Dr. Sebastian Sick Düsseldorf, Januar 2010

Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen/kombiniert ausländischen Rechtsformen

Auswertung der Ergebnisse einer Untersuchung von Lasse Pütz im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung von November 2009.[1]

Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz bzw. unselbständiger Niederlassung in Deutschland (z.B. britische Limited oder holländische B.V.) und deutsche Personengesellschaften, in denen eine ausländische Kapitalgesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin ist (z.B. Ltd. & Co. KG.), stehen unter unserer Beobachtung. Die hier vorgelegte Untersuchung wertet die bis November 2009 vorhandenen Fälle aus und aktualisiert die bereits 2006 im Rahmen der Biedenkopfkommission vorgelegte[2] und 2008[3] erneuerte Empirie. In 37 Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Tätigkeit in Deutschland finden die gesetzlichen Regeln zur Mitbestimmung keine Anwendung - eine Zunahme um 20 Fälle seit 2006.

Aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Centro-Com, Überseering, Inspire Art, Sevic) können ausländische Kapitalgesellschaften in ihrer ursprünglichen Rechtsform in Deutschland unter Anwendung des ausländischen Gesellschaftsstatuts tätig werden. Die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes auf solche so genannten Scheinauslandsgesellschaften ist nach wie vor umstritten. Die Gewerkschaften forderten in der Regierungskommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopfkommission) 2006 eine gesetzliche Erstreckung des Mitbestimmungsgesetzes auf solche Unternehmen ausländischer Rechtsform.[4]

Die wissenschaftlichen Mitglieder der Regierungskommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopfkommission) von 2006 stellten dazu fest, dass ein Gesetz zur Erstreckung der Mitbestimmung auf ausländische Kapitalgesellschaftsformen europarechtlich zulässig sei.[5] In ihrem Bericht heißt es dazu: *„Sie sind allerdings - in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum - überzeugt, dass der deutsche Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich nicht daran gehindert ist, solche Unternehmen jedenfalls dann der Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sich ihre*

---

[1] Aufbauend auf der identischen Voruntersuchung von 2008 wurden sämtliche europäischen Rechtsformen (im Sinne der SE-Verordnung) anhand der Unternehmensdatenbanken von Genios Solution und Lexis Nexis untersucht. Insbesondere wurden so die Einträge der Datenbanken von Hoppenstedt und Creditreform (zum Teil durch Einzelabfragen), aber auch bedirect, D&B sowie das Handelsregister herangezogen. Zusätzlich wurden Quellen im Internet, der Internetauftritt des jeweiligen Unternehmens sowie Presseartikel genutzt. Insofern wurden die angegebenen Zahlen soweit erhältlich mit verschiedenen Quellen auf Plausibilität hin abgeglichen.

[2] Sick, Hans-Böckler-Stiftung in: Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf II) 2006, Anhang 5 = http://www.boeckler.de/pdf/impuls_2006_02_sick.pdf.

[3] Sick, Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen/kombiniert ausländischen Rechtsformen, Düsseldorf 2008, http://www.boeckler.de/pdf/mbf_2008_06_19_sick.pdf.

[4] Vgl. Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf II) 2006, S. 73f.

[5] So auch ausführlich zuletzt Weiss/Seifert, Der europarechtliche Rahmen für ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz, ZGR 2009, 542, zugleich Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung.

betriebliche Organisation einschließlich der Arbeitnehmer im wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer nicht nach dem Recht des Gründungsstaats ein Mitbestimmungsrecht haben.“[6] Die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission sahen allerdings entgegen der gewerkschaftlichen Forderung von einer entsprechenden Empfehlung an den Gesetzgeber ab, weil sie die Zahl der relevanten Fälle (vgl. Sick, Hans-Böckler-Stiftung in Anhang 5 des Kommissionsberichts) zum damaligen Zeitpunkt (Dezember 2006) für zu gering erachteten. Sie empfahlen dem Gesetzgeber *„jedoch, die Bildung solcher Unternehmen aufmerksam zu beobachten und in dem Fall, dass sie in nennenswerter Zahl in mitbestimmungsrelevanter Größenordnung auftreten, geeignete und gemeinschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Mitbestimmung zu treffen.“* (S. 35 des Kommissionsberichts).

