stimmbotschaften auch bei dieser Reihenfolge als Stimmen gegen die Kläger zu 3 und 5 und - in dem dann folgenden Wahlgang - für die Herren Dr. S.-N. und W. zu werten gewesen.

An dem Umstand, daß die Kläger zu 3 und 5 tatsächlich nicht gewählt worden sind, könnte es nichts ändern, wenn die abwesenden Vertreter der Anteilseignerseite ebenso wie die Anwesenden bei ihrer Entscheidung in der Absicht gehandelt haben sollten, die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch deren generellen Ausschluß von der Mitarbeit im Vorstandsausschuß unabhängig von Person und Eignung des Vorgesetzten zu diskriminieren. Dies könnte lediglich zur Nichtigkeit der Wahlentscheidung insgesamt und damit zur Notwendigkeit einer Wiederholungswahl führen (dazu in diesem Urteil unter 5.), nicht aber dazu, daß dem als solchem nicht zu beanstandenden Willen der Mehrheit, es bei einem Dreierausschuß zu belassen, jede Geltung abgesprochen werden dürfte.

4. Aus den vorstehend genannten Gründen ist auch der auf Feststellung der Wahl der Kläger zu 3 und 5 in den Vorstandsausschuß der Beklagten zu 1 gerichtete (erste) Hilfs-

antrag der Kläger zu Recht als unbegründet abgewiesen worden, so daß die dagegen gerichtete Revision ebenfalls keinen Erfolg haben kann.

5. a) Dagegen hat die Revision Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl des Vorstandsausschusses gerichteten zweiten Hilfsantrags der Kläger wendet.

Nach geltendem Recht entscheidet der Gesamtaufsichtsrat in dem durch § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG zugelassenen Rahmen über die aus seiner Mitte zu bildenden Ausschüsse, deren Aufgaben und personelle Besetzung aufgrund seiner Organisationsautonomie ohne Bindung an Vorgaben der Satzung oder der Hauptversammlung (BGHZ 83, 106, 114 ff.) mit einfacher Mehrheit. Diese gesetzliche Ausgangslage ermöglicht es, nicht unwesentliche Teile der Arbeit des Gesamtaufsichtsrats in vorbereitende oder sogar beschließende Ausschüsse zu verlagern. Werden diese Ausschüsse unter Ausübung des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden ausschließlich mit Vertretern der Anteilseigner besetzt, so kann auf diese Weise die gesetzliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer in erheblichem Umfang ausgeschaltet werden. Die Frage der Besetzung der Aufsichtsratsausschüsse gehört deshalb zu den nach wie vor am heftigsten umstrittenen Rechtsfragen des Mitbestimmungsrechts. Weitgehende Einigkeit besteht lediglich darüber, daß der Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 die Zusammensetzung der Ausschüsse, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern, bewußt nicht geregelt hat. Der Grund dafür liegt darin, daß er, wie der Senat bereits bei früherer Gelegenheit ausgeführt hat

(BGHZ 83, 145 ff., 146 f.), eine schematische Gleichbehandlung der Ausschüsse nicht für sachgerecht hielt und ihm dieser Punkt angesichts der nach seiner Ansicht insgesamt eher untergeordneten Bedeutung der Ausschüsse auch nicht bedeutsam genug erschien, zumal willkürliche Benachteiligungen ohnehin als unzulässig gelten. Auch das Mitbestimmungsgesetz 1976 enthält außerhalb der dort in § 27 Abs. 3 getroffenen Regelung keine, jedenfalls keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen.

