

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung.....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen.....	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Peter Scherrer, Brüssel.....	4
Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V.	7
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)	9
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)	13
Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum	16
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht	23
ULA - Vereinigung der deutschen Führungskräfteverbände	24
Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf.....	26

Mitteilung

Berlin, den 19. Mai 2017

Die 120. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 29. Mai 2017, 14:00 bis ca. 15.00 Uhr 10117 Berlin, Adele-Schreiber-Krieger-Str. 1 MELH Sitzungssaal: MELH 3.101

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 14 87
Fax: +49 30 - 227 3 04 87

Achtung!
Abweichender Sitzungsort!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen

BT-Drucksache 18/10253

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Kerstin Griese, MdB
Vorsitzende

Liste der Sachverständigen

zur öffentlichen Anhörung am Montag, 29. Mai 2017, 14.00 – 15.00 Uhr

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Zentralverband des Deutschen Handwerks

Arbeitgeberverband Gesamtmetall e.V.

Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V.

ULA - Vereinigung der Deutschen Führungskräfteverbände

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht

Regina Görner, Saarlouis

Peter Scherrer, Brüssel

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum

Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1034

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Peter Scherrer, Brüssel

Auszüge aus:

Europäischer Gewerkschaftsbund (EGB) - Positionspapier: Vorgabe für einen neuen EU-Rahmen über die Rechte auf betriebliche und Unternehmensmitbestimmung¹*EGB-Exekutivausschusses vom 9. Juni 2016 in Brüssel*

Beweggründe für eine Richtlinie – Was ist der Mehrwert der Unternehmensmitbestimmung?

Die Strategie des EGB zur Untermauerung dieses Vorschlags besteht darin, die positiven Auswirkungen auf die langfristigen Interessen der europäischen Gesellschaften und intelligentes Wachstum in Europa darzulegen. Wir beabsichtigen, anhand von Kennzahlen aufzuzeigen, dass Unternehmen mit Unternehmensmitbestimmung in betriebswirtschaftlicher aber auch in sozialer und ökologischer Hinsicht besser abschneiden als Unternehmen ohne eine solche Arbeitnehmerbeteiligung.²

Arbeitnehmer und Gesellschaft wollen mehr Mitbestimmung am Arbeitsplatz. Betriebliche und Unternehmensmitbestimmung funktionieren wie ein kommunizierendes Dreieck von Unterrichtung, Anhörung, Mitbestimmung. Letzteres ist eine zusätzliche Möglichkeit zur Einflussnahme im Herzen der Entscheidungsfindung von Unternehmen.

Es kann auch eine Quelle für zuverlässige und frühzeitige Informationen und ein Instrument für besseren Zugang zu Managemententscheidungen in einem

frühen Stadium sein. Die Unternehmensmitbestimmung sollte daher im Hinblick auf einen wirksamen sozialen Dialog am Arbeitsplatz fester Bestandteil eines umfassenden Unterrichts- und Anhörungsverfahrens sein. Es ist wichtig, eine gut funktionierende Abstimmung zwischen allen Ebenen der Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretung sicherzustellen.

Nicht zuletzt würden gleiche Ausgangsbedingungen Lücken und Unstimmigkeiten im EU-Besitzstand beseitigen und dadurch Anreize für Missbrauch und Umgehung nationaler Standards reduzieren. Es ist darauf hinzuweisen, dass in 18 Mitgliedstaaten Unternehmensmitbestimmung vorgesehen ist und 36 % der europäischen Arbeitnehmer von Unternehmensmitbestimmung in der einen oder anderen Form profitieren.

EGB-Forderungen nach Rechten auf betriebliche und Unternehmensmitbestimmung

Die Richtlinie sollte möglichst viel Raum für Verhandlungen auf transnationaler Unternehmensebene lassen, um den Parteien zu ermöglichen, ein Verfahren für die betriebliche und Unternehmensmitbestimmung zu entwickeln, das ihren Bedürfnissen und Gepflogenheiten am besten Rechnung trägt. Grundprinzipien sollten daher in verbindlichen Standards festgeschrieben und ehrgeizige subsidiäre Vorschriften sollten ausgearbeitet werden. Diese Vorschriften würden als Auffangregelung angewendet werden, wenn keine Vereinbarung besteht oder die Verhandlungsparteien dies wünschen.

¹ Der Begriff "Unternehmensmitbestimmung" ist eigentlich im europäischen Kontext zu eng gefasst, denn es geht um ArbeitnehmervertreterInnen sowohl in Aufsichtsräten als auch Verwaltungsräten. Der sprachlichen Einfachheit halber benutzen wir im folgenden den Begriff Unternehmensmitbestimmung in diesem breiteren Sinne.

² Siehe beispielsweise Seite 69 der *ETUI-Veröffentlichung* Benchmarking Social Europe: <http://www.etui.org/Publications2/Books/Benchmarking-Working-Europe-2016>

Die konkreten Forderungen beruhen auf folgenden Eckpfeilern:

Stärkung der Rechte auf Unterrichtung und Anhörung

Die Richtlinie würde die bestehenden Mindestnormen für die Einrichtung und Funktionsweise eines Betriebsrats stärken, der als Gesprächspartner der Geschäftsleitung für die Arbeitnehmerbeteiligung im Unternehmen fungiert. Aufbauend auf dem bestehenden EU-Besitzstand (z. B. der Neufassung der EBR-Richtlinie, der SE-Richtlinie) sollte die Richtlinie Lösungen für die Zusammensetzung des Europäischen Betriebsrats sowie, seine Zuständigkeiten und Funktionsweise bereitstellen und gleichzeitig nationalen Gepflogenheiten und höhere Ebenen der Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren Rechnung tragen.

Die Zuständigkeiten der Betriebsräte können nutzbringend ausgeweitet werden, um Entscheidungen einzuschließen, die externe Arbeitskräfte (Unterauftragnehmer, Zeitarbeitsagenturen), Datenschutz, Umweltfragen, Einführung neuer Technologien, Großkredite usw. betreffen.³

Die Funktionsweise des Betriebsrats kann verbessert werden, indem mehr als 1 Sitzung pro Jahr oder die Einrichtung von Fachausschüssen mit Unterstützung von Sachverständigen (z. B. ein Wirtschaftsausschuss) vorgeschrieben wird.

Vor allem ist die heikle Frage der Durchsetzung anzugehen. Unterrichtung und Anhörung sind ein integraler Bestandteil der Entscheidungsfindung auf allen Unternehmensebenen: lokal, national und transnational. Eine endgültige Entscheidung darf die Geschäftsführung erst treffen, nachdem das transnationale Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen wurde. Gleichzeitig kann davon ausgegangen werden, dass die Einführung von Standards für die Unternehmensmitbestimmung wesentlich dazu beitragen würde, dass die Betriebsräte rechtzeitige und hochwertige Informationen erhalten.

Neue Standards für die Unternehmensmitbestimmung

Die Richtlinie sollte eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Systems für die Arbeitnehmervertretung im Leitungsorgan vorsehen. Dies kann entweder der Verwaltungsrat (im monistischen System) oder der Aufsichtsrat (im dualistischen System) sein. Die Regelung der Leitungsstruktur von Unternehmen ist jedoch nicht Ziel der Richtlinie.

Jeder Arbeitnehmervertreter im Leitungsgremium sollte als vollwertiges Mitglied mit denselben Rechten und Pflichten wie die Aktionärsvertreter ausge-

stattet sein, einschließlich des Wahlrechts. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig und mit ausreichenden Unterlagen eine Einladung zu den Sitzungen des Leitungsgremiums erhalten sollten. Sie sollten das Recht haben, individuell zu diskutieren und Fragen zu stellen. Sie sollten über ein individuelles Recht verfügen, außerordentliche Sitzungen einzuberufen und die Aufnahme eines Themas auf die Tagesordnung zu beantragen.

Die Richtlinie könnte unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Unternehmensstrukturen eine nicht erschöpfende Liste von Themen enthalten, die auf der Tagesordnung von Leitungsgremien stehen sollten. Der EGB muss auch darauf achten, dass in den flankierenden Instrumenten des europäischen Gesellschaftsrechts ausreichende Bestimmungen enthalten sind, um alle Mitglieder des Leitungsgremiums zur Handlung im langfristigen Interesse des Unternehmens zu verpflichten.

Arbeitnehmervertreter, sowohl im Leitungsgremium als auch im Betriebsrat, müssen Schutz vor Entlassung und diskriminierender Behandlung genießen. Zeitlich ausreichende Freistellung und Schulungen müssen ebenfalls sichergestellt sein.

Auch das Thema Vertraulichkeit muss mit viel Fingerspitzengefühl angegangen werden. Heute sind zu viele Themen von der Geschäftsführung als „vertraulich“ eingestuft. Dies hat zur Folge, dass die Betriebsräte nur unzureichende oder keine Informationen erhalten. Es ist daher von wesentlicher Bedeutung, dass die Richtlinie versucht, mit Augenmaß zu definieren, was der Begriff der Vertraulichkeit konkret nach sich zieht. Es muss ein Gleichgewicht geschaffen werden, einerseits gilt es, die Vertraulichkeit zu wahren, und andererseits sind die Arbeitnehmervertreter als vertrauenswürdige Partner zu etablieren. Wenn dies nicht gelingt, werden die Sitzungen des Leitungsgremiums zu bedeutungslosen Veranstaltungen und wichtige Entscheidungen zum Großteil anderswo getroffen.

Die Bestimmungen über die Vertraulichkeit müssen den erforderlichen Informationsfluss unter Wahrung der Verschwiegenheitspflichten ermöglichen. Für Arbeitnehmer- und Aktionärsvertreter in den Leitungsgremien sollen dieselben Vertraulichkeitsregeln gelten. Es soll keine beschränkenden Sonderbestimmungen bezüglich der Vertraulichkeit geben, die ausschließlich für Arbeitnehmervertreter gelten. Arbeitnehmervertreter in Leitungsgremien sollten das Recht haben, regelmäßig mit nationalen und europäischen Arbeitnehmervertretungsorganen zu kommunizieren.

Es gibt unterschiedliche Methoden und Traditionen für die Wahl oder Bestellung der Arbeitnehmervertretung in den Leitungsgremien. Die letztlich ange-

³ Die neugefasste EBR-Richtlinie sieht zur Veranschaulichung des derzeitigen Besitzstands Folgendes vor:

Die Unterrichtung des Europäischen Betriebsrats bezieht sich insbesondere auf die Struktur, die wirtschaftliche und finanzielle Situation sowie die voraussichtliche Entwicklung der Geschäfts-, Produktions- und Absatzlage des gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe. Die Unterrichtung und Anhörung des Europäischen Betriebsrats bezieht sich insbesondere auf die Beschäftigungslage und ihre voraussichtliche Entwicklung, auf die Investitionen, auf grundlegende Änderungen der Organisation, auf die Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsverfahren, auf Verlagerungen der Produktion, auf Fusionen, Verkleinerungen oder Schließungen von Unternehmen, Betrieben oder wichtigen Teilen dieser Einheiten und auf Massenentlassungen. Die Anhörung erfolgt in einer Weise, die es den Arbeitnehmervertretern gestattet, mit der zentralen Leitung zusammenzukommen und eine mit Gründen versehene Antwort auf ihre etwaige Stellungnahme zu erhalten.

wandte Methode muss jedenfalls ein wirklich europäisches Mandat gewährleisten, also dass die Auswahl- und Nominierungsverfahren die gesamte europäische Belegschaft abdecken, ein Vorrecht für die Gewerkschaften mit Unterstützung der EGV vorsehen und jegliche Rolle der Geschäftsführung bei der Auswahl der Arbeitnehmervertretung in den Leitungsgremien ausschließen. Das Mandat der Arbeitnehmervertretung in den Leitungsgremien umfasst die Verteidigung der langfristigen Interessen des Unternehmens als Ganzes, einschließlich der Interessen der Arbeitnehmer.

Der EGB schlägt einen gleitenden Ansatz vor, d.h. mit einem geringeren Anteil von Sitzen für die Arbeitnehmervertretung in den Leitungsgremien in kleinen Unternehmen, der entsprechend der Größe des Unternehmens dann ansteigt (sowohl im monistischen als auch im dualistischen System):

- kleine Unternehmen mit 50 bis 250 Mitarbeitern (im Unternehmen und in den direkten oder indirekten Tochtergesellschaften) sollten über 2 oder 3 Vertreter der Arbeitnehmer in den Leitungsgremien verfügen;
- in Unternehmen mit 250 bis 1000 Mitarbeitern (im Unternehmen und in den direkten oder indirekten Tochtergesellschaften) sollte ein Drittel der Sitze den Arbeitnehmervertretern vorbehalten sein;
- in großen Unternehmen mit über 1000 Mitarbeitern (im Unternehmen und in den direkten oder indirekten Tochtergesellschaften) sollten die Sitze in den Leitungsgremien paritätisch zwischen Arbeitnehmer- und Aktionärsvertreter aufgeteilt sein.

Die Richtlinie sollte Situationen ausschließen, in denen die Arbeitnehmervertreter in den Leitungsgremien keine Betriebsräte haben, denen sie Bericht erstatten können. Es ist daher sicherzustellen, dass eine Kohärenz besteht zwischen den Vorschriften über die Anzahl der Arbeitnehmervertreter einerseits und den Schwellen für die Gründung eines Betriebsrats andererseits. Die in der Neufassung der EBR-Richtlinie enthaltenen Schwellenwerte können nicht als Referenz dienen.

Der EGB ist der Auffassung, dass Geschlechtergleichstellung und Vielfalt im Leitungsgremium der Unternehmen ein zentrales demokratisches Prinzip mit positiven wirtschaftlichen Nebenwirkungen sind. Der Grundsatz der Geschlechtergleichstellung sollte jedoch nicht mit dem der Vielfalt vermischt werden: Frauen sind weder eine homogene Gruppe noch eine Minderheit, sondern stellen mehr als die Hälfte der Weltbevölkerung und auch 45 % der europäischen Belegschaften.

Daher ist die ausgewogene Mitwirkung von Frauen und Männern in Entscheidungsgremien nicht bloß eine Frage der Vielfalt, sondern ein wesentliches Gebot der demokratischen Grundsätze und Menschenrechte, wie sie in den EU-Verträgen und der Charta der Grundrechte verankert sind. Beide Geschlechter sollten mit einem Anteil zwischen 40 % und 60 % in den Entscheidungsstrukturen vertreten sein. Dieser Grundsatz sollte für börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften sowie für geschäftsführenden wie auch nicht geschäftsführende Mitglieder von Leitungsorganen gelten.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1038

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V.

