



Schriftliche Stellungnahme

Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 7. November 2022 um 15:15 Uhr
zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
**Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel
und grenzüberschreitender Spaltung**
20/3817
- b) Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen
20/4056

Siehe Anlage

STELLUNGNAHME

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei
grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE LINKE

„Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen 20/4056“

A. Gesetzentwurf über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) Gesamtbewertung

I. Allgemeine Einschätzung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) setzt die Regelungen zur Mitbestimmung in Unternehmen bei einem Zuzug von Gesellschaften durch Umwandlung und Spaltung um. Darüber hinaus sind Änderungen im Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vorgesehen. Der Gesetzentwurf des MgFSG orientiert sich den europäischen Vorgaben entsprechend der Umwandlungsrichtlinie (UmwRL (EU) 2019/2121) an der Regelung zur Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Wege der Umwandlung und sieht insofern unter bestimmten Voraussetzungen ein Verhandlungsverfahren zwischen einem besonderen Verhandlungsgremium und dem Unternehmen vor.

Der Schutz der Unternehmensmitbestimmung wird auf zwei Gesetzesentwürfe aufgeteilt.

- Erstens wird das Verhandlungsverfahren zur Mitbestimmung insbesondere bei einem **Zuzug von Gesellschaften im MgFSG** geregelt. Geregelt wird insbesondere der Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel und bei einer grenzüberschreitenden Spaltung von Kapitalgesellschaften nach Deutschland herein („Herein-Umwandlung“). Hinzu kommen einige im Zuge der EU-Richtlinienumsetzung notwendige Änderungen am Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 1 von 14

- Für den Fall des Wegzugs durch einen Vorgang aus Deutschland heraus („**Heraus-Umwandlung**“) sieht das **UmRUG** einen Missbrauchsschutz vor, der von den Registergerichten zu gewährleisten ist, die für die Erteilung einer sog. Vorabbescheinigung („Wegzugsbescheinigung“) zuständig sind.

Der vom **MgFSG** vorgesehene Schutz der Mitbestimmung ist grundsätzlich zu begrüßen, weil er im Vergleich zur SE, Fortschritte bei der Sicherung der Mitbestimmung enthält und verschiedene aus der Gründung von SE bekannte Defizite abstellt. Insofern verdient das MgFSG Unterstützung. Das MgFSG orientiert sich an den Vorgaben der europäischen Umwandlungsrichtlinie und setzt diese sinnvoll um. Eine Abschwächung des im MgFSG geregelten Mitbestimmungsschutz wäre keinesfalls sachgerecht angesichts der Gefahren für die Mitbestimmung.

Zugleich zeigt sich, dass das **MgFSG nicht Endpunkt gesetzgeberischer Tätigkeit zum Schutz der Mitbestimmung sein kann** und die Aussagen des Koalitionsvertrags der Bundesregierung zum Schutz der Mitbestimmung damit keineswegs umgesetzt sind. Dazu wären weitergehende Änderungen am SEBG und MgVG und letztendlich auch am MgFSG erforderlich. Es müssen insofern weitere Maßnahmen zum Schutz der Mitbestimmung folgen, wenn der Erosion der Mitbestimmung Einhalt geboten werden soll und die Aussagen des Koalitionsvertrags umgesetzt werden sollen. Insbesondere der Gefahr der Erosion der Mitbestimmung durch ein „Einfrieren“ von Unternehmen ohne Mitbestimmung bzw. im Stadium geringer Mitbestimmung kann der Gesetzentwurf noch nicht wirksam begegnen. Auch die aus der UmwRL stammende Verhandlungspflicht bereits ab 4/5 eines nationalen Schwellenwerts verbessert den Schutz der Mitbestimmung nicht wesentlich, weil in diesem Fall keine gesetzliche Auffanglösung mit Mitbestimmung existiert. Zugleich ist anzuerkennen, dass § 36 MgFSG (Missbrauchsverbot) erstmals einen – wenngleich noch unzureichenden – Anklang an ein dynamisches Element enthält, das nachträglichen Belegschaftszuwachs berücksichtigt, um präventiver Mitbestimmungsflucht zu begegnen. Um hier flächendeckend wirksam angesichts verbreiteter Mitbestimmungsvermeidungspraktiken Abhilfe zu schaffen, sind weitere gesetzgeberische Tätigkeiten auf nationaler und europäischer Ebene erforderlich.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 2 von 14