b) Ein Teil des Schrifttums zieht aus dieser Gesetzeslage die Folgerung, daß die Ausschüsse, um der Gefahr der Aushöhlung des Mitbestimmungsgesetzes durch die Verlagerung wichtiger Aufgaben in die Ausschubarbeit zu begegnen, im Grundsatz paritätisch zu besetzen seien. Nach dieser Meinung muß die Besetzung der einzelnen Ausschüsse, mindestens aber ihrer Gesamtheit, spiegelbildlich derjenigen entsprechen, die das Gesetz für den Gesamtaufsichtsrat vorschreibt (vgl. insbes. Naendrup, GK z. MitbestG § 25 Rdn. 34 ff., 35; Nagel, DB 1979, 1799 ff., 1801 u. DB 1982, 26, 27; Geitner, AG 1976, 210, 211 f.: Parität wenigstens für die gebildeten Ausschüsse in ihrer Gesamtheit; ähnl. Säcker, Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, 1979, S. 56 ff.: Besetzung der Ausschüsse in sinngemäßer Anwendung von § 27 MitbestG; zurückhaltender später in ZHR 148 [1984], 153 ff., 177 ff.; ähnl. wie Säcker auch Reuter, AcP 179 [1979], 509 ff., 533 f.). Nach anderer Ansicht ist der Mitbestimmungsgedanke auch bei der Besetzung der Aufsichtsratsausschüsse wenigstens insoweit zu wahren, als die Arbeitnehmerseite nicht gegen ihren Willen völlig von der Mitarbeit

in den einzelnen Ausschüssen ausgeschlossen werden darf, weshalb in jeden Ausschuß wenigstens auch ein Vertreter der Arbeitnehmerseite berufen werden müsse (vgl. insbes. Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG 2. Aufl. § 29 Rdn. 37 mit der Maßgabe, daß entscheidungsbefugte Ausschüsse prinzipiell spiegelbildlich zum Gesamtaufsichtsrat zu besetzen seien: aaO § 29 Rdn. 38; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 306 ff., 342; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I S. 615; Hanau/Ulmer, MitbestG, 1981, § 25 Rdn. 127).

Eine dritte Richtung verneint zwar ein zwingendes Gebot paritätischer Besetzung, besteht aber darauf, daß eine Abweichung vom Paritätsprinzip durch sachliche, insbesondere durch die Aufgaben des betreffenden Ausschusses und die Eignung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes bedingte Gründe gerechtfertigt sein müsse und die Arbeitnehmervertreter nicht diskriminieren dürfe (so mit Unterschieden im einzelnen insbes. Hanau/Ulmer aaO § 25 Rdn. 127; Raiser, MitbestG 2. Aufl. § 25 Rdn. 47 ff., 50 ff.; Wiedemann aaO S. 615: alle drei mit der Einschränkung, daß der völlige Ausschluß der Arbeitnehmervertreter grundsätzlich nicht möglich ist; siehe dazu auch schon oben; ferner Fickel, AG 1977, 134, 135: Erforderlichkeit einer "sach- und relationsgerechten" Besetzung der Ausschüsse; wohl auch Lehmann, AG 1977, 14, 18 u. Zöllner, AG 1981, 13, 15: Besetzung nach Sachgründen, insbes. auch im Hinblick auf die Aufgaben des betreffenden Ausschusses; unzulässig jede Besetzung, die an ein sachlich nicht einschlägiges Unterscheidungsmerkmal und nicht an die konkrete Person des in den Ausschuß zu Wählenden anknüpft), wobei die Grenzen, die diese Autoren zu einem lediglich all-