Zusammenfassung

Aus Sicht des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie e.V. (BAVC) bildet die Mitbestimmung gemeinsam mit der Tarifautonomie den Kern des deutschen Sozialpartner-Modells. Damit trägt sie maßgeblich zu Wohlstand und Stabilität in unserem Land bei. Wir sehen keinen Bedarf, das System Unternehmensmitbestimmung wie im Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN skizziert, zu überarbeiten. Im Gegenteil: Die Vorschläge tangieren die unternehmerische Freiheit und gefährden die wirtschaftliche Stärke unserer Unternehmen, die im Markt bestehen können müssen.

Die Mitbestimmung in deutschen Unternehmen ist unbestritten eine wichtige Säule der Unternehmenskultur und der sozialen Marktwirtschaft. Diese bedarf durchaus der Weiterentwicklung, allerdings nicht in die Richtung, die der Antrag vorschlägt. Ziel bei der Einführung der Mitbestimmung war es, den angenommenen Widerspruch zwischen Arbeit und Kapital aufzulösen. Da dieser Widerspruch heute nicht mehr besteht, muss die Mitbestimmung, wie sie heute besteht, kritisch hinterfragt und neu justiert werden.

Befragungen zeigen, dass Mitbestimmung Entscheidungen in Unternehmen verzögert und die Anlagebereitschaft von Kapitalgebern hemmen kann. Forderungen nach einer weiteren Ausweitung der Mitbestimmung, ob durch Einbeziehung von Unternehmen mit ausländischen Rechtsformen oder von Kombinationen aus Kapitalgesellschaften und Kommanditgesellschaften, sind daher kontraproduktiv.

Die deutsche Mitbestimmung ist in Europa bereits ein Sonderweg.

Diesen Sonderweg nun noch weiter auszubauen, behindert unsere Unternehmen im europäischen Wettbewerb und gefährdet damit auch die Zukunft der

Arbeitnehmer, nämlich deren Arbeitsplätze. In anderen europäischen Ländern ist eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene oftmals unbekannt. Keine Rechtsordnung in Europa kennt derart weitgehende Mitwirkungsmöglichkeiten und so große Anteile von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat wie das deutsche Recht. Auf Unternehmensebene besteht beispielsweise (außer in Staatsunternehmen) in Belgien, Irland, Italien, Polen, Spanien oder England keine Mitbestimmung. In Frankreich ist die Mitbestimmung auf Unternehmensebene an eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Eigenkapital des Arbeitgebers geknüpft. Ein solcher Zusammenhang ist im Übrigen auch gut nachvollziehbar, denn in diesem Fall erreichen die Arbeitnehmer durch das eingebrachte Kapital anteilig die Unternehmerposition. Das bedeutet allerdings im Umkehrschluss, dass das Mitspracherecht ohne jegliche Folgen für das beanspruchte unternehmerische Tun deutlich beschränkt sein muss.

Darüber hinaus würde eine Anwendung des deutschen Unternehmensmitbestimmungsrechts auf ausländische Gesellschaftsformen gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) verstoßen. Durch die Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung würden zuziehende Auslandsgesellschaften zur Errichtung eines ggf. paritätisch besetzten Aufsichtsrates bzw. zur paritätischen Besetzung ihres Aufsichtsrates gezwungen werden, was ihr Gründungsrecht gerade nicht vorsieht. Hierin liegt für monistisch geführte Auslandsgesellschaften ein starker Eingriff in ihre Organisationsstruktur vor. Diesen Auslandsgesellschaften ist im Gegensatz zu den Inlandsgesellschaften, allen voran der Aktiengesellschaft, ein Aufsichtsrat fremd und sie müssten ihn erst neu bilden. Durch dieses Erfordernis wird insbesondere diesen Unternehmen die Verlegung ihres Sitzes nach Deutschland und die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unverhältnismäßig erschwert.

Ein weiterer Nachteil innerhalb Europas besteht bei der Drittelbeteiligung schon heute. Diese setzt nach deutschem Recht bei Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein, wenn diese ihren Aufsichtsrat besetzen. Ab 2.000 Arbeitnehmern erfolgt die Beteiligung sogar paritätisch. Eine solch starke Beteiligung der Arbeitnehmer ist in Europa einzigartig. Die zentrale Herausforderung in der deutschen Kultur der Unternehmensmitbestimmung ist nicht eine noch weitere Ausbreitung der Regelungen wie gefordert, sondern eine Überarbeitung, um weiterhin am nicht nur europäischen Markt bestehen zu können.

Die geforderte Gleichschaltung des Gesellschaftsrechts lehnen wir ab.

Wenn ein Unternehmen eine ausländische oder europäische Rechtsform wie die SE wählt, gibt es hierfür eine Vielzahl guter Gründe. Durch die Gründung einer SE können internationale Konzerne beispielsweise eine einheitliche Holding-Gesellschaft errichten. Im Ergebnis führt dies zu schlankeren und damit kostengünstigeren Strukturen. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten erzielten Erträge innerhalb der (einheitlichen) SE ohne umständliche Gewinnausschüttungen verwendet werden können. Nicht zuletzt entspricht die SE dem Bedürfnis vieler international ausgerichteter Unternehmen, als „europäische“ Unternehmen wahrgenommen zu werden. Die Unterstellung, diese Rechtsform werde gewählt, um sich der Unternehmensmitbestimmung zu entziehen, entbehrt jeder Grundlage.

Dass für unterschiedliche Rechtsformen unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen gelten, begründet sich in einem anderen System. Im Übrigen regt das parallele Nebeneinander verschiedener gesellschaftsrechtlicher Vorschriften zur ständigen Überprüfung an, ob die deutschen Regelungen der Mitbestimmung zukunftsfähig sind.

Der Punkt 7. widerspricht den Punkten 1. - 6.

In Punkt 7. wird gefordert, dass die Europäische Kommission eine Richtlinie zu allgemeinen Standards zur Unternehmensmitbestimmung für europäische Gesellschaften vorlegt. Es wird also eine europäische Harmonisierung gefordert. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den Punkten 1. - 6., denn dort wird gefordert, die Mitbestimmung auf nationaler

Ebene auszuweiten. Bereits in der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass besonders weitgehende Mitwirkungsrechte in einem Land die europäische Harmonisierung massiv erschweren. Eine Harmonisierung setzt eine überwiegend ähnliche Struktur voraus. Diese zunächst weiter auseinander laufen zu lassen, um dann die Harmonisierung zu erhoffen, ist illusorisch.

Vereinbarungsoffene Mitbestimmung

Richtig ist, dass die Mitbestimmung verändert werden muss. Sie könnte beispielsweise vereinbarungsoffen und so speziell an das jeweilige Unternehmen angepasst gestaltet werden. In der Europäischen SE hat sich eine solche Lösung bereits bewährt. Anteilseigner und Vertreter der Arbeitnehmer können über die Mitbestimmung im Unternehmen verhandeln; erst wenn diese Verhandlung scheitert, greift eine gesetzliche Auffangregel. Da in Europa allenfalls die Drittelbeteiligung als akzeptabel angesehen werden könnte, müsste sich die Auffangregel hierauf beschränken.

Wahlverfahren überarbeiten

Ebenfalls zu überarbeiten wäre die Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Zum Teil wird heute ein Bestimmungsrecht durch Gewerkschaften, zum Teil Delegiertenwahlsysteme und zum Teil Wahlsysteme mit unmittelbarer Beteiligung vorgeschrieben. Anzustreben wäre ein zeitgemäßes direktes Wahlrecht der Arbeitnehmer für die Aufsichtsratsmitglieder ihres Unternehmens. Das würde die Akzeptanz stärken. Um bei einer solchen Wahl eine möglichst hohe Beteiligung zu erreichen, müssten auch die mittlerweile gängigen technischen Möglichkeiten mit einer beispielsweise elektronischen Wahl genutzt werden. Die Erfahrung zeigt eine deutliche Zunahme der Wahlbeteiligung beispielsweise bei Betriebsratswahlen, wenn von der klassischen in der Regel Präsenzabstimmung auf Papier auf die moderne Abstimmung via Internet umgestellt wird. Auf diesem Wege könnte nicht nur das Wahlergebnis repräsentativer werden, sondern es ließen sich durch geringeren Aufwand auch Kosten sparen.

Nur mit einem modernen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht bleiben deutsche Unternehmen wettbewerbsfähig. Um diesen Weg zu beschreiten, bedarf es innovativer Lösungen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1042

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)**1) Grundlegende Anmerkungen**

Die Unternehmensmitbestimmung, also die Vertretung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im mitbestimmten Aufsichtsrat, ist eine Erfolgsgeschichte. Sie ergänzt und verstärkt die positive Wirkung der betrieblichen Mitbestimmung, indem sie den Beschäftigten die gleichberechtigte Teilhabe an der Beratung und Kontrolle des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung im Aufsichtsrat einräumt. Aktuelle wissenschaftliche Studien zeigen, dass die Unternehmensmitbestimmung positive Auswirkungen auf gute Arbeit und nachhaltige Unternehmensführung hat.

Auf dem Festakt zum 40. Jubiläum des Mitbestimmungsgesetzes von Hans-Böckler-Stiftung und DGB am 30. Juni 2016 in Berlin hat Bundespräsident Joachim Gauck die Mitbestimmung als „Kernelement der Kooperationskultur“ gelobt und damit die große Akzeptanz verdeutlicht, über die die Mitbestimmung in der Gesellschaft verfügt.

Leider zeigt sich jedoch, dass die Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung – ihrer großen gesellschaftlichen Akzeptanz zum Trotz – seit Jahren nicht mehr an neue Gegebenheiten und Herausforderungen angepasst wurden.

DGB und Gewerkschaften haben daher anlässlich des oben genannten Jubiläums darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber dringend aufgefordert ist, die Unternehmensmitbestimmung an aktuelle Herausforderungen anzupassen. Dazu gehört es insbesondere, die Schlupflöcher zur Vermeidung der Mitbestimmung zu stopfen.

Mehr als 800.000 Beschäftigte werden derzeit nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung durch juristische

Tricks um die paritätische Mitwirkung im Aufsichtsrat gebracht. Dieser Zustand ist aus Sicht des Deutschen Gewerkschaftsbundes nicht länger hinzunehmen. Der Stillstand in der Mitbestimmungspolitik muss ein Ende haben!

Auch der Deutsche Bundesrat hat in seiner Entschließung "Mitbestimmung zukunftsfest gestalten" vom 10. Februar 2017 festgestellt, dass er mit großer Sorge betrachtet, „dass sich junge, wachsende Kapitalgesellschaften zunehmend dem Geltungsbereich der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung entziehen“ und damit „den gesellschaftlichen Konsens und die Zukunft der Sozialpartnerschaft in Deutschland in Frage“ stellen. Weiter heißt es: „Der Bundesrat fordert die Bundesregierung daher dazu auf, Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht zu schließen und gleichzeitig auf europäischer Ebene dafür einzutreten, dass entsprechende Schlupflöcher geschlossen und keine neuen Umgehungstatbestände geschaffen werden.“¹

Auch vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass die Bundestagsfraktion von Bündnis 90 / Die Grünen einen Antrag vorgelegt hat, der eine zutreffende Beschreibung der Probleme enthält und – ebenfalls überzeugend – die notwendigen politischen Maßnahmen auflistet.

2) Anmerkungen im Detail**a) Zur Absenkung der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze**

Die Bundestagsfraktion von Bündnis 90 / Die Grünen beantragt unter Gliederungspunkt I., dass der Deutsche Bundestag beschließen möge, dass es „durchaus gerechtfertigt“ wäre, „den Schwellenwert,

¹ Deutscher Bundesrat, Drucksache 740/16 (Beschluss) vom 10.02.17.

ab dem die paritätische Mitbestimmung gilt, auf 1.000 Beschäftigte abzusinken.“

Diese Forderung wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften ausdrücklich begrüßt. Im Rahmen der gewerkschaftlichen Offensive Mitbestimmung wurde durch den DGB darauf hingewiesen, dass die deutschen Schwellenwerte zur Unternehmensmitbestimmung im europäischen Vergleich außerordentlich hoch sind. So können Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter in Schweden bereits in Unternehmen ab 25 Beschäftigten und in Dänemark ab 35 Beschäftigten in den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einziehen.

Der DGB fordert daher seit langem, die Schwellenwerte auf 1.000 Beschäftigte im Mitbestimmungsgesetz und – über den vorliegenden Antrag hinausgehend – 250 Beschäftigte im Drittelbeteiligungsgesetz zu senken, um so die Reichweite der Unternehmensmitbestimmung und damit der Demokratie in der Wirtschaft zu erhöhen.

Beide Schwellenwerte sind nicht willkürlich gewählt, sondern rekurrieren auf bestehende gesetzliche Regelungen. So ist der Schwellenwert von 1.000 Beschäftigten durch seine Verankerung in der Montanmitbestimmung bereits seit 1951 fester Bestandteil der deutschen Mitbestimmungsgesetze. Der Schwellenwert 250 wiederum entspricht der aus dem europäischen Bilanzrecht bekannten Abgrenzung größerer Unternehmen von KMU.

b) Zur Einbeziehung von Stiftungen mit Geschäftsbetrieb in den Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung

Die Bundestagsfraktion von Bündnis 90 / Die Grünen fordert in Gliederungspunkt II. 1. die Einbeziehung von Stiftungen mit Geschäftsbetrieb in die Unternehmensmitbestimmung.

Dieses Ziel wird vom DGB im Grundsatz geteilt.

Im Rahmen der Offensive Mitbestimmung haben sich DGB und Gewerkschaften dafür ausgesprochen, dass langfristig alle Unternehmen mit mehr als 1.000 Beschäftigten über einen mitbestimmten Aufsichts- oder Verwaltungsrat verfügen müssen.

Die Einbeziehung der Stiftung mit Geschäftsbetrieb ist ein wichtiger und notwendiger Schritt in diese Richtung.