Außerdem vermag das MgFSG nicht vor einer Mitbestimmungsumgehung bei der Herausumwandlung (Wegzug) einer vormals deutschen Gesellschaft ins EU-Ausland zu schützen. Hier sind die Umsetzungsgesetze der anderen EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Den deutschen Registergerichten verbleibt lediglich ein **Missbrauchsschutz bei den Wegzugsfällen** bezogen auf Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer. Dieser ist im Regierungsentwurf des UmRUG niedergelegt. Er bietet jedoch keinen ausreichenden Schutz für die Mitbestimmung, obwohl europarechtlich deutlich mehr möglich wäre. Den Registergerichten werden keine Kriterien an die Hand gegeben, mittels derer Sie missbräuchliche Mitbestimmungsumgehung bewerten können. Es ist aus den beiden genannten Gründen zu befürchten, dass nach Umsetzung von MgFSG und UmRUG die Erosion der Mitbestimmung durch Umgehungskonstellationen verstärkt fortschreitet und aufgrund der hiermit neu geschaffenen Optionen grenzüberschreitender Vorgänge für Unternehmen zusätzliche Anwendungsfälle findet.

Im Zuge der EuGH-Rechtsprechung (insbes. Polbud) zu grenzüberschreitenden Umwandlungen war eine EU-Umwandlungsrichtlinie zum Schutz der Stakeholder und Arbeitnehmer und für die nötige Rechtssicherheit erforderlich. Gleichzeitig werden durch die zusätzlichen Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Formwechsels bzw. der grenzüberschreitenden Spaltung die Anzahl der Instrumente zur Mitbestimmungsvermeidung noch einmal vergrößert. Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist es richtig, dass das MgFSG seinen Anwendungsbereich im Einklang mit dem Geltungsbereich der Umwandlungsrichtlinie gem. § 2 Abs. 2 im Unterschied zum UmRUG auf den grenzüberschreitenden Formwechsel (§ 333 Abs. 1 UmwG) und auf die Spaltung zur Neugründung (§ 320 Absatz 1 Nr. 1 UmwG) begrenzt, nicht jedoch über die Richtlinie hinaus zusätzlich die Spaltung zur Aufnahme (§ 320 Absatz 1 Nr. 2 UmwG) erfasst.

II. Empirische Ausgangslage

Diese Gesamtbewertung fußt auf dem Befund, dass das deutsche System der industriellen Beziehungen auf belastbaren Mitbestimmungsrechten der Beschäftigten aufbaut, die sich insbesondere in den vergangenen Krisen bewährt haben. Jedoch laufen die nationalen Mitbestimmungsgesetze immer häufiger ins Leere. Oft, weil sie

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 3 von 14

über Konstrukte europäischen Rechts ausgehebelt werden. **Die Erosion ist dramatisch und die SE ist mittlerweile ein zentrales Vehikel, um Mitbestimmung zu unterlaufen.** Mindestens 1,4 Millionen Beschäftigte in deutschen Unternehmen können das Recht auf paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht ausüben, weil Unternehmen Rechtslücken für eine legale Umgehung ausnutzen. Hinzu kommen zahlreiche Unternehmen, die rechtswidrig die Mitbestimmung ignorieren. Drei Viertel der Unternehmen mit legaler Mitbestimmungsvermeidung nutzen Lücken mit europarechtlichem Bezug, allein bei mindestens gut 300.000 Beschäftigten werden Mitbestimmungsrechte durch die Umwandlung in eine SE umgangen. Wichtig ist, dass weitere Tendenzen gestoppt werden, Mitbestimmung durch europäisches Recht auszuhebeln.