gemeinen Willkürverbot ziehen, nicht immer ganz scharf sind. Ein weiterer Teil des Schrifttums schließlich zieht aus dem Kompromißcharakter des Mitbestimmungsgesetzes und dem Umstand, daß der Gesetzgeber die ihm bekannte Frage der Ausschußbesetzung auch im Mitbestimmungsgesetz 1976 nicht geregelt hat, und der Betonung der Organisationsfreiheit des Aufsichtsrats den Schluß, daß der Aufsichtsrat bei der Besetzung der Ausschüsse völlig freie Hand habe. Nach dieser Ansicht liegt die (von ihren Vertretern allerdings im einzelnen wiederum verschieden gezogene) Grenze für die Ausübung dieses Rechts erst bei einem rechtsmißbräuchlichen, weil willkürlich diskriminierenden Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von der Mitarbeit in den Ausschüssen (vgl. insbes. Canaris, DB 1981 Beilage 14 S. 15; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, MitbestG § 25 Rdn. 30 ff., 38; Rittner, DB 1980, 2493, 2500; Mertens, AG 1981, 113, 132; ähnl. auch Martens, ZGR 1983, 235 ff., 252 ff.: Indizierung einer rechtsmißbräuchlichen Besetzungspraxis bei ungleichgewichtiger Verteilung aller Ausschußsitze).

c) Die auf einen absoluten Reformvorrang ausgerichtete Ansicht, wonach jede hinter dem Maßstab der §§ 27 ff. MitbestG 1976 zurückbleibende unterparitätische Gestaltung der Ausschüsse unzulässig sei, hat der Senat bereits in seiner grundlegenden Entscheidung vom 25. Februar 1982 (II ZR 102/82, BGHZ 83, 144 ff., 148) unter Hinweis auf die Vorgeschichte des Mitbestimmungsgesetzes 1976 und die begrenzte Regelungsabsicht auch dieses Gesetzes zurückgewiesen. Danach ist § 27 Abs. 3 MitbestG eine Sonderregelung, aus der keine Folgerungen für eine zwingende Besetzung anderer Ausschüsse gezogen werden dürfen. Vielmehr schließt die

in § 25 Abs. 1 MitbestG enthaltene Verweisung auf das Aktienrecht die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit der Gesellschaft hinsichtlich Organisation und Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG entsprechend ihrem Ermessen und ihren Bedürfnissen mit ein. Gesellschaftsrechtlich zulässige Gestaltungen, die unter bestimmten Umständen dazu führen können, der Anteilseignerseite im Konfliktfall das ihr bereits in den positiven Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes eingeräumte leichte Übergewicht zu sichern, sind (vgl. Senat aaO S. 149 unter Hinweis auf die Grundsatzentscheidung des BVerfG in BVerfGE 50, 290, 323 ff., 334 ff.) auch mitbestimmungsrechtlich unbedenklich. Ein ganz anderer Gesichtspunkt ist es allerdings, daß - wie der Senat gleichfalls schon in seiner Entscheidung vom 25. Februar 1982 (aaO S. 149) ausgeführt hat - die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit des Aufsichtsrats und das gleiche, ohne Rücksicht auf die Gruppenzugehörigkeit bestehende aktive und passive Wahlrecht jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds (BGHZ 83, 106 ff.) nicht dazu herhalten dürfen, zwingendes Mitbestimmungsrecht entgegen dessen Sinn und Zweck zu unterlaufen oder zu umgehen.

d) Nach diesen Grundsätzen, an denen der Senat festhält, ist auch der vorliegende Konfliktfall zu entscheiden. Dabei kann es dahinstehen, ob die vom Senat im Einklang mit der ganz herrschenden Meinung des Schrifttums geforderte nicht-diskriminierende, Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes gerecht werdende Behandlung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat es stets gebietet, ihnen in sämtlichen Ausschüssen die Möglichkeit zur Mitarbeit durch wenigstens ein Mitglied zu geben (vgl. dazu Hanau/Ulmer, Raiser u. Wiede-