Die vorliegende Untersuchung beweist einerseits, dass weiterhin das von Mitbestimmungskritikern zuweilen verbreitete Bild einer Sturmflut von Auslandsgesellschaften, die unter Vermeidung der Mitbestimmung in Deutschland tätig werden, nicht mit der Realität übereinstimmt.[7] Andererseits ist festzustellen, dass die Zahl der mitbestimmungsrelevanten Fälle seit Abschluss der Biedenkopfkommission deutlich zugenommen hat (von 17 auf 37). Dies stützt die Forderung, durch eine Erstreckung der Mitbestimmungsgesetze auf Auslandsgesellschaften Rechtssicherheit herzustellen.

[6] Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf II) 2006, S. 35

[7] Bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) besteht eine ähnliche Faktenlage. Eine zuweilen behauptete weitflächige Flucht mitbestimmter Unternehmen in die SE lässt sich durch die Fakten zur SE nicht stützen. Zur Faktenlage bei der SE siehe: Köstler, Düsseldorf, Sept. 2009, http://www.boeckler.de/pdf/bb_mitbestimmung_europa_se_fakten.pdf; Köstler, Das trojanische Pferd der verhandelten Mitbestimmung, Der Aufsichtsrat 10/2009, S. 137.

I. Zusammenfassung: Zunahme um 20 Fälle seit 2006

Die Zahl der deutschen Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär (z.B. Ltd. & Co. KG), die mit mehr als 500 Arbeitnehmern in den mitbestimmungsrelevanten Bereich fallen, hat sich zwischen Januar 2006 und November 2009 von 11 auf 21 beinahe verdoppelt. Ausländische Kapitalgesellschaften, die in unselbständigen Niederlassungen (Hauptniederlassung bzw. Verwaltungssitz oder Zweigniederlassung) in Deutschland mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen, haben im selben Zeitraum von sechs auf 16 um 10 Unternehmen zugenommen. Sämtliche Konstellationen betrachtend nahmen die mitbestimmungsrelevanten Fälle der Nutzung ausländischer Rechtsformen seit 2006 um 20 zu – von 17 auf 37.[8] Betrachtet man lediglich die Unternehmen mit über 2000 Arbeitnehmer, die bei anderer Rechtskonstruktion vom Mitbestimmungsgesetz erfasst wären, so ergibt sich ein Zuwachs von 10 auf 16 Fälle.

	Dt. Personenges. mit ausl. Komplementär (z.B. Ltd. & Co. KG)		**Ausl. Kapitalges. mit Niederlassung in D**		**Gesamt: Zunahme um 20 Fälle seit 2006**	
	> 500 AN[9] in D	**> 2000 AN in D**	**> 500 AN in D**	**> 2000 AN in D**	**> 500 AN in D**	**> 2000 AN in D**
Jan. 2006	11	9	6	1	17	10
Jan. 2008	19	15	10	1	29	16
Nov. 2009	**21**	**14**	**16**	**2**	**37**	**16**
Zunahme seit 2006	**10**	**5**	**10**	**1**	**20**	**6**

Gesamtübersicht

Angesichts von 694[10] (quasi)paritätisch mitbestimmten und von ca. 1500 drittelbeteiligten Unternehmen[11] lassen diese Zahlen nicht auf eine verbreitete Flucht, die die deutsche gesetzliche Mitbestimmung in Frage stellen könnte, schließen. Durch eine Erstreckung der Mitbestimmungsgesetze auf Auslandsgesellschaften könnte aber verhindert werden, dass dieser mitbestimmungsfreie Raum in Deutschland weiter wächst.[12] Ein konsistentes Mitbestimmungsrecht müsste alle Unternehmen erfassen, die ihren organisatorischen Mittelpunkt in Deutschland haben.[13]