Die Hans-Böckler-Stiftung hat umfangreiche Studien zur Empirie der Anwendung der Mitbestimmungsgesetze vorgelegt. Auch andere Wissenschaftler, wie Prof. Walter Bayer, Universität Jena, haben wiederholt empirische Befunde beigetragen. Seit der Jahrtausendwende haben sich die Rahmenbedingungen für die Mitbestimmung geändert. Europa hat neue Gestaltungsoptionen für Unternehmen geschaffen und so einen Markt für die Beratung zur Mitbestimmungsvermeidung eröffnet. Die AG und GmbH stehen so in Konkurrenz zu originär europäischen Kapitalgesellschaften, wie insbesondere der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), sowie infolge der Möglichkeit der Sitzverlegung, zu ausländischen Rechtsformen, wie z.B. der B.V. oder ApS, oder der Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. In allen diesen Konstellationen finden die deutschen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung, auch wenn die Zahl der inländischen Beschäftigten die Schwellenwerte von 501 oder 2001 erreicht. Gravierend ist vor allem der Befund zur SE: Nur jede fünfte SE mit entsprechender Arbeitnehmer*innenzahl verfügt über einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat (Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 2020, S. 13 ff., Gieseke, Misterek, Sick (2021), Mitbestimmungsvermeidung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) <https://www.mitbestimmung.de/html/4-von-5-grossen-se-vermeiden-19608.html>; Empirie zur SE auch bei Grüneberg, Hay, Jerchel, Sick, AuR 7-8/2020, S. 298). Auffällig ist überdies, dass zu den Unternehmen, die sich mit einer dieser Optionen der paritätischen Mitbestimmung entziehen, zunehmend prominente DAX-Unternehmen, wie die Vonovia SE oder die Zalando SE gehören.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 4 von 14

III. Anmerkungen zum MgFSG und MgVG im Detail

Weil das MgFSG im Grundsatz zu unterstützen ist, werden nachfolgend nur einzelne diskussionswürdige Aspekte angesprochen.

Das MgFSG verweist auf die Vorschriften zur Gründung der SE durch Umwandlung, weicht aber zugleich teilweise davon ab (z.B. 4/5-Regelung, Missbrauchsschutz). Deshalb ist es konsequent die Vorschriften in einem neuen eigenen Gesetz, dem MgFSG zu verwirklichen. Die EU-Umwandlungsrichtlinie belässt dem nationalen Gesetzgeber den Spielraum, über das SEBG hinausgehende Lösungsansätze zu entwickeln.

§ 6 Abs. 2: Information der Gewerkschaften

Im Bereich der SE ist es in der Praxis ein großes Problem, wenn die Gewerkschaften nicht rechtzeitig vor Beginn des Verfahrens informiert werden und daher ihre Beteiligungsrechte im besonderen Verhandlungsgremium zur Stärkung der Arbeitnehmerseite im Verhandlungsverfahren nicht wahren können. Bei SE-Gründungen hat sich gezeigt, dass für eine kompetente, starke Verhandlungsführung gerade die Unterstützung durch Gewerkschaftsvertreter aufgrund des Sachverstands und der gewerkschaftlichen Erfahrung in diesem Bereich ausschlaggebend sind. Insofern ist für die Praxis positiv hervorzuheben, dass anders als im SEBG in § 6 Abs. 2 MgFSG die Information der in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften über das grenzüberschreitende Vorhaben ausdrücklich vorgeschrieben ist.

§ 19 MgFSG: Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen

§ 19 MgFSG setzt die Vorgaben aus Artikel 86 I und 160 I, jeweils Absatz 4 lit. a. überzeugend um. Diese Vorschrift enthält eine wesentliche Neuerung gegenüber der SE-Gesetzgebung. Dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer kommt das Recht zu Verhandlungen abubrechen oder gar nicht erst aufzunehmen. Konsequenz ist die Anwendung des nationalen Rechts, so dass hierzulande die Mitbestimmungsgesetze zur Anwendung kämen, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind. Dies kommt in Betracht, wenn die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze für die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der hervorgehenden Gesellschaft günstiger ist als eine Mitbestimmungsregelung

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 5 von 14

nach dem MgFSG. Das ist ein deutlicher Fortschritt gegenüber dem bei der SE gültigen Verhandlungsverfahren nach SEBG, ermöglicht er doch die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze. Gleichwohl dürfte diese Regelung gerade dann kein Selbstläufer sein, wenn bereits im Ausland Beteiligungsrechte bestanden, selbst wenn diese schwächer sind als diejenigen nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen. Denn ausländische Belegschaftsvertreter hätten nach nationalem Recht keine eigenen Mitwirkungsrechte im Aufsichtsrat und wären vor diesem Hintergrund vom Verhandlungsabbruch zu überzeugen. Bei Anwendung des nationalen Rechts besteht nur ein Anspruch für in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vertreten zu sein (EuGH 18.7.2017 – C-566/15; Sick, Rückenwind für die Mitbestimmung durch den EuGH, 2018, 2/121).

§ 21 MgFSG

Eine wichtige, positive Neuerung ist die durch die Umwandlungsrichtlinie vorgegebene unverzügliche Information der Leitungen über das Verhandlungsergebnis – und dies insbesondere auch an die Gewerkschaften. Nur so ist zu gewährleisten, dass die jeweils Betroffenen ihre Rechte aus dem Verhandlungsergebnis wahrnehmen können oder ggfs. fristgemäß ihre Rechte gerichtlich geltend machen können.

§ 24 Abs. 2 und § 26 Abs. 1 Bestandsschutz der Mitbestimmung – alle Komponenten

§ 24 Abs. 2 und § 26 Abs. 1 MgFSG regeln dem Vorbild des SEBG entsprechend richtigerweise den Bestandsschutz für alle Komponenten der Unternehmensmitbestimmung sowohl in der Vereinbarung als auch in der gesetzlichen Auffanglösung. Der EuGH hat mit Urteil vom 18.10.2022 (C-677/20 SAP)¹ klargestellt, dass dies sich auf alle prägenden Elemente der Mitbestimmung bezieht, wie sie sich aus dem nationalen Recht ergeben. Ausdrücklich gilt dies für das getrennte Wahlverfahren für Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat. Darüber hinaus ist nach dem Mitbestimmungsgesetz aber beispielsweise an den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzen-

¹ Pressemitteilung der Hans-Böckler-Stiftung zu EuGH C-677/20: <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-eugh-urteil-schutzt-mitbestimmung-bei-sap-44148.htm>.
Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 6 von 14

den von Arbeitnehmerseite, an das besondere Bestellungsverfahren von Vorständen und Geschäftsführern, an die Notwendigkeit eines Arbeitsdirektors und an die Aufsichtsratsgröße zu denken.

Das aus Sicht des Mitbestimmungsschutzes außerordentlich positive EuGH-Urteil schränkt die Optionen zur Schwächung der Mitbestimmung mittels SE-Gründung durch Umwandlung ein. Gleiches gilt entsprechend der Verweisungen in der UmwRL für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen. Insofern gilt dieses wichtige Urteil zum Schutz der Mitbestimmung auch für diese Fälle. Dies könnte die Attraktivität der grenzüberschreitenden Maßnahmen, die das Ziel verfolgen, die Mitbestimmung zu schwächen, zumindest einschränken. Zugleich muss dies Ansporn für den Gesetzgeber sein, das Einfrieren der Mitbestimmung zeitnah zu stoppen. Denn es steht zu befürchten, dass Unternehmen, die eine starke Mitbestimmung verhindern wollen, um so früher in die SE wechseln, um den Einfriereneffekt zu nutzen, bevor der Gesetzgeber dies unterbindet. Der EuGH hat verdeutlicht, dass ein einheitliches europäisches Modell nicht existiert und demgegenüber insbesondere den Spielraum des nationalen Gesetzgebers beim Schutz der Mitbestimmung betont.

§ 27 Abs. 2: Sitze im Aufsichtsrat

Soweit Mitgliedstaaten keine eigenen Regelungen über die Besetzung der ihnen zugewiesenen Sitze im Aufsichtsrat treffen, soll gem. § 27 Abs. 2 MgFSG das besondere Verhandlungsgremium die jeweiligen Arbeitnehmervertreter bestimmen. Unklar ist – zumal die Vereinbarung über viele Jahre gelten kann – wie die Besetzung dieser Arbeitnehmervertreter erfolgen soll, wenn das Verhandlungsgremium nach Abschluss der Verhandlungen nicht mehr aktiv ist und Mitglieder nicht mehr im Unternehmen beschäftigt sind.

§ 36 MgFSG

Wichtig und unterstützenswert ist, dass die UmwRL sowie der Gesetzentwurf deutlich das Anliegen des Missbrauchsschutzes zum Ausdruck bringen. § 1 Abs. MgFSG stellt klar, dass das grenzüberschreitende Vorhaben nicht dazu missbraucht werden darf, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 7 von 14

ten. Das Missbrauchsverbot in § 36 MgFSG konkretisiert dies. Im Falle von Missbrauch soll anstelle von Strafvorschriften das Verhandlungsverfahren und die gesetzliche Auffangregelung greifen. Insbesondere soll Missbrauch vorliegen, „wenn innerhalb von vier Jahren ab Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens strukturelle Änderungen erfolgen, die bewirken, dass ein Schwellenwert der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat überschritten wird“. Dies ist ein erster Schritt des Gesetzgebers, die Problematik des Einfrierens eines mitbestimmungsfreien Zustands oder eines niedrigen Mitbestimmungsniveaus anzugehen.

Eine Erweiterung und Konkretisierung des Missbrauchsschutz gegenüber dem zahnlosen § 43 SEBG ist dringend geboten. Kennzeichnend für die neue Regelung in § 36 MgFSG ist, dass schon eine bloße Schwellenwertüberschreitung der Mitbestimmungsgesetze (500, 1000, 2000 Arbeitnehmer) innerhalb von vier Jahren nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben einen Missbrauch darstellt, sofern sie Folge einer strukturellen Änderung ist (siehe genauer unten). Ein Verlust an bereits bestehender Mitbestimmung ist nicht erforderlich. Allein in der Verlängerung der Frist von einem auf vier Jahre und darin, dass die Vorschrift anders als § 43 SEBG nicht lediglich eine Vermutungsregel ausgestaltet ist, ist eine Stärkung des Missbrauchsschutz zu sehen. **Diese Stärkung des Missbrauchsschutz ist besonders positiv hervorzuheben. Außerdem findet erstmals durch den Bezug auf die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze ein dynamisches Element Eingang** in das europäische Modell der Verhandlungslösung. Dies ist ein erster zaghafter Schritt, der in weiteren europäischen und nationalen Gesetzesverfahren im Hinblick auf das Ziel des Koalitionsvertrags, die Erosion der Mitbestimmung einzudämmen, ausgebaut werden sollte. Über das im genannten Fall greifende Verhandlungsverfahren kann das Verhandlungsgremium direkt die Anwendbarkeit des nationalen Rechts wählen und so das dem Schwellenwert entsprechende höhere Niveau der Mitbestimmung erreichen. **Kritikwürdig ist** jedoch, dass nicht lediglich auf die Schwellenwerte Bezug genommen wird, sondern deren Überschreiten zusätzlich durch eine strukturelle Änderung „bewirkt“ sein muss. Freilich wird nicht – auch nicht europarechtlich – determiniert, was eine strukturelle Änderung darstellt. Ziel der SE-Richtlinie und der UmwRL ist die Sicherung erworbener Rechte auf Beteiligung der Arbeitnehmenden. Dies gebietet ein extensives Verständnis von strukturellen Änderungen, das über bloße Änderungen von gesellschaftsrechtlichen Strukturen hinaus

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 8 von 14

geht.

Insofern wäre entgegen vielfach vertretener Ansicht anzunehmen, dass ein maßgeblicher Arbeitnehmerzuwachs, der sich auf betriebliche Strukturen auswirkt, eine solche strukturelle Änderung darstellt (siehe auch entsprechende Regelungen in SE-Umsetzungsgesetzen in Österreich, Polen, Frankreich, Belgien). Unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe (11, 31, 32, 34, 35, 36, 50) der UmwRL mit dem Ziel umfassenden Schutzes der Mitbestimmung erscheint jedenfalls innerhalb des Schutzzeitraums von vier Jahren eine bloße Anknüpfung an den Schwellenwert ohne weitere Voraussetzung einer strukturellen Änderung sinnvoll und vertretbar. Auch wäre zu erwägen, einen aufgrund seiner Größenordnung maßgeblichen Arbeitnehmerzuwachs, der bewirkt, dass ein Schwellenwert überschritten wird, gesetzlich als strukturelle Änderung zu qualifizieren. Gerade angesichts der in der UmwRL deutlich verstärkt zum Ausdruck gebrachten Intension des Schutzes der Mitbestimmung vor Missbrauch erscheint dies europarechtlich möglich.

MgVG

Die Vorschriften zur Änderung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) setzen die entsprechenden Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen um. Positiv hervorzuheben ist auch hier die aus der Richtlinie folgende Pflicht der Leitungen zur Information über das Verhandlungsergebnis (§ 19a) bzw. über die Entscheidung der Leitungen, direkt ohne Verhandlung die Auffanglösung zur Anwendung zu bringen (§ 6 Abs. 3 Nr. 6). Richtig ist die diesbezügliche Klarstellung in der Regierungsbegründung, dass auch in diesem Fall die Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums erforderlich ist. Des Weiteren sind nachfolgende grenzüberschreitende Verschmelzungen angemessen geregelt (§ 30a MgVG). Positiv zu erwähnen ist auch, dass der Bestandsschutz für das Verhandlungsergebnis aufgrund der UmwRL von drei auf vier Jahre heraufgesetzt wurde.

Eine Benachteiligung der Arbeitnehmer wurde mit der neuen Umwandlungsrichtlinie nicht behoben. So ist es den Leitungen der beteiligten Gesellschaften anders als bei der SE und der Umwandlung und Spaltung bei der grenzüberschreitenden Ver-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 9 von 14

schmelzung weiterhin möglich, auf Verhandlungen zu verzichten und anstelle dessen direkt die Auffangregelung zur Anwendung zu bringen. In diesem Fall bleibt dem besonderen Verhandlungsgremium im Unterschied zu § 19 MgFSG auch die Wahl des nationalen Rechts durch Abbruch oder Nichtaufnahme von Verhandlungen verwehrt. Ein den grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen entsprechendes einheitliches Schutzniveau bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung wäre dagegen wünschenswert gewesen – so beispielsweise auch beim Missbrauchsschutz.

Darüber hinaus wäre es sinnvoll, in die Informationspflicht der Leitungen über die Planung der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 6 Abs. 2) auch die Gewerkschaften ausdrücklich einzubeziehen, wie dies in § 6 Abs. 2 MgFSG und bei § 19a MgVG zum Verhandlungsergebnis der Fall ist. Denn hier stellen sich dieselben zu § 6 Abs. 2 MgFSG erwähnten Praxisprobleme.

B. Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen 20/4056“

Der Antrag greift wichtige Maßnahmen auf, die erforderlich sind, um die Erosion der Mitbestimmung einzudämmen. Teilweise sind diese bereits von den Plänen des **Koalitionsvertrags umfasst**. Aus Sicht des Verfassers der Stellungnahme sind deshalb auch unabhängig von dem vorliegenden Antrag einige Punkte besonders hervorzuheben:

1. Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz

Die sogenannte **Drittelbeteiligungslücke bei der Konzernzurechnung der Arbeitnehmer*innen sollte geschlossen werden**. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genauso wie nach § 5 Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer*innen der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden. So wäre § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz durch eine Formulierung wie in § 5 Abs. 1 und 3 Mitbestim-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 10 von 14

mungsgesetz zu ersetzen. Die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz, wonach zum Zählen der Arbeitnehmer*innen von Konzernunternehmen stets ein Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung erforderlich ist, führt aktuell dazu, dass Unternehmen selbst dann keinen mitbestimmten Aufsichtsrat haben, wenn sie im Konzern knapp unter 2000 Arbeitnehmende beschäftigen. Es ist kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Zählweise der Arbeitnehmer*innen im Konzern im Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz ersichtlich. Diese Inkonsistenz im Drittelbeteiligungsgesetz fördert kritische Desintegrations- und Ausgliederungsstrategien von Unternehmen. Darüber hinaus wirkt diese Lücke im Mitbestimmungssystem in den Unternehmen dauerhaft fort, wenn sie durch SE-Gründung oder grenzüberschreitende Verschmelzung ihre Mitbestimmungsfreiheit für immer „einfrieren“, selbst wenn sie nachträglich auf über 2000 Beschäftigte wachsen.

Prof. Dr. Bayer, Universität Jena, geht von ca. 600 betroffenen Unternehmen aus, die aufgrund fehlender Konzernzurechnung keine Drittelbeteiligung haben (Bayer, NJW 2016, 1933). Auch das Skandalunternehmen **Wirecard** mit Konzernweit ca. 5000 und in Deutschland knapp 2000 Arbeitnehmer*innen nutzte die Drittelbeteiligungslücke und hebelte damit eine wesentliche Kontrollebene mit Aufsichtsrat aus. Zwischen der personell kleinen Holding Wirecard AG und der relativ großen Tochter Wirecard Technologies GmbH existierte sogar ursprünglich ein Beherrschungsvertrag. Es liegt nahe, dass die Kündigung dieses Vertrags zum 31.12.2018 mitbestimmungsrechtlich motiviert war (dazu auch SZ vom 22.9.2020, S. 15 und WAZ vom 1.3.2021 und Hans-Böckler-Stiftung vom 22.9.2020). Eine Konsequenz aus dem Wirecard-Skandal müsste die Schließung der Drittelbeteiligungslücke sein. Das Erfordernis eines Beherrschungsvertrags gem. § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz passt ohnehin nicht zur heutigen Unternehmenswirklichkeit, weil gerade in der GmbH aufgrund der gegebenen Weisungsbefugnis der Gesellschafter*innen im GmbH-Konzern praktisch kein Bedürfnis für den Abschluss eines solchen Vertrages besteht. Es kommt außerdem selbst dann nicht zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes, wenn sämtliche Gewinne an die Konzernspitze übertragen werden. Das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages führt allein nicht zur Drittelbeteiligung.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 11 von 14

gung (vgl. zum Ganzen ausführlich Bayer/Hoffmann (2022), Wirecard und die fehlende Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, S. 361, 388ff. in Karami (Hrsg.), Skandalfall Wirecard: Eine wissenschaftlich-fundierte interdisziplinäre Analyse).

2. Kapitalgesellschaft & Co. KG

Grundsätzlich sollen alle Arbeitnehmende 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 – jedenfalls so weit in einer Personengesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Diese Überlegung trägt sowohl bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG als auch bei der kapitalisierten Stiftung. Die Mitbestimmung in einer Kapitalgesellschaft & Co. KG ist zwar in § 4 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz erfasst, weil sie in besonderer Weise kapitalistisch strukturiert ist und sich in ihrer Substanz letztlich 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. 2015 standen lediglich ca. 20 Anwendungsfälle ca. 60 Vermeidungsfällen in Form von Auslandskapitalgesellschaften & Co. KG (2020 waren es 62) im Bereich der paritätischen Mitbestimmung gegenüber. Um dies zu ändern, müsste § 4 Mitbestimmungsgesetz neu und lückenlos formuliert werden. Zugleich müsste eine entsprechende Regelung in das Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen werden. Dass die Kapitalgesellschaft & Co. KG bislang nicht vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst ist, stellt einen Systembruch dar.