mann, jew. aaO). Denn jedenfalls wäre es bei Personalaus-
schüssen wie dem in Streit stehenden Vorstandsausschuß der
Beklagten zu 1 eine mißbräuchliche Diskriminierung der Ar-
beitnehmervertreter allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörig-
keit, wenn sie, ohne daß dafür im Einzelfall erhebliche
sachliche Gründe vorhanden sind, aus grundsätzlichen Erwä-
gungen von jeder Mitarbeit in diesem Ausschuß ausgeschlossen
würden (so mit geringfügigen Unterschieden im einzelnen:
Mertens in KK z. AktG aaO Anh. § 96 Rdn. 79 für die Rechts-
lage schon vor Inkrafttreten des MitbestG 1976 bei minde-
stens dreigliedrigen Ausschüssen; Martens, AG 1976, 113
Fn. 1 und erneut in ZHR 148 [1984] S. 202 - Diskussionsbe-
richt -; für den Regelfall auch Raiser, MitbestG § 25
Rdn. 52; Säcker, ZHR 148 [1984] S. 153 ff., 180; Köstler,
BB 1985, 554, 556). Die Auswahl des Vorstands ist eine der
wichtigsten Aufgaben, die das Gesetz dem Aufsichtsrat zu-
weist. Die Mitwirkung daran stellt das Kernstück der von dem
Mitbestimmungsgesetz 1976 zwingend vorgeschriebenen (fast)
paritätischen Beteiligung von Arbeitnehmervertretern an der
Arbeit des Aufsichtsrats dar. Dies wird auch dadurch belegt,
daß das Mitbestimmungsgesetz den Akt der Bestellung des Vor-
stands in einer Weise auf gleichgewichtige Mitwirkung beider
Seiten angelegt hat (§ 31 MitbestG), die weit über das für
andere Beschlüsse vorgesehene Maß an Mitbestimmung hinaus-
geht. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Mitwirkung
der Arbeitnehmerseite sei auch bei ihrem völligen Ausschluß
von der Mitarbeit im Personal- oder Vorstandsausschuß be-
reits dadurch ausreichend gewährleistet, daß die Bestellung
des Vorstandes als solche dem Aufsichtsratsplenum vorbehal-
ten ist. Ungeachtet der rechtlichen Unterscheidung von Be-
stellung und Anstellung und des Verbotes, der Entscheidung

des Bestellungsorgans in präjudizierender Weise vorzugreifen (vgl. Senat BGHZ 79, 38), besteht zwischen beiden ein enger in der Praxis kaum trennbarer sachlicher Zusammenhang. Die Bereitschaft eines Bewerbers, ein Vorstandsamt zu übernehmen oder für eine weitere Amtsperiode weiterzuführen, hängt, wie der Senat bereits in seiner Entscheidung BGHZ 89, 48, 52 f. ausgeführt hat, ebenso von den seitens des Unternehmens gebotenen materiellen Anstellungsbedingungen (einschließlich der Art der vorgesehenen Aufgabe) ab, wie umgekehrt das Unternehmen eine sachgerechte Entscheidung nur treffen kann, wenn es dabei auch die Anstellungsbedingungen miteinbeziehen, insbesondere darüber befinden kann, ob ihm die Forderungen des Bewerbers im Hinblick auf seine im Einzelfall vorhandene Qualifikation und die mit dem Amt verbundene Aufgabe akzeptabel erscheinen. Wird dem Personalausschuß zudem nicht nur die Vorauswahl und Vorbereitung, sondern auch die Befugnis zur Entscheidung für einen bestimmten Kandidaten und dessen Anstellungsbedingungen übertragen und berücksichtigt man überdies die vielfach geübte Praxis derartiger Ausschüsse, bei der Kandidatenauswahl und der Festlegung der Anstellungsbedingungen bereits abschließend tätig zu werden und nur noch einen einzigen Vorschlag zu unterbreiten, so wird die Bestellung durch den Gesamtaufsichtsrat eher zu einem rein formalen Schlußakt (vgl. zu diesem Befund im einzelnen Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 58 ff.; Mertens, ZGR 1983, 189 ff., 193; Köstler, BB 1985, 554). Die geradezu zwangsläufige Folge eines solchen Vorgehens ist es, daß bei einem völligen Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von der Mitwirkung in diesem Ausschuß das ihnen vom Gesetzgeber zugedachte, über die sonstigen Regeln des Gesetzes hinaus paritätisch ausgestaltete zwingende

Recht zur Mitbestimmung bei der Berufung des Vorstandes in einer mit Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes nicht mehr vereinbaren Weise ausgehöhlt wird.