---

[8] Enthaltene ausländische Rechtsformen: AG = Aktiengesellschaft nach schweizer Recht; A/S = Aktieselskab, Aktiengesellschaft nach dänischem Recht; B.V. = Besloten Vennootschap, Kapitalgesellschaft niederländischen Rechts, ähnlich der GmbH; GmbH / Ges.mbh = Gesellschaft mit beschränkter Haftung österreichischen Rechts; Inc. = Incorporated Company, US-amerikanische Rechtsform; LLC = Limited Liability Company, US-amerikanische Rechtsform; Ltd. / LTD = Private Limited Company, britische Rechtsform, ähnlich der GmbH; N.V. = Naamloze Vennootschap, die Bezeichnung für eine Aktiengesellschaft nach niederländischem Recht; PLC = Public Limited Company, britische Rechtsform, ähnlich der Aktiengesellschaft; S.A. = Société anonyme, Aktiengesellschaft französischen/luxemburgischen Rechts; s.r.l. = Società a resonsabilità limitata, Kapitalgesellschaft italienischen Rechts, ähnlich der GmbH.

[9] AN = Arbeitnehmer.

[10] Stand 31.12.2008, vgl. Ehrenstein, Keine Trendwende in Sicht, Mitbestimmung 6/2009. S. 68.

[11] Bayer, 31.12.2009, Untersuchung „Drittelbeteiligung in Deutschland“ im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung.

[12] Zur rechtlichen Zulässigkeit vgl. Weiss/Seifert, ZGR 2009, 542. Vgl. Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf II) 2006, wissenschaftliche Mitglieder, S. 35.

[13] Vgl. Teichmann, Verhandelte Mitbestimmung für Auslandsgesellschaften, ZIP 2009, 1787.

II. Personengesellschaften mit ausländischer Gesellschaft als persönlich haftendem Gesellschafter (z.B. Ltd. & Co. KG):

Die größte Gruppe der Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern in Deutschland findet sich weiterhin unter den Personengesellschaften mit ausländischer Kapitalgesellschaft als persönlich haftendem Gesellschafter (z.B. Ltd. & Co. KG). Durch die Diskussionen um die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit findet diese Konstruktion neue Beachtung, obwohl in der Praxis diese rechtlich nach wie vor umstrittene Möglichkeit einer mitbestimmungsfreien ausländischen Kapitalgesellschaft und Co. KG aber schon seit Bestehen der Mitbestimmungsgesetze genutzt wird. Denn der Wortlaut des Mitbestimmungsgesetzes (§ 4, § 1 MitbestG) erfasst nur die deutsche Kapitalgesellschaft & Co. KG (z.B. GmbH & Co. KG). Vom Drittelbeteiligungsgesetz ist die Kapitalgesellschaft & Co. KG entgegen der Empfehlung der wissenschaftlichen Mitglieder der Biedenkopfkommission II 2006 weiterhin überhaupt nicht erfasst. Die Gewerkschaften fordern deshalb eine gesetzliche Erstreckung des Mitbestimmungsgesetzes auf solche Konstellationen und eine entsprechende Regelung im Drittelbeteiligungsgesetz.

Im November 2009 wurden 21 (20 Co. KG und eine Co. OHG) solcher Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern in Deutschland ermittelt. Im Januar 2006 waren es lediglich 11. Innerhalb von nur knapp vier Jahren kam es somit fast zu einer Verdoppelung der Anzahl. Eine klare Regelung im Mitbestimmungsgesetz und im Drittelbeteiligungsgesetz könnte diese Mitbestimmungslücke schließen.

Von den 21 Unternehmen beschäftigten immerhin 14 über 2000 Arbeitnehmer in Deutschland. Bei letzteren kann die Umgehung der Mitbestimmung nach § 4 MitbestG ein Motiv für die Wahl eines ausländischen Komplementärs sein. Bei den übrigen sieben Unternehmen mit 500 bis 2000 Arbeitnehmern scheidet die Mitbestimmung als Motiv für die Wahl eines ausländischen Komplementärs aus, weil im Drittelbeteiligungsgesetz eine dem § 4 Mitbestimmungsgesetz entsprechende Norm fehlt.

Unter den ausländischen Rechtsformen war die niederländische B.V. mit sechs Komplementärunternehmen am stärksten vertreten, gefolgt von fünf britischen Limiteds (Ltd. und PLC). Von den ausländischen Komplementären ist lediglich die Air Berlin PLC (Komplementär der Air Berlin PLC & Co. KG) an der deutschen Börse notiert (SDAX).