So zeigen empirische Forschungen von Prof. Walter Bayer vom Institut für Rechtstatsachenforschung der Universität Jena, dass bislang neun Unternehmen mit mindestens 85.000 Beschäftigten die Unternehmensmitbestimmung mit Hilfe der Konstruktion der Stiftung & Co. KG vermeiden.

Praxisrelevant sei auch die „unternehmenslenkende Beteiligungsträgerstiftung“, ein offenbar u.a. im Bereich des Lebensmittel-Discourts eingesetztes Geschäftsmodell, in dessen Rahmen ein Konzern in rechtlich selbstständige Regionalgesellschaften in der Form der GmbH & Co. KG unterhalb der Schwellenwerte des Mitbestimmungsgesetzes aufgespalten sei und von einer mitbestimmungsfreien Stiftung als

Holding geführt werde. Betroffen von dieser Konstellation sind nach Bayer etwa 250.000 inländische Beschäftigte.²

c) Zur Schließung der Lücke in der Drittelbeteiligung

Die Fraktion von Bündnis 90 / Die Grünen fordert in den Gliederungspunkten II. 2. und 4. zu Recht die Schließung der sogenannten „Lücke in der Drittelbeteiligung“.

Nach dem Mitbestimmungsgesetz „gelten für die Anwendung des Gesetzes auf das herrschende Unternehmen die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens“ (§ 5 MitbestG). Für die Schwelle von mehr als 2.000 Arbeitnehmern werden somit die Beschäftigten von Tochter- und Enkelgesellschaften auch im faktischen Konzern mitgezählt.

Im Drittelbeteiligungsgesetz gilt diese Konzernzurechnung bzgl. des Schwellenwerts von 500 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dagegen nicht, sofern kein Beherrschungsvertrag besteht.

Diese lückenhafte Konzernzurechnung führt sogar dazu, dass Unternehmen teilweise selbst dann überhaupt keine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat haben, wenn ein Konzern knapp unter 2.000 Beschäftigte hat. Nach Angaben von Prof. Walter Bayer „lassen sich mindestens 600 solcher Unternehmen ermitteln, die zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmern beschäftigen, indes mitbestimmungsfrei sind, da grundsätzlich keine Konzernzurechnung stattfindet.“³

Die Problematik verschärft sich durch die Europäische Aktiengesellschaft (SE), weil nunmehr die Möglichkeit besteht, dass sich ein Unternehmen kurz vor dem Erreichen des Schwellenwertes von mehr als 2.000 Beschäftigten in eine SE umwandelt und den Zustand ohne Mitbestimmung damit dauerhaft „einfriert“. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (mehr als 500 Beschäftigte) sollten den herrschenden Konzernunternehmen daher genauso wie im Mitbestimmungsgesetz die Beschäftigten der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden. Für ein Anknüpfen an das Bestehen eines Beherrschungsvertrags im Drittelbeteiligungsgesetz besteht kein sachlicher Grund.

Die Mitbestimmung in einer Kapitalgesellschaft & Co. KG ist zudem zwar in § 4 Abs. 1 MitbestG geregelt, nicht jedoch im Drittelbeteiligungsgesetz. Dieser Systembruch führt dazu, dass z. B. eine GmbH & Co. KG erst ab 2.000 Beschäftigten über eine Mitbestimmung im Aufsichtsrat verfügt, eine GmbH jedoch bereits ab 500 Beschäftigten. Damit lädt die Kapitalgesellschaft & Co. KG geradezu dazu ein, durch ihre Nutzung die Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes zu vermeiden. Die Attraktivität einer solchen Konstruktion wird dadurch verstärkt, dass mittlerweile auch zahlreiche Unternehmen in der Rechtsform einer SE & Co. KG bzw. in der Rechtsform einer Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG aufgetaucht sind.

² Vgl. Bayer, Walter (2016): Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, in: NJW 27/2016, S. 1933.

³ Bayer, Walter (2016) a.a.O.

Will man ein konsistentes Mitbestimmungssystem gewährleisten und somit eine sachlich nicht begründete Benachteiligung der Arbeitnehmer/innen einzelner Unternehmen verhindern, so gilt es diese Lücke im Drittelbeteiligungsgesetz zu beseitigen.

Der vorliegende Antrag der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen bietet dazu überzeugende Lösungsmöglichkeiten.

d) Zur Einbeziehung sogenannter Scheinauslandsgesellschaften in die Mitbestimmungsgesetze

Im vorliegenden Antrag wird unter II. 3 gefordert, dass Unternehmen mit ausländischen Rechtsformen oder Kombinationen zwischen nationalen und ausländischen Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland in die Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz und in das Mitbestimmungsgesetz von 1976 einbezogen werden.

Mit dieser Forderung greift die Bundestagsfraktion von Bündnis 90 / Die Grünen eine wichtige gewerkschaftliche Forderung auf.

Abgesichert durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit können Unternehmen mit einer Rechtsform aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat mittlerweile in Deutschland tätig sein, ohne die Unternehmensmitbestimmung zu beachten.

Nationale Rechtsformen wie AG und GmbH konkurrieren daher zunehmend mit europäischen Rechtsformen (SE, SCE, EWIV) und aufgrund grenzüberschreitender Mobilität mit ausländischen Rechtsformen wie der britischen Limited oder der niederländischen B.V.

Einer Studie der Hans-Böckler-Stiftung zufolge lag die Zahl der sogenannten Scheinauslandsgesellschaften in mitbestimmungsrelevanter Größe (mit mehr als 500 Beschäftigten) im Juni 2014 bei 94 Unternehmen, mit stark wachsender Tendenz.⁴

Darum fordert der DGB den Gesetzgeber auf, die Unternehmensmitbestimmung auf Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz oder – über den Antrag der Grünen hinausgehend – mit Zweigniederlassung in Deutschland zu erstrecken.

Es ist nicht hinnehmbar, dass die Beschäftigten eines in Deutschland operativ tätigen Unternehmens mit ausländischer Gesellschaftsform im Gegensatz zu ihren Kolleginnen und Kollegen in Gesellschaften deutscher Rechtsform keine Mitbestimmungsrechte haben.

e) Zur Verhängung von Sanktionen bei der Nichteinhaltung der Mitbestimmungsgesetze

Die Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen weist in der Begründung zu Gliederungspunkt II. 5 ihres Antrages zu Recht darauf hin, dass Forschungsergebnisse belegen, dass nur ein Teil der eigentlich vom Drittelbeteiligungsgesetz erfassten Unternehmen tatsächlich über einen mitbestimmten Aufsichtsrat verfügt.

Diese Praxis ist schlicht und ergreifend illegal. Es kann nicht angehen, dass die Umsetzung gesetzlich verbriefter Beteiligungsrechte der Beschäftigten ins

Belieben der Unternehmensleitung oder der Eigentümer gestellt wird.

Die Politik ist daher aufgefordert, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Mitbestimmungsgesetze auch tatsächlich angewendet werden.

Die in der Begründung des Antrags genannten Sanktionen, insbesondere die vorgeschlagene Versagung des Bestätigungsvermerks - oder zumindest seine Einschränkung - sind aus gewerkschaftlicher Sicht durchaus geeignet, um eine Verhaltensänderung zu bewirken.

f) Zur Mitbestimmungsvermeidung mit Hilfe der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

In dem vorliegenden Antrag, Gliederungspunkt II. 6. fordert die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen im SE-Beteiligungsgesetz klarzustellen, dass die Zahl der Mitglieder im SE-Aufsichtsrat sowie die Gewichtung zwischen der Kapital- und Arbeitnehmerseite angepasst werden müssen, wenn die vorgegebenen Schwellenwerte in den jeweiligen deutschen Mitbestimmungsgesetzen überschritten werden.

Damit legt die Fraktion einen aus gewerkschaftlicher Sicht tauglichen Vorschlag vor, um sicherzustellen, dass die SE nicht länger zur Vermeidung von Mitbestimmung verwendet werden kann.

Denn leider bietet die SE die Möglichkeit des sogenannten „Einfrieren“ eines mitbestimmungsfreien oder lediglich drittelmitbestimmten Zustandes.

Nach empirischen Erkenntnissen von Prof. Bayer gibt es rund 50 Unternehmen mit etwa 150.000 inländischen Beschäftigten, die aufgrund dieses Mechanismus nicht paritätisch mitbestimmt sind.⁵

Möglich wird dieses „Einfrieren“ durch die sogenannte Rückfallposition (Auffanglösung) in der EU-Richtlinie zur SE, die lediglich das Mitbestimmungsniveau sichert, das vor der Umwandlung bestanden hat („Vorher-Nachher-Prinzip“). Wenn es vorher keine Beteiligung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Aufsichtsrat gab, ist die Einbeziehung von Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern in das Aufsichtsorgan der umgewandelten Gesellschaft rechtlich nicht erzwingbar.

Wie die Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen fordert daher auch der DGB den Gesetzgeber in Deutschland dazu auf, im SE-Beteiligungsgesetz klarzustellen, dass Mitbestimmung in einer SE neu verhandelt werden muss, wenn die Zahl der Beschäftigten in Deutschland über die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze steigt.

Eine solche Lösung ist aus Sicht des DGB – orientiert beispielsweise am österreichischen SE-Umsetzungsgesetz – kurzfristig machbar und europarechtlich zulässig. Mittel- und langfristig spricht unseres Erachtens vieles dafür, durch eine Europäische Richtlinie (siehe den nachfolgenden Gliederungspunkt) eine umfassende Sicherung der Unternehmensmitbestimmung auf Europäischer Ebene anzustreben.

⁴ Vgl. Sick, Sebastian (2015): Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu, Hans-Böckler-Stiftung, MBF Report Nr. 8.

⁵ Vgl. Bayer (2016) a.a.O.

g) Zu allgemeinen Europäischen Standards

In dem von der Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Die Grünen vorgelegten Antrag soll die Bundesregierung dazu aufgefordert werden, sich gegenüber der Europäischen Kommission dafür einzusetzen, dass diese eine Richtlinie zu allgemeinen Standards zur Unternehmensmitbestimmung für europäische Gesellschaften vorlegt.

Diese Forderung ist sehr wichtig. Leider zeigt die Erfahrung, dass jede neue Richtlinie der EU-Kommission im Gesellschaftsrecht in Europa potenziell zu neuen Risiken für die Mitbestimmung führen kann. Das verdeutlichen die Diskussionen um die Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft (die 2011 gescheitert ist) und zur Ein-Personen-Gesellschaft (SUP).

Im Europäischen Gesellschaftsrecht sollte daher ein politischer Paradigmenwechsel vollzogen werden, weg vom Versuch, allein das Verhältnis zwischen Topmanagern und Aktionären zu deren Gunsten zu regeln, und hin zu einem pluralistischen Gesellschaftsverständnis, in dem eine Vielzahl von legitimen Interessen steuernd und orientierend auf ein Unternehmen einwirken können sollte („Multistakeholder-Ansatz“).

Auch aus diesem Grund spricht sich der DGB nachdrücklich für eine Richtlinie zur Einführung einer neuen und integrierten Architektur für die Arbeitnehmerbeteiligung in den europäischen Gesellschaftsformen aus.

Um wirksam zu verhindern, dass Europäisches Recht zur Vermeidung von Mitbestimmung genutzt wird, fordert der DGB, das im Bereich der Unternehmensmitbestimmung angewendete Vorher-Nachher-Prinzip im Rahmen einer neuen Richtlinie durch europaweit geltende Schwellenwerte für die Mitbestimmung in Unternehmen mit europäischer Rechtsform zu ersetzen. Diese Schwellenwerte sollen nach Vorschlag des Europäischen Gewerkschaftsbundes dynamisch aufgebaut sein, so dass das durch sie abgesicherte Niveau an Mitbestimmung bei einer wachsenden Anzahl von Beschäftigten ansteigt („Mitbestimmungs-Escalator“). Für Unternehmen europäischer Rechtsform mit mehr als 1.000 Beschäftigten in Europa soll als Standard eine paritätische Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsrat gelten. Wenn die Verhandlungen über die Mitbestimmung – beispielsweise in einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) - scheitern, soll der „Mitbestimmungs-Escalator“ das Mitbestimmungsniveau im Rahmen der Auffanglösung definieren. Wichtig ist für den DGB zudem, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die bereits in einer SE arbeiten, das Recht auf Neuverhandlungen (mit angepasster Auffangregelung) erhalten, wenn die Schwellenwerte überschritten werden. Der „Mitbestimmungs-Escalator“ soll nicht nur für die SE, sondern auch für alle anderen bestehenden oder zukünftigen europäischen Rechtsformen sowie für alle Unternehmen gelten, deren Aufsichts- oder Verwaltungsrat nach Europäischem Recht zusammengesetzt ist.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1043

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Einleitung

Die deutsche Mitbestimmung ist seit mehr als einhundert Jahren anerkannter Bestandteil der Wirtschafts- und Arbeitswelt. Spätestens mit dem Gesetz über den Vaterländischen Hilfsdienst von 1916 gab es erste Strukturen einer betrieblichen Mitbestimmung. Im November 1918 einigten sich die Spitzen von Wirtschaft und Gewerkschaften darauf, auch in Aufsichtsräten eine Arbeitnehmerbeteiligung vorzusehen. Das System der Mitbestimmung hat sich bisher auch in Krisen bewährt. Dies gilt insbesondere für die Betriebsverfassung und die verantwortungsvolle Zusammenarbeit der Betriebspartner.

Andere Industriestaaten sind andere Wege der Mitwirkung der Arbeitnehmer gegangen. Die deutsche Mitbestimmung – ganz besonders die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und vor allem auch die verfassungsrechtlich nach wie vor zweifelhaft sogenannte Montanmitbestimmung – ist daher im Konzert der großen Industriestaaten, selbst aber auf europäischer Ebene eher ein Fremdkörper geblieben. Das haben gerade auch die fast 40-jährigen Bemühungen gezeigt, in denen ein Rechtsrahmen für eine europäische Aktiengesellschaft geschaffen werden sollte und das zeigen bis heute die noch nicht erfolgreichen Bemühungen, den Rechtsrahmen für eine europäische GmbH zu legen.