Das Argument, Ausschüsse, welche Personalangelegenheiten des Vorstandes behandeln, könnten nicht mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden, da diese dem Vorstand arbeitsrechtlich untergeordnet seien, hat angesichts der in § 31 MitbestG vom Gesetzgeber getroffenen Grundsatzentscheidung keine Überzeugungskraft (so schon zutreffend Mertens in KK z. AktG aaO Anh. § 96 Rdn. 799). Der Gesichtspunkt möglicherweise fehlender Spezialkenntnisse der Arbeitnehmervertreter, die zu einer sachgerechten Mitarbeit in dem betreffenden Ausschuß erforderlich seien, hat in Anbetracht der dem Personalausschuß gestellten Aufgabe eher geringeres Gewicht als bei anderen Ausschüssen mit speziellerer Aufgabenstellung. Dieser Gesichtspunkt ist im Schrifttum bisher auch im wesentlichen nur in bezug auf die Kreditausschüsse der Banken (vgl. Mertens, AG 1981, 113, 132; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, MitbestG § 25 Rdn. 38; Fickel, AG 1977, 135) und unter etwas anderem Vorzeichen hinsichtlich der sogenannten Beteiligungsausschüsse, § 32 MitbestG, (vgl. Zöllner, AG 1981, 13, 15; Hanau/Ulmer aaO § 32 Rdn. 28) diskutiert worden.

So liegt es auch im vorliegenden Fall. Nach Ziffer 5.3.2.2 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Beklagten zu 1 sind dem Vorstandsausschuß alle Personalangelegenheiten der Vorstandsmitglieder, namentlich der Abschluß und die Änderung ihrer Anstellungs-, Pensions- und sonstigen Verträge mit der Gesellschaft, zur Beratung und Beschlußfas-

sung übertragen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich daraus nicht, daß der Vorstandsausschuß, mag dies eventuell auch in der Vergangenheit rein tatsächlich anders gehandhabt worden sein, bei der Beklagten zu 1 anders als bei anderen Gesellschaften nicht auch an der Vorauswahl der Kandidaten für eine Vorstandsposition beteiligt ist.

Den berechtigten Interessen der mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, an der Arbeit des Vorstandsausschusses, insbesondere auch an den für das Zustandekommen und die Fortdauer der Bestellung von Vorstandsmitgliedern maßgeblichen Vorgängen beteiligt zu werden, wird (entgegen OLG Hamburg, AG 1984, 284 ff.) ein reiner Besucherstatus von Arbeitnehmervertretern bei den Sitzungen des Vorstandsausschusses nicht gerecht. Eine befriedigende Teilhabe der Arbeitnehmervertreter an den Ausschlußberatungen wäre so nicht zu erreichen. Im übrigen würde diese Lösung nicht einmal den Interessen entsprechen, welche die Anteilseignerseite mit dem Bestreben verfolgt, Arbeitnehmervertreter von einem solchen Ausschluß fernzuhalten. Darüber hinaus böte ein Besucherstatus keinen hinreichenden Schutz dagegen, daß der Aufsichtsratsvorsitzende von seinem Ausschließungsrecht nach § 109 Abs. 2 AktG Gebrauch machte (zutreffend Köstler, BB 1985, 554, 560 u. Säcker, ZHR 148 [1984] S. 148 ff., 170, 180). Auch im vorliegenden Fall ist eine Hinzuziehung der Kläger zu 3 und 5 als Gäste zu den Sitzungen des Vorstandsausschusses von dem Aufsichtsratsvorsitzenden bereits vorprozessual nachdrücklich abgelehnt worden (Schreiben v. 10. November 1988, Anl. K 8).