	Januar 2006	**Januar 2008**	**November 2009**
Gesamt (über 500 AN in D)	11	19	**21**
Über 2000 AN in D	9	15	**14**

Personengesellschaft mit ausl. Gesellschaft als pers. Haftender Gesellschafter (z.B. Ltd. & Co. KG)

III. Ausländische Gesellschaften mit Niederlassung in Deutschland (Eingetragene Haupt-[14] oder Zweigniederlassung):

16 Unternehmen ausländischer Rechtsform sind bekannt, die hierzulande lediglich mit einer unselbständigen Niederlassung (Zweig- oder Hauptniederlassung) tätig sind und dabei die

[14] Hauptniederlassung = Verwaltungssitz.

Arbeitnehmerschwelle von 500 überschreiten.[15] Im Jahre 2006 waren es nur sechs. Als nicht eigenständige Unternehmen werden bloße Niederlassungen nicht von den Mitbestimmungsgesetzen erfasst. Ausländische Rechtsformen werden nach herrschender Auffassung weder direkt noch analog von Mitbestimmungs- oder Drittelbeteiligungsgesetz erfasst. Hieraus resultiert die gewerkschaftliche Forderung nach einem Mitbestimmungserstreckungsgesetz.

Lediglich zwei Unternehmen haben zweifelsfrei über 2000 Beschäftigte in Deutschland (Deer & Company Inc. und McDonald´s Deutschland Inc.). Diese beiden und drei weitere mit 500 bis 2000 Beschäftigten sind US-Unternehmen. Ihnen ist es bereits seit 1954 aufgrund des Freundschafts-, Handels und Schifffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika möglich, auf diese Weise hierzulande tätig zu sein.

Die Unternehmen des europäischen Auslands können sich bei der Eintragung einer Niederlassung seit einigen Jahren auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit stützen. Gegenüber zwei im Jahre 2006, nutzen dies nunmehr 11 Unternehmen. Diese europäischen Unternehmen beschäftigen zwar mehr als 500, jedoch weniger als die für die Diskussion um die Parität relevanten 2000 Mitarbeiter. Bei Gründung einer deutschen Tochterkapitalgesellschaft wären diese europäischen Unternehmen vom Geltungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes, nicht jedoch vom Mitbestimmungsgesetz erfasst.

Von den zum 1.9.2009 an der deutschen Börse notierten ausländischen Unternehmen, fällt keines in den hier maßgeblichen mitbestimmungsrelevanten Bereich.[16]

	Januar 2006	**Januar 2008**	**November 2009**
Gesamt (über 500 AN in D)	6	10	**16**
Über 2000 AN in D	1	1	**2**
Aus USA[17]	4	4	**5**
Europ. Rechtsform	2	6	**11**
Europ. Rechtsform Über 2000 AN in D	0	0	**0**

Ausländische Gesellschaft mit Niederlassung in Deutschland

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Referat Wirtschaftsrecht II
Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf
Mail: Sebastian-Sick@boeckler.de
Tel: 0221/7778-257
www.boeckler.de

[15] Betrachtet werden Gesellschaften mit Handelsregistereintrag in Deutschland, wie nach §§ 13d ff. HGB vorgeschrieben. Das Eintragungserfordernis für Zweigniederlassungen gem. §§ 13d ff. HGB gilt nach h.M. auch für die von der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Überseering etc.) behandelten ausländischen Gesellschaften mit Satzungssitz in der EU, aber Verwaltungssitz (Hauptniederlassung) in Deutschland. Die Konsequenzen für die Mitbestimmung sind in den Fällen der „gewöhnlichen“ Zweigniederlassung und des Verwaltungssitzes identisch, weshalb hier eine Unterscheidung nicht erfolgt.

[16] Sie operieren mit Sitz im Ausland über deutsche Tochterunternehmen und/oder beschäftigen in Deutschland weniger als 500 Arbeitnehmer (zu Air Berlin PLC siehe oben unter II. zur Air Berlin PLC & Co. KG).

[17] US-Unternehmen ist eine solche Tätigkeit unabhängig von EU-Recht bereits aufgrund des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA von 1954 erlaubt.