Daraus sollten die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag Rückschlüsse ziehen. Gerade vor dem Hintergrund der Digitalisierung von Gesellschaft, Wirtschaft und Arbeitswelt wird das Festhalten an gesetzlichen Regelungen, die nur einen starren Rechtsrahmen anbieten und keine Möglichkeiten zur Gestaltung eröffnen, schnell zu einem Hindernis. Europäisches Gesellschaftsrecht sollte nicht an Mitbestimmungsfragen scheitern. Daher muss weiter über eine Öffnung des deutschen Mitbestimmungssystems für Vereinbarungslösungen nachgedacht

werden. Die BDA hat hierzu in dem gemeinsamen Bericht von BDA und BDI schon 2003 fundierte Vorschläge vorgelegt, die eine Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung und der Betriebsverfassung vorsehen, diese für Vereinbarungslösungen öffnen und damit die Akzeptanz des deutschen Mitbestimmungsrechts europaweit stärken können.

Demgegenüber schwächen die Erwägungen der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen die Unternehmensmitbestimmung nachhaltig. Die Diskussion um das Schließen vermeintlicher Grauzonen versperrt den Blick auf die wirklichen Probleme. Die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Gesellschaftsform hängt von zahlreichen Faktoren ab. Das spricht aber gerade nicht für die Versteinerung und Verknöcherung des Systems, sondern für die Notwendigkeit, dieses so zu öffnen, dass die betroffenen Akteure für die Zukunft passende Lösungen entwickeln können.

Die BDA steht für eine solche Diskussion zur Verfügung und hat diese Bereitschaft immer konstruktiv bekundet. Daher hat die BDA sich auch gemeinsam mit dem DGB in dem sogenannten „Erzberger – Verfahren“ vor dem Europäischen Gerichtshof für die Unionsrechtskonformität der Deutschen Mitbestimmung eingesetzt. Die gesetzliche Pflicht zur Erstreckung deutscher Mitbestimmungsregeln auf Mitarbeiter in anderen EU-Staaten wäre nicht nur unions- sondern auch verfassungswidrig. Eine gesetzliche Öffnung der Mitbestimmung für Vereinbarungslösungen würde demgegenüber den davon betroffenen Parteien Lösungsoptionen einräumen, die eine Diskussion um Rechtsfragen wie im Fall Erzberger obsolet machen würden, ohne in verfassungswidriger Weise deutsche Mitbestimmungsregeln auf fremde Unternehmen und Territorien zu übertragen.

Die Zwangserstreckung von Mitbestimmung auf Gesellschaften ausländischer Rechtsformen ist eben-

falls unionsrechtswidrig und kein Beitrag zur Stärkung der Akzeptanz von Mitbestimmung. So wie die Zwangserstreckung von Tarifverträgen kein Beitrag zu einer guten Tarifbindung ist, so ist die Zwangserstreckung von Mitbestimmung kein Beitrag zu einer guten Mitbestimmung. Ein gutes kollektives Arbeitsrecht lebt von dem vertrauensvollen Miteinander von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und Anteilseignern. Diese vertrauensvolle Zusammenarbeit ist das A und O des kollektiven Arbeitsrechts. Sie kann nicht erzwungen sondern nur auf der Grundlage einer intensiv erarbeiteten Vertrauenspartnerschaft erarbeitet werden.

Zu den einzelnen Vorschlägen

1. Geltungsbereich nicht ausweiten

Stiftungen sind zu Recht aus dem Anwendungsbereich der Mitbestimmung ausgenommen. Stiftungen sind keine Kapitalgesellschaften, und die Stifter unterliegen einer Vielzahl sehr strenger Reglementierungen. Stiftungen werden nicht zur Umgehung der Unternehmensmitbestimmung gegründet. Die Entscheidung für die Rechtsform einer Stiftung mit Geschäftsbetrieb ist zumeist davon getragen, dass einer oder mehrere Stifter mit familiärer Prägung allein oder zu wenigen die gesamte Verantwortung für die Stiftung und ihren Geschäftsbetrieb tragen. Es handelt sich regelmäßig um familiengeführte Stiftungen, die nicht mit Kapitalgesellschaften vergleichbar sind.

2. Konzernzurechnung passt nicht zur Drittelbeteiligung

Aufgrund der Größenverhältnisse von drittelmitbestimmten Unternehmen, die mehr als 500 und maximal 2000 Arbeitnehmer haben, ist es systemfremd, die Konzernzurechnungsregeln des Mitbestimmungsgesetzes auf das Drittelbeteiligungsgesetz zu übertragen. Mit größeren und nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten Unternehmen vergleichbare Konzernstrukturen, insbesondere des faktischen Konzerns, kommen bei den drittelmitbestimmten Unternehmen zumeist nicht vor.

3. Einbeziehung von Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nicht zulässig

Eine Einbeziehung ausländischer Rechtsformen oder Kombinationen nationaler und ausländischer Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland in die Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz und dem Mitbestimmungsgesetz lehnen wir ab. Erst wenn die Unternehmen auch de facto die Wahl zwischen verschiedenen Mitbestimmungsregimes haben, können sie sich für die aus ihrer Sicht jeweils effiziente und effektivere Regelung entscheiden.

Der Antrag der Grünen insinuiert, dass Mitbestimmung beliebig auf andere Gesellschaftsformen übertragen werden kann. Das ist falsch und de facto unzulässig. Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, dass die bis zu den Entscheidungen „Centros, Überseering und Inspire Art“ herrschende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, solche Gesellschaftsformen könnten in Deutschland nur als Gesellschaften bürgerlichen Rechts tätig werden, unionsrechtswidrig war.

Darüber hinaus könnte eine solche Erstreckung auch völkerrechtswidrig sein. So besteht z. B. mit den

Vereinigten Staaten von Amerika schon seit den frühen 50er-Jahren ein Handelsvertrag, der das Tätigwerden amerikanischer Gesellschaften der deutschen Mitbestimmung entzieht. Der deutsche Gesetzgeber hat also in diesem Bereich gar keine Handlungskompetenz, will er nicht gegen die EU-Verträge oder bestehende Abkommen mit Partnern verstoßen.

Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich erforderlich, die Voraussetzungen zu schaffen, dass auch für die derzeit unter die gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen fallenden Unternehmen die Möglichkeit existiert, die für sie jeweils passgenaue Form der Unternehmensmitbestimmung zu wählen. Hierzu bietet sich die Öffnung der obligatorischen Unternehmensmitbestimmung in Deutschland für Vereinbarungslösungen an. Die gesetzliche Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaften mit ausländischer Rechtsform würde hingegen dazu führen, dass in einer Welt schnellen Wandels und der Vielfalt die starre Form der Unternehmensmitbestimmung zementiert wird. Ignoriert würde außerdem, dass die Entscheidung für eine bestimmte Gesellschaftsform vielfältige Gründe hat, und nicht in jedem Fall maßgeblich von der Unternehmensmitbestimmung beeinflusst wird.

4. Ausweitung der Mitbestimmung auf Kommanditgesellschaften verfehlt

Die Ausweitung der Drittelbeteiligung auf Kommanditgesellschaften, deren Komplementäre Kapitalgesellschaften sind, ist nicht sachgerecht. Auch die entsprechenden Regelungen zur Zurechnung der Beschäftigten der Kommanditgesellschaften aus dem Mitbestimmungsgesetz sollten nicht auf die Drittelbeteiligung übertragen werden.

Die Unterscheidung zwischen Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz hat der Gesetzgeber aufgrund der unterschiedlichen Größenstrukturen bewusst getroffen. Im Bereich der Drittelbeteiligung sind die betroffenen Gesellschaften oftmals familiengeführt. Die Ausweitung auf die Drittelbeteiligung wäre kein Beitrag die Akzeptanz des Gesamtsystems der Mitbestimmung zu stärken.

5. Zusätzliche Sanktionen nicht sinnvoll

Die Regelung von Sanktionen für den Fall, dass das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz von Unternehmen nicht angewandt werden, ist überflüssig. Bezogen auf das Mitbestimmungsgesetz von 1976 gilt dies schon deshalb, weil die Nichtanwendung des Gesetzes massive Folgen für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates und damit die Geschäftstätigkeit des Unternehmens hat.

Darüber hinaus kann das Statusverfahren nach § 98 Aktiengesetz mit dem Ziel der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrates nach den Mitbestimmungsregeln nicht nur vom Vorstand, jedem Aufsichtsratsmitglied und jedem Aktionär, sondern auch dem Gesamtbetriebsrat oder, wenn nicht vorhanden, dem Betriebsrat, dem Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss oder dem Sprecherausschuss, mindestens einem Zehntel oder 100 der Arbeitnehmer des betroffenen Unternehmens, Spitzenorganisationen der Gewerkschaften, die ein Vorschlagsrecht hätten oder Gewerkschaften, die ein Vorschlagsrecht hätten, angestoßen werden kann.

Besteht trotz dieser Regelungen und Initiativrechte kein mitbestimmter Aufsichtsrat in einem Unternehmen, das den gesetzlichen Mitbestimmungsregeln unterfällt, sollte nicht nach zusätzlichen Sanktionen gerufen werden. Es liegt hier der Schluss nahe, dass insbesondere bei den der Drittelbeteiligung unterliegenden Unternehmen die Akzeptanz der Regelungen bei allen Beteiligten fehlt oder der Bedarf der Anwendung bürokratischer, mitbestimmungsrechtlicher Regelungen angesichts der bestehenden Zusammenarbeit von Unternehmen und Belegschaft nicht gesehen wird. Auch diese Situation spricht dafür, die Öffnung des deutschen Rechts für Vereinbarungslösungen zu diskutieren.

6. Gesetzliche Regelungen zur Europäischen Aktiengesellschaft angemessen

Eine Regelung, nach der die Zahl der Mitglieder im SE-Aufsichtsrat sowie die Gewichtung zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite angepasst werden müsste, wenn die vorgegebenen Schwellenwerte

in den jeweiligen deutschen Mitbestimmungsgesetzen überschritten werden, ist nicht mit den europäischen Vorgaben zur SE vereinbar, die solche Regelungen nicht vorsehen.

7. Europäische Standards zur Unternehmensmitbestimmung realitätsfremd

Der Ruf nach strengeren europaweiten Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung ist vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Regelungen zur Europäischen Gesellschaft (SE) realitätsfremd. Deren Einführung dauerte über 30 Jahre, weil die Mitgliedstaaten in dieser Zeit vor allem über die anzuwendenden Regelungen zur Mitbestimmung gestritten haben und etwa eine Übernahme des deutschen Modells kategorisch abgelehnt haben. Das letztendlich damals gefundene Konsensmodell der Vereinbarungs- kombiniert mit einer Auffanglösung hat sich demgegenüber bewährt.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1045

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum

I. Einleitung

Die Herstellung des Binnenmarktes und die Einführung der SE haben die Flucht aus der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland intensiviert. Der selektive Zugriff der Unternehmensmitbestimmung hat aber bereits vorher ein Ausweichen vor der Mitbestimmung möglich gemacht. Der hier zu diskutierende Antrag will lediglich punktuell Unstimmigkeiten in den Mitbestimmungsgesetzen abhelfen und dem zu Tage getretenen Ausweichen vor der Mitbestimmung¹ entgegenwirken. Es wird – trotz einer Vielzahl von Vorschlägen – keine grundsätzliche Reform der Unternehmensmitbestimmung angestrebt, um z. B. ein Verhandlungsmodell einzuführen. Es soll bei der zwingenden Mitbestimmung bleiben. Auch die Konsequenzen, die sich aus einer notwendigen Professionalisierung der Aufsichtsräte ergeben, werden nicht in die Überlegungen einbezogen.

II. Zu den Antragsgegenständen

1. Einbeziehung von Stiftungen mit Geschäftsbetrieb in den Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung bei Erreichen der notwendigen Arbeitnehmerzahl

1.1 Eignung und Notwendigkeit der Einbeziehung von Stiftungen

Die Stiftung ist nicht grundsätzlich ungeeignet, in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen zu

werden. Dies ist aber nur dann notwendig, wenn sie selbst unternehmerisch tätig wird.

Die Mitbestimmungskommission hat 1970 für die Auswahl der Rechtsformen, auf die sich die Unternehmensmitbestimmung bezieht, zu Recht festgehalten, dass hierfür zwei Kriterien maßgebend sind: erstens sollte verhindert werden, dass sich durch die Wahl der Rechtsform die Mitbestimmung vermeiden lässt, zweitens sollte der sachliche Zweck der Rechtsform nicht durch die Mitbestimmung gefährdet werden.²

Die Stiftung hat zwar keine körperschaftliche Struktur wie die Kapitalgesellschaften, ihre Verfassung kann aber ein Kontrollorgan (z. B. Beirat, Kuratorium, Aufsichtsrat) vorsehen. In einem solchen Gremium können Arbeitnehmervertreter an der Kontrolle der unternehmerischen Entscheidungen des Stiftungsvorstands mitwirken. Bei der Ausgestaltung der Mitbestimmung ist zu beachten, dass sich die Stiftung nicht im Betrieb des Unternehmens erschöpft. Der Stiftungszweck ist stets ein transzendent und geht über den Zweck des Unternehmens hinaus. Die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer beschränken sich aber auf die Partizipation an den unternehmensbezogenen Entscheidungen. Ein darüber hinausgehender Einfluss auf den Stiftungszweck und das Stiftungsvermögen ist nicht gerechtfertigt.

¹ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2015, 909 ff.; *dies.*, AG 2017, R 119 ff.; *Hoffmann*, AG 2016, R167 ff.; *Sick*, Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu, Hans-Böckler-Stiftung, Report Nr. 8, Februar 2015, https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_8.pdf; *ders.*, Mitbestimmungsfeindlicheres Klima, Unternehmen nutzen ihre Freiheiten – Arbeitnehmer werden um ihre Mitbestimmungsrechte gebracht, Hans-Böckler-Stiftung, Report Nr. 13, September 2015, http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_13.pdf; statistische Darstellung in Böckler Impuls 6/2016, 2 f., https://www.boeckler.de/Impuls_2016_06_gesamt.pdf.

² Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drucks. VI/334, S. 115.

Notwendig ist die Beteiligung der Arbeitnehmer nur, wenn die Stiftung selbst unternehmerische Entscheidungen trifft. Grundsätzlich können Stiftungen als Unternehmensträgerstiftungen errichtet werden und somit als juristische Person unmittelbar unter ihrer Rechtsform ein Unternehmen betreiben. Dieses kann Teil des ideellen Bereichs der Stiftung sein und somit denselben Zweck wie die Stiftung haben (z. B. Krankenhausbetrieb). Es kann sich aber auch um einen Zweckbetrieb oder einen sonstigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handeln.

Die Stiftung muss – um unternehmerisch tätig zu sein – das Unternehmen aber nicht unmittelbar selbst betreiben. Regelmäßig erfolgt der Geschäftsbetrieb durch eine eigenständige juristische Person in einer anderen Rechtsform (insbesondere als Kapitalgesellschaft), während die Stiftung die Anteile hält. Diese Gesellschaften unterliegen – sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind – der Unternehmensmitbestimmung. Darüber hinaus ist die Unternehmensmitbestimmung bei der Stiftung selbst nur gerechtfertigt, wenn diese Stiftung unternehmerisch agiert und eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

Die Stiftung handelt in dieser Fallkonstellation nicht mehr unternehmerisch, wenn sie Unternehmensbeteiligungen vor allem als Vermögensanlage hält und sich auf die Vermögensverwaltung beschränkt, um mit den Einnahmen den Stiftungszweck zu verfolgen. Insofern ist eine gesetzliche Regelung zur Unternehmensmitbestimmung entbehrlich, wenn die Stiftung sich auf die Beteiligungsverwaltung und die damit verbundenen Finanzierungs- und Verwaltungsaufgaben beschränkt. In solchen Fällen würde es ohnehin an einer einheitlichen Leitung des Konzerns durch die Stiftung fehlen, so dass keine Arbeitnehmerbeteiligung erforderlich ist.

1.2 Notwendigkeit einer selbstständigen gesetzlichen Lösung

Die Einbeziehung von unternehmensverbundenen Stiftungen, die Unternehmereigenschaft besitzen, ist nicht durch eine bloße Erweiterung der bestehenden Mitbestimmungsgesetze um die Rechtsform der Stiftung möglich. Es bedarf einer ausführlichen gesetzlichen Regelung.

Eine gesetzliche Regelung zur Einführung einer Unternehmensmitbestimmung bei Stiftungen kann sich – anders als das Drittelbeteiligungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz – nicht auf Regelungen über die Partizipation der Arbeitnehmer beschränken. Es bedarf eigenständiger Vorgaben für die Organisationsverfassung der Stiftung.

Das Gesetz muss die Errichtung eines Aufsichtsrats vorsehen. Dazu kann nicht pauschal auf die Regelungen zur Aktiengesellschaft verwiesen werden wie bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die bestehenden Mitbestimmungsgesetze ergänzen das Gesellschaftsrecht und sind auf die körperschaftliche Struktur der Kapitalgesellschaften zugeschnitten. Diese haben Anteilseigner, die ein eigenes Interesse an dem Unternehmen haben und den Aufsichtsrat als Kontrollgremium in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung wählen. Daran fehlt es bei der Stiftung. Deshalb müsste das Gesetz festlegen, wer die Aufsichtsratsmitglieder auswählt und bestellt.

Sofern die Stiftung erst nach Inkrafttreten des Gesetzes errichtet wird, kann der erste Aufsichtsrat im Stiftungsgeschäft bestimmt werden und dann seinerseits die neuen Mitglieder vorschlagen. Alternativ kommt ein Vorschlagsrecht des Stiftungsvorstands in Betracht. In diesem Fall wählt jedoch der Kontrollierte seinen Kontrolleur, was im Interesse einer effektiven Aufsicht die schlechtere Alternative darstellt. Zu bestimmen bleibt außerdem, wer die Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Mangels einer körperschaftlichen Struktur besteht – anders als bei den Kapitalgesellschaften – kein Personenkreis wie die Anteilseigner, die zur Wahrung ihrer Interessen den Aufsichtsrat besetzen. Auch das Verhältnis zur Stiftungsaufsicht ist zu klären.

1.3 Anwendung der Unternehmensmitbestimmung auf bestehende Stiftungen

Eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung auf die bereits errichteten Stiftungen scheidet grundsätzlich aus.

Besondere Probleme ergeben sich bei bereits anerkannten Stiftungen, deren Verfassung keinen Aufsichtsrat oder Beirat vorsieht, dessen Aufgabe die Kontrolle des Vorstands hinsichtlich seiner unternehmerischen Tätigkeit ist. Mit der Errichtung und Anerkennung der Stiftung entsteht eine eigenständige juristische Person, auf die auch der Stifter keinen Zugriff mehr hat. Die Organisation der Stiftung ist Teil der Stiftungsverfassung, die durch das ursprüngliche Stiftungsgeschäft festgelegt wird. Die Anwendung der Unternehmensmitbestimmung würde in diesen Fällen eine nachträgliche Änderung des Stiftungsgeschäfts erforderlich machen. Dies ist dem Stiftungsvorstand nicht möglich, es sei denn, die Satzung enthält eine Regelung, die dem Vorstand die Schaffung eines solchen Organs erlaubt. Darüber hinaus ist bislang nur unter den Voraussetzungen des § 87 BGB bzw. der entsprechenden Vorschriften der Landesstiftungsgesetze eine Änderung der Satzung oder eine Aufhebung der Stiftung bei einer Gefährdung des Gemeinwohls zulässig.

Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht, das zumindest für die Aktiengesellschaft eine zwingende gesetzliche Regelung der Aufsichtsratsverfassung vorsieht, ermöglicht das Stiftungsrecht dem Stifter die autonome Ausgestaltung der Stiftungsverfassung. Man mag rückschauend zweifeln, ob es richtig war, die unternehmensbezogene Stiftung in einem Maße anzuerkennen, dass sie zu einer Rechtsform macht, mittels derer die Anwendung zwingenden Rechts vermieden werden kann. Eine Beschränkung wirtschaftlich tätiger Stiftung wie bei wirtschaftlichen Vereinen nach § 22 BGB hat der Gesetzgeber damals aber nicht vorgenommen.

2. Anpassung der Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz an das Mitbestimmungsgesetz 1976

Die Konzernzurechnung in § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz und § 5 Mitbestimmungsgesetz sollte einheitlich gestaltet werden.

Es bestehen keine rechtlichen Gründe, die faktischen Konzerne von der Zurechnung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz auszunehmen, während sie im Mitbestimmungsgesetz berücksichtigt sind. Gerade bei Unternehmen in Form der GmbH ist der Zugriff der

Gesellschafter auf die Geschäftsführung durch Weisungen oder die Abberufung des Geschäftsführers – unabhängig von einem Beherrschungsvertrag – möglich. Unternehmen mit einer Arbeitnehmerzahl von unter 2.000 Arbeitnehmern sind zudem häufiger in der Rechtsform einer GmbH als in der einer Aktiengesellschaft organisiert. Insofern ist nicht ersichtlich, warum sich gerade beim Drittelbeteiligungsgesetz die Konzernzurechnung auf die Fälle des Beherrschungsvertrags und der Eingliederung beschränken sollte. Für die abweichende Behandlung der Gesellschaften nach dem Drittelbeteiligungsgesetz gibt es keinen sachlichen Grund.

Eine solche Vereinheitlichung der Konzernzurechnung wurde bereits von den wissenschaftlichen Mitgliedern der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (sog. 2. Biedenkopf-Kommission) sowie von *Raiser* in seinem Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag 2006 befürwortet.³ § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz beruht auf § 77a Betriebsverfassungsgesetz 1952 und blieb bei der Schaffung des Drittelbeteiligungsgesetzes unberührt. Das Gesetz sollte den bisherigen Rechtszustand lediglich fortführen und nur leichte Modernisierung erfahren. Eine systematische Abstimmung mit den anderen Mitbestimmungsgesetzen erfolgte nicht und sollte nachgeholt werden.

3. Einbeziehung der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform oder Kombinationen zwischen deutschen und ausländischen Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland in die Unternehmensmitbestimmung

Unternehmen mit ausländischer Rechtsform, die ihren Verwaltungssitz und ihre betriebliche Organisation (einschließlich der beschäftigten Arbeitnehmer) im Wesentlichen im Inland haben, können in die deutsche Unternehmensmitbestimmung einbezogen werden, es sei denn, der Gründungsstaat gewährleistet die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in vergleichbarer Weise. Für die monistisch verfassten Gesellschaften, die nicht über einen Aufsichtsrat verfügen, bedarf es aber einer eigenen gesetzlichen Regelung. Die Mitbestimmung ist durch ein Verhandlungsmodell in die monistisch verfassten Gesellschaften zu integrieren. Die gesetzliche Auffanglö-

sung muss diskriminierungsfrei sein, und die Intensität der Mitbestimmung darf keinesfalls über jene für dualistische Gesellschaften hinausgehen.

Der Antrag bezieht sich auf im Ausland gegründete Gesellschaften in ausländischer Rechtsform, deren Verwaltungssitz in Deutschland ist. Der Bezug auf den Verwaltungssitz ist sinnvoll, weil es sich dabei um ein Kriterium handelt, an dem die gesetzliche Regelung als Eingriffsnorm anknüpfen kann.⁴ Darüber hinaus ist die Regelung auf Gesellschaften zu beschränken, die über eine im Inland belegene betriebliche Organisation verfügen, in der mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Ansonsten sind die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze ohnehin nicht überschritten. Ein legitimes Interesse an der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ließe sich dann nicht begründen.

3.1 Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Die Einbeziehung ausländischer Kapitalgesellschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ein Marktzugangshindernis, das die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union beschränkt.⁵ Für ausländische Kapitalgesellschaften lässt sich diese Erweiterung des deutschen Mitbestimmungsrechts mit dem Schutz der Arbeitnehmer und der Wahrung des deutschen Sozialmodells als legitimen Interessen rechtfertigen.⁶ Es handelt sich dabei nicht nur aus deutscher Sicht um ein öffentliches Interesse. Selbst das Unionsrecht erkennt die Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen in den Mitgliedstaaten als Teil ihrer gewachsenen Sozialstrukturen an. Das belegt nicht nur die SE-Richtlinie, die eine Mitbestimmungssicherung vorsieht, sondern auch Art. 16 der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzung. Auch der Generalanwalt *Saugmansgaard Øe* hat in den am 4.5.2017 veröffentlichten Schlussanträgen in der Rechtssache *Erzberger/TUI* in der Wahrung des nationalen Sozialmodells ein legitimes Interesse gesehen.⁷

Eine Erweiterung der Unternehmensmitbestimmung auf Scheinauslandsgesellschaften kann nicht durch eine Aufnahme dieser Gesellschaftsformen in die bestehenden Gesetze umgesetzt werden. Die Ausgestal-

³ *Raiser*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, Gutachten B, 107 ff.

⁴ Ausführlich zum IPR *Weller*, FS Hommelhoff, 2012, 1275, 1285 ff.; *ders.*, Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 476 ff.

⁵ EuGH 9.3.1999 – C-212/97 – Centros; 5.11.2002 – C-208/00 – Überseering; 30.9.2003 – C-167/01 – Inspire Art.

⁶ Vgl. für eine Unionsrechtskonformität *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1089; *Bayer*, AG 2004, 534, 537 f.; *Ego*, Münchener Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2017, Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 598 f.; *Franzen*, RdA 2004, 262 f.; *Henssler*, GS Heinze, 2004, S. 333, 353 ff.; *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 222 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 2010, 48, 55; *Kamp*, BB 2004, 1496, 1500; *Kindler*, Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl. 2015, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 570 ff.; *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslands- gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, S. 171 ff.; *Raiser*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, Gutachten B, 107 ff.; *Sick*, GmbHR 2011, 1196, 1197 f.; *Teichmann*, ZIP 2016, 899, 900 ff.; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 382 ff.; *Weiss/Seifert*, ZGR 2009, 542, 547 ff.; *Weller*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1275, 1290 ff.; *ders.*, Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 476 ff.; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, Vorbem. Rn. 77; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 160, zumindest wenn die betriebliche Organisation im Wesentlichen im Inland belegen ist und auch die Arbeitnehmer überwiegend dort tätig sind; anders *Merkt*, ZIP 2011, 1237, 1238 ff.; *Sandrock*, AG 2004, 57 ff.; *Seibt*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 1 MitbestG Rn. 8; *Veit/Wichert*, AG 2004, 14, 17 ff.

⁷ Schlussanträge des Generalanwalts v. 4.5.2017 – C-566/15, Rn. 104, 106 f. – *Erzberger/TUI*.

tung der Mitbestimmung muss nicht nur diskriminierungsfrei sein, sondern darf auch die Grenzen des Erforderlichen nicht überschreiten. Daher ist eine Erweiterung der Unternehmensmitbestimmung nur gerechtfertigt, wenn für die Arbeitnehmer nicht bereits nach dem Recht des Gründungsstaates eine vergleichbare Mitbestimmung besteht. Diese muss aber über die betriebliche Mitbestimmung hinausgehen und die Beteiligung an den Unternehmensorganen betreffen.

Darüber hinaus bedarf es für die monistisch verfassten Gesellschaften, die keinen Aufsichtsrat haben, einer eigenen gesetzlichen Regelung. Ihnen die Bildung eines Aufsichtsrats aufzugeben, wäre ein gravierender Eingriff in ihre Organisationsverfassung, der nicht erforderlich ist.⁸ Auch ein Zwang eine Tochtergesellschaft mit dualistischer Verfassung für die Betriebe im Inland zu gründen, ist mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar. Es bedarf einer gesetzlichen Regelung, die ein Verhandlungsmodell vorsieht, um die Mitbestimmung in die monistische Unternehmensverfassung einzupassen.⁹ Außerdem ist eine Auffangregelung vorzuhalten, die nach dem Maßstab der Niederlassungsfreiheit diskriminierungsfrei ist.

3.2 Zur Ausgestaltung der Sonderregelung für Gesellschaften mit monistischer Verfassung

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist für Gesellschaften mit dualistischer Struktur konzipiert, die über ein Kontrollorgan und eine weitgehend selbständig agierende Geschäftsführung verfügen. Eine uneingeschränkte Übertragung dieses Mitbestimmungsmodells auf eine Gesellschaft mit monistischer Verfassung würde diese mit einer stärkeren Mitbestimmung belegen als Unternehmen mit inländischer Rechtsform und wäre daher diskriminierend und verletzte die Niederlassungsfreiheit. Bei einer monistischen Verfassung besteht lediglich ein Verwaltungsrat. Zwar wird die laufende Geschäftsführung in der Regel von den geschäftsführenden Direktoren wahrgenommen, der Verwaltungsrat kann ihnen jedoch Weisungen erteilen und sie jederzeit abberufen. Sie haben somit eine viel abhängigere Rechtsstellung als der Vorstand einer deutschen Aktiengesellschaft, so dass die Arbeitnehmerbeteiligung wesentlich intensiver auf die Unternehmensführung zugreift.

Für eine Anpassung der Unternehmensmitbestimmung an die Eigenarten der monistisch verfassten Unternehmen bestehen mehrere Alternativen. Angesichts der Anforderungen, die für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit bestehen, ist ein Verhandlungsmodell vorzusehen. Es muss der Leitung und den Arbeitnehmervertretern ermöglichen, eine Unternehmensmitbestimmung einzuführen, die an das Unternehmen angepasst ist. Dies ist das mildere Mittel im Vergleich zu einer

starrten gesetzlichen Regelung, zumal die deutsche Rechtsordnung seit der Umsetzung der SE-Richtlinie und der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung ein Verhandlungsmodell kennt.

Bei der Erarbeitung eines Gesetzes sollten Vereinfachungen des Verhandlungsverfahrens vorgenommen werden. Anders als bei der SE oder der grenzüberschreitenden Verschmelzung bedarf es keiner Mitwirkung ausländischer Arbeitnehmervertreter. Es soll lediglich eine Gleichstellung mit den inländischen Rechtsformen erreicht werden, die nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen die ausländischen Arbeitnehmer ebenfalls nicht beteiligen.

Die gesetzliche Auffangregelung, die beim Scheitern der Verhandlungen eingreift, muss sicherstellen, dass die Arbeitnehmervertreter sich auf die Überwachung der Geschäftsführung beschränken. Die Partizipation darf höchstens die nicht geschäftsführenden Direktoren des Verwaltungsrats erfassen.¹⁰ Auch der Anteil der Arbeitnehmervertreter ist keinesfalls auf die geschäftsführenden Direktoren zu beziehen. Alternativ wird auch eine Beschränkung der Mitbestimmung für monistische Gesellschaften auf eine Drittelbeteiligung vorgeschlagen.¹¹ Die Ausarbeitung eines solchen Gesetzes bedarf besonderer Sorgfalt im Detail.

4. Lückenlose Einbeziehung der Kapitalgesellschaft&Co.KG in die Unternehmensmitbestimmung

Die Behandlung der Kapitalgesellschaft&Co.KG sollte in der deutschen Unternehmensmitbestimmung einheitlich erfolgen. Es handelt sich dabei um eine kapitalistisch strukturierte Personenhandelsgesellschaft. Zumindest die Komplementärgesellschaft kann ihrer Struktur nach einer Unternehmensmitbestimmung unterliegen. Eine Erstreckung der Mitbestimmung ist –wie es § 4 Mitbestimmungsgesetz regelt – vor allem angezeigt, wenn die Komplementäre überwiegend mit den Gesellschaftern der Komplementär-Kapitalgesellschaft übereinstimmen. Es gibt keine sachlichen Gründe für eine abweichende Regelung im Drittelbeteiligungsgesetz.

Das Drittelbeteiligungsgesetz hat in diesem Punkt die bestehenden Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1952 nur übernommen und nicht um eine dem § 4 Mitbestimmungsgesetz vergleichbare Regelung ergänzt. Das Gesetz schreibt den bisherigen Rechtszustand lediglich fort. Eine systematische Abstimmung mit den anderen Mitbestimmungsgesetzen sollte nachgeholt werden. Das entspricht auch den Vorschlägen der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (sog. 2. Biedenkopf-Kommission)¹² sowie von *Raiser*

⁸ *Eberspächer*, ZIP 2008, 1951, 1952; *Hellwig/Behme*, AG 2011, 740, 745; *Merkt*, ZIP 2011, 1237, 1241; *Raiser*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, Gutachten B, 107; *Weller*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1294, 1295.

⁹ *Teichmann*, ZIP 2009, 1787, 1788; *ders.*, ZIP 2016, 899, 904; *Weller*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1294, 1295.

¹⁰ Ebenso *Henssler*, FS Ulmer, 2003, S. 193, 209; *Weller*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1294, 1295.

¹¹ Dazu *Henssler*, FS Ulmer, 2003, S. 193, 209, 210.; *Raiser*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, Gutachten B, 108; *Teichmann*, ZIP 2016, 899, 907.

¹² Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, 2006, S. 41.

in seinem Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag 2006¹³.

5. Einführung von Sanktionen bei mangelnder Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes und des Mitbestimmungsgesetzes 1976

Zur Durchsetzung der Mitbestimmungsgesetze bedarf es keiner Sanktionsvorschriften durch Straftatbestände oder Ordnungswidrigkeiten. Allerdings sollte eine Änderung des Statusverfahrens dahingehend erwogen werden, dass den Gewerkschaften generell ein Antragsrecht zukommt.

Die Rechtstatsachenforschung hat gezeigt, dass ein signifikantes Defizit bei der Durchsetzung der Mitbestimmungsgesetze besteht.¹⁴ Das gilt insbesondere für das Drittelbeteiligungsgesetz.¹⁵ Über die Gründe hierfür wird bisher spekuliert. Die fehlende Sanktion ist eine mögliche Ursache. Daneben kann es an der notwendigen Rechtskenntnis der Akteure fehlen oder an einem funktionierenden Verfahren für die Rechtsdurchsetzung. Das Statusverfahren nach § 98 Aktiengesetz gewährt insbesondere den Betriebsräten, Gesamt- und Konzernbetriebsräten ein Antragsrecht, so dass die Arbeitnehmervertreter die Rechtsanwendung an sich erzwingen können. Allerdings haben nicht alle Betriebe und Unternehmen Betriebsräte bzw. einen Gesamtbetriebsrat. Zudem unterbleibt der Antrag im Statusverfahren möglicherweise im Interesse einer störungsfreien Zusammenarbeit in Betrieb und Unternehmen.

Im Ergebnis sichert das Statusverfahren derzeit die Rechtsanwendung nicht effektiv und kann insofern als *lex imperfecta* gelten. Die Mitbestimmungsgesetze sind allerdings zwingend. Unterbleibt ihre Anwendung, so liegt eine Pflichtverletzung i. S. von § 93 Absatz 2 Aktiengesetz und § 43 Absatz 2 GmbH-Gesetz vor. Dies hatte bisher keine Folgen, weil es in der Regel an einem Schaden mangelt, der sich ursächlich auf die fehlende Anwendung des Mitbestimmungsrechts zurückführen lässt.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass seit dem 19.4.2017 die Corporate-Social-Responsibility-Richtlinie¹⁶ umgesetzt wurde. Danach müssen die in § 289b Handelsgesetzbuch erfassten Gesellschaften den Lagebericht um einen Bericht über die nichtfinanziellen Belange ergänzen. Dabei haben sie nach § 289c Abs. 2 Nr. 2 Handelsgesetzbuch über die Arbeitnehmerbelange zu berichten, insbesondere über die „Achtung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, informiert und konsultiert zu werden“. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften besteht zudem eine Pflicht zur Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB, die auch die Arbeitsweise des Aufsichtsrats umfasst. Ob die hierdurch geschaffene Transparenz die Durchsetzung der Unternehmensmitbestimmung begünstigt, lässt sich bezweifeln.

Dieser Befund legt eine Weiterentwicklung der Sanktionen nahe. Dabei ist zu beachten, dass Strafvorschriften dem Mitbestimmungsrecht fremd sind. Sofern das Strafantragsrecht denselben Arbeitnehmervertretern zusteht, die ein Statusverfahren beantragen können, ist außerdem nicht damit zu rechnen, dass solche Anträge gestellt werden. Auch im Betriebsverfassungsrecht haben die Strafvorschriften keine praktische Relevanz.

Nicht in Betracht zu ziehen ist eine Änderung des Abschlussprüfungsrechts mit der Folge, dass der Abschlussvermerk einzuschränken oder sogar zu versagen ist, wenn die geprüfte Gesellschaft den Aufsichtsrat nicht korrekt gebildet hat. Grundsätzlich ist die Prüfung auf die Buchführung und Rechnungslegung der Gesellschaft ausgerichtet. Im Grunde wird der Abschlussprüfer für die Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen in die Pflicht genommen, obwohl das Statusverfahren Handlungsmöglichkeiten vorsieht.

Sofern eine effektivere Durchsetzung der Mitbestimmungsgesetze gewollt ist, bleibt einzig zu erwägen, ob den Gewerkschaften im Statusverfahren generell ein Antragsrecht zugesprochen wird, unabhängig davon, ob sie ein Vorschlagsrecht haben. Zum einen erlaubt es § 4 Absatz 2 DrittelbG auch unternehmensfremde Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat zu wählen, wenn der Aufsichtsrat mehr als zwei Arbeitnehmervertreter haben muss. Zudem können in jedem Fall unternehmensangehörige Gewerkschaftsmitglieder ein Interesse daran haben, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu sein. Insofern sind zumindest mittelbar die Interessen der Gewerkschaften betroffen, obwohl sie kein eigenes Vorschlagsrecht für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder haben.

6. Klarstellende Regelung im SE-Beteiligungsgesetz über die Anpassung der Mitgliederzahl des SE-Aufsichtsrates sowie die Gewichtung zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern bei Überschreiten der Schwellenwerte in den jeweiligen deutschen Mitbestimmungsgesetzen

Eine gesetzliche Regelung, die die SE-Leitung zu erneuten Verhandlungen über die Größe des Aufsichtsrats und den Anteil der Arbeitnehmervertreter verpflichtet, sobald die Gesellschaft der Größe nach die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze überschreitet, ist mit dem Unionsrecht nicht vereinbar.

Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE ist durch die Richtlinie 2001/86/EG harmonisiert. Wegen der gravierenden Unterschiede bei der Unternehmensmitbestimmung in den Mitgliedstaaten sieht die Richtlinie kein eigenes Mitbestimmungsmodell vor. Sie hält ausschließlich eine Mitbestimmungssicherung vor. Unternehmen sollen nicht ein bestehendes Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer durch die Gründung einer SE abstreifen können. Das wird deutlich

¹³ Raiser, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, Gutachten B, 75.

¹⁴ Sick, Mitbestimmungsfeindlicheres Klima, Unternehmen nutzen ihre Freiheiten – Arbeitnehmer werden um ihre Mitbestimmungsrechte gebracht, Hans-Böckler-Stiftung, Report Nr. 13, September 2015, http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_13.pdf.

¹⁵ Bayer/Hoffmann, GmbHR 2015, 909, 912 ff.

¹⁶ Richtlinie 2014/95/EU.

in Erwägungsgrund 18 der Richtlinie, der von der Sicherung „erworbener Rechte“ spricht und auf den Zeitpunkt der Gründung der SE bezogen ist.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 18 SE-Richtlinie, der erneute Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung vorsieht, wenn es zu strukturellen Änderungen der SE kommt. Die Regelung ergänzt das Verhandlungsmodell über die Arbeitnehmerbeteiligung und vermeidet Umgehungen. Den Begriff der strukturellen Änderung hat die Richtlinie nicht beispielhaft konkretisiert. Das Gleiche gilt für deren Umsetzung in § 18 SE-Beteiligungsgesetz. Die Literatur sieht zum Teil nur gesellschaftsrechtliche Änderungen als strukturelle Änderungen an, die einen gründungsähnlichen Charakter haben bzw. die korporative Struktur der SE ändern.¹⁷ Die Gegenansicht lässt bereits Änderungen der Belegschaftsstruktur oder Betriebsorganisation ausreichen.¹⁸ Das gilt aber nur, wenn dies zu einer anderen Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums bei den Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung geführt hätte, hätten die Änderungen bereits im Zeitpunkt der ursprünglichen Verhandlungen über die Mitbestimmung vorgelegen. Das bloße Anwachsen der Arbeitnehmerzahl der SE reicht nach der überwiegenden Ansicht hingegen für die Annahme einer strukturellen Änderung, die die Beteiligungsrechte mindert, nicht aus.¹⁹ Hierfür spricht auch § 5 Absatz 4 SE-Beteiligungsgesetz, der eine Veränderung der Arbeitnehmerzahl im Rahmen der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nur dann berücksichtigt, wenn sie Einfluss auf die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums gehabt hätte. Eine gerichtliche Entscheidung zu diesen Fragen liegt noch nicht vor.

Zu einer anderen Einschätzung führt auch nicht die rechtsvergleichende Betrachtung des § 228 Absatz 2 Arbeitsverfassungsgesetz aus Österreich. Dabei geht es hier nicht darum, ob § 18 Absatz 3 Satz 1 SE-Beteiligungsgesetz derzeit nach Maßgabe des § 228 Absatz 2 Arbeitsverfassungsgesetz ausgelegt werden darf.²⁰ Vielmehr zielt der vorgelegte Antrag darauf, die bestehende Regelung in § 18 SE-Beteiligungsgesetz so auszugestalten wie § 228 Absatz 2 Arbeitsverfassungsgesetz. Ziel ist es, eine Anpassung der Unternehmensmitbestimmung in der SE in jenen Fällen zu ermöglichen, in denen die Zahl der Beschäftigten nach der Gründung der SE die Schwellenwerte über-

steigt, die nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen dazu führen, dass die Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen zu beteiligen sind.

Dass eine solche gesetzliche Regelung mit dem Unionsrecht in Einklang steht, lässt sich aus § 228 Absatz 2 Arbeitsverfassungsgesetz nicht schlussfolgern. Zum einen handelt es sich um eine Umsetzung der SE-Richtlinie (Richtlinie 2001/86/EG), deren Einklang mit dem Unionsrecht nicht höchstrichterlich durch den Gerichtshof der Europäischen Union geklärt ist. Zum anderen kennt Österreich keine mehrstufige Unternehmensmitbestimmung. Für die Aktiengesellschaft sieht § 110 Arbeitsverfassungsgesetz ein Recht der Arbeitnehmer auf Drittelbeteiligung vor, ohne dass die Gesellschaft eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern haben muss. Ein Hineinwachsen in die Mitbestimmung wie in Deutschland kann es in Österreich von vornherein nicht geben. Insofern wird die Fallgruppe, die dem Antrag hier gedanklich zugrunde liegt, durch § 228 Absatz 2 Arbeitsverfassungsgesetz nicht erfasst.

Abschließend sei hinzugefügt, dass das deutsche Recht nicht über die bloße Mitbestimmungssicherung nach der SE-Richtlinie hinausgehen kann. Die SE-Richtlinie ergänzt die SE-Verordnung, die der Binnenmarktharmonisierung zuzuordnen ist. Beide Rechtsakte stützen sich auf die Ermächtigung in Art. 352 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 308 EG-Vertrag), lassen aber in den Erwägungsgründen klar erkennen, dass sie der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen. Es handelt sich dabei nicht um eine vollständige Regelung des Rechts der SE. Vielmehr werden europäisches Recht und nationales Aktienrecht miteinander verzahnt. Anders als in der Sozialpolitik handelt es sich aber nicht um einen Mindeststandard. Weder die Ermächtigung in Art. 352 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sieht dies zwingend vor²¹, noch hat sich der europäische Gesetzgeber auf Mindeststandards beschränken wollen. In der SE-Verordnung und der SE-Richtlinie erlaubt er nur in klar gekennzeichneten Bereichen eine Gestaltung. Eine allgemeine Regelung dazu, dass die Mitgliedstaaten strengere Schutzmaßnahmen ergreifen dürfen – wie dies in Richtlinien zur Sozialpolitik durchaus üblich ist –, enthält die SE-Richtlinie gerade nicht.

Daher ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die SE-Richtlinie auf die Mitbestimmungssicherung

¹⁷ Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 2013, § 18 SEBG Rn. 9; Jacobs, Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 18 SEBG Rn. 12; Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699, 1702; Nikoleyczik/Führ, DStR 2010, 1743, 1748; Seibt, AG 2005, 413, 427; Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 18 SEBG Rn. 8 f.; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 277, 278.

¹⁸ Feuerborn, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 18 SEBG Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 18 SEBG Rn. 24; Nagel, ZIP 2011, 2047, 2048; Teichmann, FS Hellwig, 2010, S. 364 f.

¹⁹ Z. B. Ege/Grzimek/Schwarzfischer, DB 2011, 1205, 1209; Götze/Winzer/Arnold, ZIP 2009, 245, 251 f.; Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 2013, § 18 SEBG Rn. 10; Jacobs, Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 18 SEBG Rn. 18; Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 18 SEBG Rn. 23; Seibt, AG 2005, 413, 427; Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 18 SEBG Rn. 13; a. A. Steinberg, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 217 f.; Köstler, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 370 f.; Wißmann, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 287 Rn. 18.

²⁰ Kritisch dazu Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 18 SEBG Rn. 20 f., der eher auf § 37 SEBG Bezug nehmen möchte.

²¹ Anders Art. 153 Abs. 4 AEUV.

beschränkt. Ein weitergehender Schutz der Arbeitnehmerrechte ist auf europäischer Ebene anzustreben. Dem nationalen Gesetzgeber ist dieser Weg versperrt.

7. Allgemeine Standards zur Unternehmensmitbestimmung für europäische Gesellschaften

Das Recht der Europäischen Union hält bisher keinen Mindeststandard für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der SE vor. Die Begrenzung der SE-Richtlinie auf eine bloße Mitbestimmungssicherung hat zur Folge, dass die SE teilweise als Rechtsform zur Vermeidung einer (paritätischen) Mitbestimmung herangezogen wird.²² Das spricht rechtspolitisch dafür, entweder einen einheitlichen Mindeststandard für die Mitbestimmung anzustreben oder die Flucht vor der Mitbestimmung einzuschränken.

Ein einheitlicher Mindeststandard für die Unternehmensmitbestimmung wird auf europäischer Ebene nur schwer zu erreichen sein. Die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen geht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union weit auseinander – in Bezug auf das Ob der Mitbestimmung, den Grad der Mitwirkung, den Anteil der Arbeitnehmer und die

Schwellenwerte für die Anwendung der Mitbestimmung. Die paritätische Mitbestimmung ist mit Abstand die intensivste Form der Arbeitnehmerbeteiligung in den Unternehmensorganen und dürfte in dieser Form in Europa nicht anschlussfähig sein. Das gilt insbesondere für die monistische SE. Als realistisches Ziel mag eine Drittelbeteiligung gelten.

Das 30 Jahre währende Gesetzgebungsverfahren für die SE und das Scheitern der Gesetzgebung zur SPE, was beides maßgebend auf Konflikten wegen der Unternehmensmitbestimmung beruhte, sollte die begrenzten Erfolgsaussichten eines solchen Vorhabens bewusst machen. Allerdings ist eine Ergänzung der Mitbestimmungssicherung in der SE-Richtlinie zu erwägen, um der Flucht aus der deutschen Mitbestimmung mit Hilfe der SE Grenzen zu ziehen. Dazu bedarf es einer Ergänzung der SE-Richtlinie dahingehend, dass eine SE, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, über die Arbeitnehmerbeteiligung nachverhandeln muss, wenn die Zahl der Arbeitnehmer anwächst, so dass bei der Beibehaltung der früheren Rechtsform die Mitbestimmungsgesetze – sei es das Drittelbeteiligungsgesetz, sei es das Mitbestimmungsgesetz – Anwendung gefunden hätten.

²² Zur rechtstatsächlichen Entwicklung der mitbestimmten Unternehmen seit 1981: <https://www.boeckler.de/66942.htm>; Entwicklung der mitbestimmten Unternehmen in Abhängigkeit der Rechtsform: <https://www.boeckler.de/66944.htm>; zur aktuellen Entwicklung auch *Hoffmann*, AG 2016, R167 ff.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1048

24. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht**1. Grundsätzliches**

Die Unternehmensmitbestimmung stellt einen wesentlichen Bestandteil des Sozialmodells der Bundesrepublik Deutschland dar. Bundespräsident a.D. Gauck hat sie zuletzt als „Kernelement der Kooperationskultur“ bezeichnet. Die Bedeutung dieses Regelungsarrangements wird auch von den EU-Institutionen anerkannt. So bezeichnete die EU-Kommission in ihrer Pressemitteilung zur mündlichen Verhandlung in der Rechtssache Erzberger, die Unternehmensmitbestimmung als „ein wichtiges politisches Ziel“ der Kommission.¹ In diese Richtung gehen auch die Äußerungen von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe in seinen Schlussanträgen vom 4.5.2017 in derselben Rechtssache, in denen er die Unternehmensmitbestimmung als einen wesentlichen Bestandteil der deutschen Sozialordnung einordnet.²

Gleichwohl wurde das Recht der Unternehmensmitbestimmung seit längerer Zeit nicht mehr an die sich wandelnden Umstände angepasst. Dieser Wandel resultiert zum einen aus den Änderungen des unionsrechtlichen Rahmens durch die extensive Auslegung der EU-Grundfreiheiten durch den Europäischen Gerichtshof. Zum anderen vollzogen sich im nationalen Kontext verschiedene Entwicklungen, wie u.a. in dem Antrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die GRÜNEN aufgegriffen, die verdeutlichten, dass der rechtliche Rahmen auch auf dieser Ebene dringend nachjustiert werden muss. Anderenfalls riskiert man ein weitgehendes Leerlaufen des Mitbestimmungsrechts. In Zukunft werden Trends, wie etwa die Digitalisierung, die Unternehmensmitbestimmung vor neue Herausforderungen stellen. Auch

hier bedarf es sorgfältiger Beobachtung, um ggf. problematischen Entwicklungen entgegenzuwirken.

2. Regelungsvorschläge

Vor diesem Hintergrund sollten aus heutiger Sicht – einstweilen – folgende Anpassungen vorgenommen werden:

- a) Um den problematischen Entwicklungen bei der Auslegung der Grundfreiheiten zu begegnen, ist in Fortentwicklung des „Sozialen Fortschrittsprotokolls“ eine Bereichsausnahme für die Materien der Sozialpolitik in das europäische Primärrecht einzufügen.
- b) Die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze (MitbestG und DrittelbG) sollten abgesenkt werden.
- c) Übertragung der Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG auf das DrittelbG.
- d) Einbeziehung der Kapitalgesellschaft & Co. KG in das DrittelbG.
- e) Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf EU-ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland.
- f) Einführung einer Regelung zur Verhinderung des „Einfrierens“ der Mitbestimmung in Europäischen Aktiengesellschaften durch Auslösung des Verhandlungsverfahrens bei „strukturellen Änderungen“³.
- g) Einführung eines Mindestkatalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte (§ 111 Abs. 4 AktG).
- h) Vereinfachung des Wahlverfahrens (analog zum Montan-Mitbestimmungsgesetz).

¹ Pressemitteilung der EU-Kommission vom 24.1.2017, Statement/17/141.

² Schlussanträge von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe vom 4.5.2017 in der Rs. C-566/15 (Erzberger).

³ Ausf. Heuschmid, Arbeit und Recht, Editorial Heft 7/2016.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1050

26. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

ULA - Vereinigung der deutschen Führungskräfteverbände

1 Zusammenfassende Bewertung und Vorbemerkung

Die ULA teilt die Zielsetzung des Antrags der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und eine Mehrzahl der in ihr enthaltenen Vorschläge. Zu den Vorschlägen im Einzelnen nimmt sie umseitig Stellung.

Vormerkung: Die ULA nimmt seit ihrer Gründung im Jahr 1951 die Rolle als die politische Stimme der leitenden Angestellten wahr. Ein beherrschendes Thema ihrer politischen Arbeit ist seither die Sicherstellung der Verankerung von leitenden Angestellten in den Systemen der Mitbestimmung auf der betrieblichen Ebene und der des Unternehmens. Dies wird derzeit insbesondere durch das Sprecherausschussgesetz (für die betriebliche Ebene) sowie durch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 (für die Unternehmensebene) sichergestellt.

Die ULA bekennt sich ausdrücklich zum Erhalt der bestehenden Mitbestimmungssysteme. Insbesondere die Unternehmensmitbestimmung ist zu einem Markenzeichen der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland geworden. Sie steht für eine Betonung der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen (Stakeholder-Orientierung).

Sie leistet einen wichtigen Beitrag zu einer langfristigen und nachhaltig ausgerichteten Unternehmenspolitik. Eine besondere Stärke der Unternehmensmitbestimmung ist die Pluralität in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Sie stellt sicher, dass verschiedene Erfahrungshintergründe bei Entscheidungen über Grundsatzentscheidungen und bei langfristigen Strategieentscheidungen repräsentiert sind. Leitende Angestellte mit ihren besonders guten Kenntnissen von Strukturen und Abläufen im Unternehmen und durch ihre Schnittstellenfunktion zwischen Unternehmensleitung und nichtleitenden Arbeitnehmern

leisten zu dieser Vielfalt einen wertvollen und eigenständigen Beitrag.

Während anfängliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Mitbestimmung schon seit geraumer Zeit ausgeräumt sind, gibt es – aus Sicht der ULA bedauerlicherweise – anhaltende Diskussionen über deren Vermeidbarkeit. Hinzu kommen europarechtliche Herausforderungen. Mit Blick auf das noch nicht abgeschlossene Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof geht die ULA von einer Europarechtskonformität der deutschen Mitbestimmung aus. Sie sieht die Freizügigkeit von Arbeitnehmern als nicht berührt an und sieht auch den Ausschluss von Mitarbeitern deutscher mitbestimmter Unternehmen im europäischen Ausland mit Blick auf das Territorialitätsprinzip als unvermeidlich und insoweit als nicht diskriminierend an.

Europäische Rechtsformen, insbesondere die Europäische Gesellschaft (SE), bieten die Möglichkeit, die Modalitäten der Arbeitnehmerbeteiligung an der Unternehmensaufsicht in einem Verhandlungsprozess neu zu tarieren. Bei Gründungen oder Umwandlungen unter mehrheitlich deutscher Beteiligung wirken bestandsschützende Regelungen einer starken Abschwächung der Mitbestimmung entgegen. Der Sitz des leitenden Angestellten ist von diesen Regelungen bedauerlicherweise aber nicht erfasst.

Hinzu kommen andere gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, die in letzter Zeit vermehrt genutzt werden, um das aktuelle Mitbestimmungsniveau zu reduzieren oder Mitbestimmung ganz zu vermeiden. Diese Tendenzen geben aus Sicht der ULA Anlass zur Sorge.

Mehrere der Vorschläge im Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen liefern dafür die richtigen Antworten oder die Basis für mögliche Lösungen.

2 Zu den Inhalten des Antrags im Einzelnen

2.1 Absenkung des Schwellenwerts des Mitbestimmungsgesetzes 1976 von 2.000 auf 1.000 Arbeitnehmer

Eine Absenkung des Schwellenwerts für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes ist aus Sicht der ULA nur im Rahmen eines breiten politischen Konsenses denkbar.

Die vorhandenen Abstufungen (Drittelbeteiligungsgesetz für kleinere Kapitalgesellschaften und Mitbestimmungsgesetz mit paritätischer Mitbestimmung erst ab 2.000 Mitarbeitern) tragen bis heute verbleibenden Vorbehalten gegen ein „Zuviel“ an Mitbestimmung insbesondere in mittelständisch geprägten Unternehmen Rechnung.

Ein politischer Vorstoß für eine (prinzipiell wünschenswerte) Stärkung der Unternehmensmitbestimmung wäre kontraproduktiv, wenn sie eine (derzeit nicht geführte) Grundsatzdebatte über das Für und Wider der Mitbestimmung auslösen würde und den stellenweise bereits vorhandenen Tendenzen zur Mitbestimmungsvermeidung zusätzlichen Schwung verleihen würde. Diese zu dämpfen ja das eigentlich Ziel des Antrags.

2.2 Zu den Vorschlägen unter Ziffer II

1. *Stiftungen mit Geschäftsbetrieb werden in den Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung einbezogen, wenn sie eine entsprechende Beschäftigtenzahl aufweisen.*

2. *Die Regelung zur Konzernzurechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 wird auch im Drittelbeteiligungsgesetz verankert.*

Die ULA stimmt diesen Vorschlägen grundsätzlich zu, behält sich aber eine abschließende Beurteilung zu einem ausformulierten Gesetzesvorschlag vor.

3. *Unternehmen mit ausländischen Rechtsformen oder Kombinationen zwischen nationalen und ausländischen Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland werden in die Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz und in das Mitbestimmungsgesetz von 1976 einbezogen.*

4. *Kombinationen aus Kapitalgesellschaften und Kommanditgesellschaften (Kapitalgesellschaft und Co. KG) werden lückenlos ebenfalls in die Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungs- und Mitbestimmungsgesetz von 1976 einbezogen, wenn der Komplementär keine natürliche Person, sondern eine Kapitalgesellschaft ist. Dazu sind die Beschäftigten der Kommanditgesellschaft der Kapitalgesellschaft zuzurechnen.*

Sogenannte „Scheinauslandsgesellschaften“ oder Kombinationen aus Kapitalgesellschaften und Kommanditgesellschaften können aus Sicht der ULA grundsätzlich ein Indiz für eine Mitbestimmungsvermeidungsstrategie sein. Allerdings kann es auch andere, legitime oder sachlich nachvollziehbare Gründe für eine solche Rechtsform geben. Daher behält sich die ULA auch hier eine abschließende Beurteilung zu ausformulierten Gesetzesvorschlägen vor.

5. *Es werden Sanktionen für den Fall eingeführt, dass das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz von 1976 von Unternehmen nicht angewandt wird.*

Aus Sicht der ULA stellen die bestehenden Vorschriften sicher, dass Mitbestimmungsstrukturen überall dort entstehen können, wo sie dem Gesetz nach existieren sollen. Beteiligungsrechte von Gewerkschaften, Unternehmensangehörigen und leitenden Angestellten erscheinen daher grundsätzlich als rechtlich durchsetzbar. Sanktionen wären insoweit nur geboten, wo die Nichtexistenz von Mitbestimmungsstrukturen auf eine aktive (rechtswidrige) Behinderung zurück zu führen ist.

6. *Im SE-Beteiligungsgesetz wird klargestellt, dass die Zahl der Mitglieder im SE-Aufsichtsrat*

sowie die Gewichtung zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite angepasst werden müssen, wenn die vorgegebenen Schwellenwerte in den jeweiligen deutschen Mitbestimmungsgesetzen überschritten werden.

Die ULA stimmt diesem Vorschlag zu. Sie teilt die Einschätzung, dass die derzeitige Möglichkeit zum „Einfrieren“ der Beteiligungsrechte in drittelparitätisch mitbestimmten Unternehmen mit knapp weniger als 2.000 Arbeitnehmern durch eine „präventive“ Umwandlung in eine SE ein Anreiz zur Mitbestimmungsvermeidung darstellen kann.

7. *Die Bundesregierung setzt sich dafür ein, dass die Europäische Kommission eine Richtlinie zu allgemeinen Standards zur Unternehmensmitbestimmung für europäische Gesellschaften vorlegt.*

Wie auch in anderen Rechtsgebieten sieht die ULA Mindeststandards als ein mit dem Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich vereinbares Instrument europäischer Rechtsetzung an. Solche Mindeststandards, die Raum für eine Rücksichtnahme auf einzelstaatliche Besonderheiten lassen, sind auch für die Unternehmensmitbestimmung vorstellbar. Die Erfahrungen mit bereits vorhandenen mitbestimmungsrechtlichen Mindeststandards wie dem „allgemeinen Rahmen für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“ sind aus Sicht der ULA jedenfalls grundsätzlich positiv.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)1057

26. Mai 2017

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 29. Mai 2017 zum

Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Kerstin Andreae, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen - BT-Drucksache 18/10253

Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf

I. Grundlegende Einschätzung

Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat wird heute auch angesichts ihres Beitrags zur sozialpartnerschaftlichen Bewältigung der Finanzkrise 2007/2008 vielfach als zentraler Bestandteil der sozialen Marktwirtschaft (Bundeskanzlerin Angela Merkel 2010) gesehen und als „Kernelement der Kooperationskultur“ (Bundespräsident Joachim Gauck 2016) gelobt. Nach der aktuellen Stellungnahme der Bundesregierung „hat sich die Mitbestimmung auf Unternehmensebene bewährt“ (Bundesregierung v. 6.5.2016, Antwort auf kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/8354). Das deckt sich mit jüngsten Erkenntnissen des Mitbestimmungsindex MB-ix der Hans-Böckler-Stiftung¹: Alles in allem zeigt die Mehrjahresbetrachtung eine Stabilität in der Verankerung der Mitbestimmung in den untersuchten Unternehmen. Die Unternehmen, die die Mitbestimmung haben, schätzen ihren positiven Beitrag und erhalten ihren Wert.

Trotz dieses Befundes der Akzeptanz und Anerkennung in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft zeigen Praktiken der Vermeidung und Umgehung, dass die Mitbestimmung Gefahren und Herausforderungen für ihren Bestand ausgesetzt ist. Die Hans-Böckler-Stiftung hat umfangreiche Studien zur Empirie der Anwendung der Mitbestimmungsgesetze vorgelegt.² Auch Prof. Walter Bayer, Jena, hat wichtige empirische Befunde beigetragen.³ Diese greift der Antrag der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen auf.

Seit der Jahrtausendwende haben sich die Rahmenbedingungen für die Mitbestimmung grundlegend geändert: Europa hat neue Gestaltungsoptionen für Unternehmen geschaffen, die den Markt einer Mitbestimmungs-Vermeidungsberatung eröffnen. Die Europäisierung mit ihrer Zielvorgabe eines gemeinsamen Binnenmarktes führt dazu, dass die AG und die GmbH mit originär europäischen Kapitalgesellschaftsmodellen (SE, SCE, EWIV) und aufgrund der Möglichkeit zur Sitzverlegung mit ausländischen Rechtsformen (Ltd., B.V. etc.) konkurrieren. Mit der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und den europäischen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Unternehmen stehen neue Instrumentarien zur Verfügung, weil die Mitbestimmungsgesetze hier selbst bei einem Anwachsen der Beschäftigten über die gesetzlichen Schwellenwerte hinaus nicht mehr greifen. Außerdem hat die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (Centros, Überseering, Inspire Art) zugleich den freien Zugang von Unternehmen in ausländischer Rechtsform ermöglicht.

Mitbestimmungsvermeidung ist zwar kein neues Phänomen. Die Möglichkeiten dazu sind aber durch das europäische Recht vergrößert worden. Zudem bestehen national seit jeher Inkonsistenzen in der historisch gewachsenen Mitbestimmungsgesetzgebung, die es zu beheben gilt – so beispielsweise bei der Konzernzurechnung. Denn sie führen zu unbegründeten Ungleichbehandlungen von Arbeitnehmern und Lücken in der Anwendung der Gesetze. Der Befund lautet demnach: Es droht zwar keine

¹ <https://www.mitbestimmung.de/html/mbix-120.html>

² Sick, Sebastian, Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu, Hans-Böckler-Stiftung 2015, MBF Report Nr. 8. Sick Sebastian, Mitbestimmungsfeindlicheres Klima - Unternehmen nutzen ihre Freiheiten - Arbeitnehmer werden um ihre Mitbestimmungsrechte gebracht, Hans-Böckler-Stiftung 2016, MBF Report Nr. 13.

³ Bayer, NJW 2016, 1930; Hoffmann, AG Report 2016, R167.

groß angelegte Flucht aus der Mitbestimmung – die Mitbestimmung erfreut sich großer Akzeptanz in den Unternehmen, die bereits mit ihr arbeiten. Jedoch droht eine schleichende Erosion der Mitbestimmung. Im Jahre 2002 zählte die Hans-Böckler-Stiftung 767 paritätisch mitbestimmte Unternehmen. Ende 2015 waren es nur noch 615. Weniger Unternehmen gelangen erstmals in den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze, indem sie vor Erreichen eines Schwellenwerts entsprechende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen vornehmen.

Angesichts der veränderten Rahmenbedingungen und des verzeichneten Befunds gilt es erstens das Mitbestimmungssystem national zu schützen und zweitens in Europa für generelle Mindeststandards einzutreten.

Der Antrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen enthält vor diesem Hintergrund die richtige Problembeschreibung und fordert auch die richtigen gesetzgeberischen Maßnahmen ein. Er verdient daher in Gänze Unterstützung.

II. Anmerkungen im Detail

Sämtliche Forderungen im Antrag von Bündnis 90/Die Grünen sind berechtigt und verdienen Unterstützung. An dieser Stelle soll nur auf einige ausgewählte Aspekte eingegangen werden.

1. Kapitalgesellschaft & Co. KG

Grundsätzlich sollten alle Arbeitnehmer dasselbe Recht auf Mitbestimmung haben. Ziel sollte es sein, sämtliche kapitalistisch strukturierte Unternehmen von der Mitbestimmung zu erfassen. Rechtsformspezifische Unterschiede in der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze lassen sich nicht überzeugend begründen, soweit in einer Personengesellschaft keine natürliche Person uneingeschränkt haftet. Diese Überlegung trägt sowohl bei der Kapitalgesellschaft und Co. KG als auch bei der kapitalisierten Stiftung. Die Mitbestimmung in einer Kapitalgesellschaft & Co. KG ist zwar in § 4 Abs. 1 MitbestG erfasst, weil sie in besonderer Weise kapitalistisch strukturiert ist und sich in ihrer Substanz letztendlich nicht von einer Kapitalgesellschaft unterscheidet. Jedoch ist ihr Anwendungsbereich aufgrund der vorgeschriebenen und leicht vermeidbaren Gesellschafterkongruenz und aufgrund Vermeidungsgestaltungen durch Auslandsgesellschaften & Co. KG so lückenhaft, dass mehr Vermeidungsfälle als Anwendungsfälle der Mitbestimmung existieren. Lediglich ca. 20 Anwendungsfälle stehen ca. 60 Auslandskapitalgesellschaften & Co. KG im Bereich der paritätischen Mitbestimmung gegenüber. Um dies zu ändern müsste § 4 MitbestG neu und lückenlos formuliert werden. Zugleich müsste eine entsprechende Regelung in das Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen werden. Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ist bislang nicht vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst, was einen Systembruch darstellt.

2. Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung

Die sogenannte Drittelbeteiligungslücke bei der Konzernzurechnung der Arbeitnehmer sollte geschlossen werden. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie nach § 5 Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden. Die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz, wonach stets ein Beherrschungsvertrag erforderlich ist, führt aktuell dazu, dass sogar Unternehmen selbst dann keinen mitbestimmten Aufsichtsrat haben, wenn sie knapp unter 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Kritische Desintegrations- und Ausgliederungsstrategien werden durch die jetzige Regelung gefördert. Diese Lücke im Mitbestimmungssystem setzt sich fort, wenn solche Unternehmen durch SE-Gründung oder grenzüberschreitende Verschmelzung ihre Mitbestimmungsfreiheit für immer einfrieren und nachträglich auf über 2000 Beschäftigte wachsen. Prof. Bayer geht von ca. 600 betroffenen Unternehmen aus, die aufgrund fehlender Konzernzurechnung keine Drittelbeteiligung haben (Bayer, NJW 2ß16, 1933).

3. Ausländische Rechtsformen

Eine Einbeziehung der Auslandskapitalgesellschaften in die Mitbestimmungsgesetze ist sinnvoll. Der Einsatz von Scheinauslandsgesellschaften führt aktuell zu fast 100 Unternehmen, die nicht vom Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteiligungsgesetz erfasst sind. Nach herrschender Meinung ist eine solche Erstreckung der Mitbestimmung auch europarechtlich zulässig und praktisch machbar. Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ist gerechtfertigt, weil die Mitbestimmung wesentlicher Bestandteil des deutschen Arbeitsmarktes und der deutschen Sozialordnung ist (so zuletzt Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH, Rechtssache C-566/15 *Erzberger./TUI*). Die ausländischen Rechtsformen (orientiert an Anhang II der SE-Verordnung) wären in den Anwendungskatalog der Rechtsformen der Mitbestimmungsgesetze aufzunehmen.⁴

4. SE-Beteiligungsgesetz

Die SE bietet aktuell die Möglichkeit des „Einfrierens“ eines mitbestimmungsfreien oder drittelbeteiligten Aufsichtsrats. Gerade im Zusammenhang mit der lückenhaften Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung führt dies zu Verwerfungen in der Mitbestimmungslandschaft. Ca. 50 Unternehmen sind aufgrund dessen nicht paritätisch mitbestimmt. Möglich ist das, weil für die SE das Mitbestimmungsniveau zum Zeitpunkt der Eintragung dauerhaft fortgilt und die nationalen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung mehr finden (Vorher-Nachher-Prinzip). Wie die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen es fordert, wären Neuverhandlungen unter Berücksichtigung einer sich an den dann aktuellen Arbeitnehmerzahlen orientierenden Auffanglösung zu führen, wenn die

⁴ Dazu bereits Sick, Unternehmenstmitbestimmung für ausländische Gesellschaften – Inkonsistenzen beheben! – Stellungnahme zu den Anträgen der BT-Fraktion der SPD und der BT-Fraktion Die Linke zur Unternehmensmitbestimmung, GmbHR 2011, 1196.

Schwellenwerte überschritten werden. Dass dies europarechtlich möglich ist, zeigen Regelungen in Österreich, Belgien und Polen, die zu Neuverhandlungen führende strukturelle Änderungen auch in einem Zuwachs von Beschäftigten sehen.⁵ Ziel der SE-Richtlinie ist die Sicherung erworbener Rechte auf Beteiligung der Arbeitnehmer. Dies gebietet ein extensives Verständnis von strukturellen Änderungen, das über bloße Änderungen von gesellschaftsrechtlichen Strukturen hinaus geht.

III. Fazit

Wenn man den Wert der Mitbestimmung auch in Zukunft für eine sozialpartnerschaftliche Interessenwahrnehmung bewahren möchte, muss man sie

schützen und ihre konsistente Anwendung gewährleisten. Dazu ist es notwendig, sowohl herkömmliche als auch zum Teil durch europäisches Recht neu geschaffene Lücken zu schließen. Sonst wird eine schleichende Erosion der Mitbestimmung unaufhaltbar.

Hierzu enthält der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen überzeugende Lösungsansätze.

Eine europäische Rahmenrichtlinie zu Mindeststandards der Mitbestimmung ist zusätzlich ein wichtiges Ziel, um die Entstehung neuer Lücken in europäischen Rechtsakten zu vermeiden.

⁵ Österreich: Art. 228 Abs. 2 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG). Beispielsweise sind des Weiteren auch Sitzverlegungen erfasst, die die eigentliche Gesellschaftsstruktur unberührt lassen.