3. SE-Beteiligungsgesetz:

Die SE bietet aktuell die Möglichkeit des „**Einfrierens**“ eines mitbestimmungsfreien oder drittelbeteiligten Aufsichtsrats, auch wenn die Arbeitnehmer*innenzahl wächst. Gerade im Zusammenhang mit der lückenhaften Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung führt dies zu Verwerfungen in der Mitbestimmungslandschaft. 4 von 5

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 12 von 14

großen SE vermeiden die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Auf diese Weise werden über 300.000 Arbeitnehmer um ihr Recht auf paritätische Mitbestimmung gebracht. Möglich ist das, weil für die SE das Mitbestimmungsniveau zum Zeitpunkt der Eintragung dauerhaft fort gilt und die nationalen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung mehr finden (Vorher-Nachher-Prinzip). Zur Anknüpfung von Neuverhandlungen an das Überschreiten eines Schwellenwerts der Mitbestimmungsgesetze siehe die Ausführungen zu § 36 MgFSG.

4. Auslandskapitalgesellschaften

Eine **Einbeziehung der Auslandskapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in die Mitbestimmungsgesetze ist sinnvoll**. Der Einsatz von Scheinauslandsgesellschaften führte schon 2015 zu fast 100 Unternehmen, die nicht vom Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteiligungsgesetz erfasst sind. 2020 waren es 62 Unternehmen mit mehr als 2000 Arbeitnehmer*innen in Deutschland. Eine Erstreckung der Mitbestimmung ist praktisch machbar und europarechtlich zulässig, soweit sie die Verhältnismäßigkeit wahrt. Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ist gerechtfertigt, weil die Mitbestimmung wesentlicher Bestandteil des deutschen Arbeitsmarktes und der deutschen Sozialordnung ist (so zuletzt EuGH, 18.07.2017 – C-566/15). Die ausländischen Rechtsformen (orientiert an Anhang II der SE-Verordnung) wären in den Anwendungskatalog der Rechtsformen der Mitbestimmungsgesetze aufzunehmen. Einen überzeugenden Gesetzentwurf zur Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften hat 2021 Prof. Dr. Achim Seifert, Jena, vorgelegt (https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044)

5. Sanktionen bei rechtswidriger Mitbestimmungsignorierung

Es gibt zahlreiche Unternehmen, die gesetzeswidrig die Mitbestimmung ignorieren. Dies ist nicht nur im Bereich der Drittelbeteiligung ein Problem. Untersuchungen haben allein 113 Unternehmen ermittelt, die entgegen der gesetzlichen Vorgabe kei-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 13 von 14

nen paritätisch besetzten Aufsichtsrat eingerichtet haben (Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 2020, S. 13 ff.). Dazu zählen bekannte Unternehmen wie die Drogeriekette Rossmann mit ihren ca. 28.000 Beschäftigten. 56% der GmbH ignorieren die Drittelbeteiligung (Bayer/Hoffmann, GmbH-Rundschau 17/2015, S. 909-918; Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 13, 2015, S. 9 ff.). Der Gesetzgeber muss dieses Problem dringend angehen und Statusverfahren, Offenlegungspflichten sowie Sanktionen erweitern. Die Zunahme von Mitbestimmungsvermeidung und von rechtswidriger Ignorierung sind im Gesamtzusammenhang zu betrachten. In Kürze wird die Hans-Böckler-Stiftung eine aktuelle umfassende Untersuchung zu diesem Bereich mit Lösungsvorschlägen vorlegen.

Wenn das Problem der Erosion der Mitbestimmung ernst genommen werden soll, sind letztendlich die **Parteien der Regierungskoalition aufzufordern**, ihre Ankündigungen im Koalitionsvertrag zur Unternehmensmitbestimmung zügig in die Tat umzusetzen. Dabei ist ein umfassender Ansatz erforderlich, um dem Ausmaß der Problematik gerecht zu werden. Außerdem muss die Mitbestimmung sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene gesetzlich verteidigt und geschützt werden, um dauerhaft erfolgreich zu sein.

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur. (Rechtsanwalt)
Georg-Glock-Straße 18
40474 Düsseldorf
Telefon +49 211 7778-257
www.boeckler.de