e) Da im vorliegenden Fall sachliche Gründe, die den völligen Ausschluß von Arbeitnehmervertretern von der Mitwirkung im Vorstandsausschuß des Aufsichtsrats der beklagten Gesellschaft rechtfertigen könnten, nicht ersichtlich sind und die Beklagten auch nicht geltend gemacht haben, daß die vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter aus konkreten sachlichen oder persönlichen Gründen für eine Mitarbeit in diesem Ausschuß ungeeignet oder mindergeeignet seien, ist davon auszugehen, daß die ausschließliche Besetzung des Vorstandsausschusses mit Vertretern der Anteilseigner allein dem Zweck dient, Vertreter der Arbeitnehmer generell in einer Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes widersprechenden Weise von der Teilhabe an der Arbeit dieses Ausschusses und den damit verbundenen Informations- und Mitsprachemöglichkeiten ein für allemal auszuschließen. Ein solches, die Arbeitnehmervertreter wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit diskriminierendes Vorgehen wird auch durch alle weiteren, den vorliegenden Streitfall kennzeichnenden Umstände belegt. Dazu gehört nicht nur die gesamte bisherige Praxis der Beklagten, auf die der Aufsichtsratsvorsitzende in seiner unmittelbar vor der Wahl abgegebenen Stellungnahme noch einmal ausdrücklich hingewiesen hat, Arbeitnehmervertreter aus prinzipiellen Erwägungen von der Mitwirkung in diesem Ausschuß fernzuhalten, sowie die ausdrückliche Weigerung des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Teilnahme von Arbeitnehmervertretern wenigstens aufgrund eines Besucherstatus zu dulden. In die gleiche Richtung weisen auch die schriftlichen Stimmabgaben der drei nicht anwesenden Aufsichtsratsratsmitglieder der Anteilseignerseite. Sie sind auf bereits vor der Wahl des Gesamtaufichtsrats vorgefertigten, einheitlich gestalteten maschinenschriftlichen Formularen erfolgt, die als mögliche

Kandidaten für eine Wahl in den Vorstandsausschuß ausschließlich die später gewählten Aktionärsvertreter vorsehen. Auch dies muß unter den gegebenen Umständen als Ausdruck eines abgestimmten Verhaltens der Anteilseignervertreter verstanden werden, den Ausschuß ausschließlich mit Mitgliedern der eigenen Seite zu besetzen und jeden Vorschlag einer Wahl oder Zuwahl von Arbeitnehmervertretern ohne Rücksicht auf die bei Abgabe der schriftlichen Stimmbotschaften noch gar nicht bekannte Person und Eignung des möglicherweise vorgeschlagenen Arbeitnehmermitgliedes von vornherein mit Rücksicht auf dessen Gruppenzugehörigkeit abzulehnen. Selbst wenn die beiden gewählten Vertreter der Anteilseignerseite als Vorstandsvorsitzende anderer Versicherungsgesellschaften, wie die Beklagte zu 1 geltend gemacht hat, für ihre Tätigkeit im Vorstandsausschuß besondere Sachkunde mitbringen sollten, so reicht dies nicht zur Rechtfertigung eines völligen Ausschlusses der Arbeitnehmervertreter von jeder Mitarbeit in diesem besonders wichtigen Ausschuß aus. Entsprechendes gilt für den von der Beklagten zu 1 vorgebrachten Gesichtspunkt, daß Arbeitnehmervertreter Gelegenheit zur Mitarbeit in anderen Aufsichtsratsausschüssen der beklagten Gesellschaft erhalten hätten.

Da weitere tatsächliche Feststellungen, die Anlaß zu einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geben könnten, im vorliegenden Fall nach Lage der Dinge nicht in Betracht kommen, muß das auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl des Vorstandsausschusses gerichtete weitere Hilfsbegehren der Kläger entgegen der Ansicht der Vorinstanzen Erfolg haben.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette