

**Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Leiter Referat Wirtschaftsrecht II
Hans-Böckler-Stiftung**

Hans-Böckler-Str. 39
40476 Düsseldorf
Tel. 0211/7778-257
Sebastian-Sick@boeckler.de

Stellungnahme

**zum Antrag der Fraktion der SPD „Demo-
kratische Teilhabe von Belegschaften und
ihren Vertretern an unternehmerischen
Entscheidungen stärken“
(BT- Drucksache 17/2122)**

und

**zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Unter-
nehmensmitbestimmung lückenlos garan-
tieren“
(BT-Drucksache 17/1413)**

I. Grundsätzliche Anmerkungen

Während der letzten Wirtschaftskrise hat das deutsche Modell der Mitbestimmung mit Aufsichtsrat und Betriebsrat einmal mehr seine Vorteile bewiesen und zu einer sozialpartnerschaftlichen Krisenbewältigung beigetragen. Die Auslöser der Krise werden dagegen unter anderem in allzu kurzfristiger Renditeorientierung und der dadurch verursachten Bereitschaft übergroße Risiken einzugehen, gesehen. Internationale Konkurrenz um Kapital, ehrgeizige Renditeforderungen von Finanzinvestoren und ein Abbau strategischer Unternehmensbeteiligungen zugunsten reiner Finanzanlagen ergänzt durch eine kapitalmarktorientierte Gesetzgebung, haben in vielen Kapitalgesellschaften zu einer einseitigen Ausrichtung am Shareholder Value auf Kosten von Arbeitnehmerinteressen geführt.¹ Dieser Fokus wird dem Interessen- und Risikogeflecht des Unternehmens als ein sozialer Verbund nicht gerecht und widerspricht dem Ziel einer nachhaltigen Unternehmensführung. Die Verengung auf die Interessen der Anteilseigner ist schon allein wegen der zunehmenden Bedeutung der Humanressourcen in der Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft nicht zeitgemäß. Nach dem Aktienrecht sind Vorstand und Geschäftsführung eigentlich seit jeher zu einer Unternehmensführung verpflichtet, die gleichberechtigt neben den Interessen der Anteilseigner die Anliegen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit berücksichtigt.² Ein Resultat der Finanzkrise war immerhin, dass auch der Deutsche Corporate Governance Kodex das pluralistische Unternehmensinteresse als Leitungsmaxime im Gegensatz zu einseitiger Shareholder-Value-Maximierung bestätigt hat. So heißt es in der Präambel:

„Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung (Unternehmensinteresse).“

Und Ziff. 4.1.1 lautet:

„Der Vorstand leitet das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen.“

Ein zentrales Korrektiv gegen einseitige Shareholder-Value-Maximierung und für eine nachhaltige Unternehmensführung ist die Stärkung der Mitbestimmung. Denn die Arbeitnehmer haben ein essentielles Interesse am langfristigen Bestand des Unternehmens und dessen Arbeitsplätzen und können somit ein Korrektiv zu allzu kurzfristiger Renditeorientierung bilden.³ Die betrieblichen Arbeitnehmervertreter kennen insbesondere die unternehmensinternen Abläufe (internes Organisationswissen) und bringen so betriebsinternes Know-How in den Aufsichtsrat ein. Die Gewerkschaftsvertreter ergänzen dies sinnvoll durch einen überbetrieblichen Blickwinkel und bringen wertvolle Branchenkenntnisse ein.⁴ So tragen Arbeitnehmervertreter nicht zuletzt maßgeblich zu einer für die gute Corporate Governance notwendigen Diversität im Aufsichtsrat bei (vgl. Ziff. 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex). Nicht zuletzt aus diesem Grund führte *Blackstone*-Geschäftsführer *Studzinski* beim *Weltwirtschaftsforum in Davos 2011* die aktuelle Stärke der deutschen Wirtschaft gerade auch auf die Arbeitnehmerpräsenz in den Aufsichtsräten großer Unternehmen zurück: *„Das ist zwar unge-*

¹ Spindler, Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Oktober 2008, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gutachten_spindler_2008.pdf.

² Spindler, Fn.1.

³ Horn, Gustav/Kamp, Lothar/Krieger, Alexandra/Joebges, Heike/Sick, Sebastian /Tober, Silke, Gesamtwirtschaftliche Stabilität durch bessere Regulierung - Vorschläge für eine Neuordnung der Finanzmärkte, IMK-Report Nr. 36, März 2009.

⁴ Jürgens/Lippert/Gaeth, Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, 2008.

wohnt für Manager, aber es bringt eine Menge neuer Sichtweisen ein“. Offenbar wird Deutschland die Rolle einer Modellökonomie zugeschrieben.⁵

Nicht nur angesichts dieser Überlegungen erscheinen eine Weiterentwicklung von bewährten Elementen der Mitbestimmung sowie ihr Schutz im europäischen Wettbewerb der Kapitalgesellschaftsmodelle im Sinne der vorgelegten Anträge der Fraktionen von SPD (BT-Drucks. 17/2122) und DIE LINKE (BT-Drucks. 17/1413) sinnvoll.

II. Erstreckung der gesetzlichen Mitbestimmung auf ausländische Rechtsformen mit organisatorischem Mittelpunkt in Deutschland - Inkonsistenzen im Mitbestimmungssystem beheben

Inkonsistenzen des historisch gewachsenen Mitbestimmungssystems sollten behoben werden, damit eine einheitliche, widerspruchsfreie Anwendung der Mitbestimmung gewährleistet ist und zugleich Umgehungsmöglichkeiten vermieden werden. Die Europäisierung mit der Zielvorgabe eines gemeinsamen Binnenmarkts (Art. 3 EUV) bietet stetig neue Herausforderungen für die Unternehmensmitbestimmung, weil 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. Mitbestimmungsvermeidung ist zwar kein neues Phänomen. Die Möglichkeiten dazu sind aber durch das europäische Recht vergrößert. **Angesichts dieser veränderten Rahmenbedingungen gilt es das Mitbestimmungssystem national zu schützen und in Europa für generelle Standards der Mitbestimmung einzutreten.**

Nicht zuletzt aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Niederlassungsfreiheit können sich ausländische Kapitalgesellschaften der Europäischen Union (EU) und des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) in der ursprünglichen Rechtsform des Gründungsstaates in Deutschland niederlassen.

Nach den Grundsatzentscheidungen des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art ist ein Zuzug von Gesellschaften möglich, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurden. Der EuGH verbietet die sitzrechtliche Anknüpfung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und lässt das ausländische Gesellschaftsrecht des Gründungsstaats zur Anwendung kommen (Herkunftslandprinzip).⁶ Entsprechendes galt für US-amerikanische Kapitalgesellschaften schon seit jeher aufgrund einer im Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA vom 29. Oktober 1954 verankerten Ausnahme (Art XXV Abs. 5 Satz 2).⁷

Die Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH für die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat sind rechtlich umstritten. Zwar sprechen gewichtige Argumente für eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf die beschriebenen Scheinauslandsgesellschaften, war es doch Zweck des auf deutsche Gesellschaften begrenzten Wortlauts, nur Unternehmen mit tatsächlichem Sitz im Ausland von der Mitbestimmung auszunehmen.⁸ Die herrschende Ansicht lehnt jedoch eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf Scheinauslandsgesellschaften ab, weil der Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze nur deutsche Unter-

⁵ Financial Times vom 27.1.2011, Amerika träumt den German Dream; siehe auch FAZ vom 26.1.2011, Die Amerikaner feiern in Davos die deutsche Mitbestimmung.

⁶ EuGH vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (Centros); EuGH vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Überseering); EuGH vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331 (Inspire Art); ebenso EuGH vom 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (SEVIC Systems AG).

⁷ BGH, Urteil vom 29.1.2003 – VIII ZR 155/02.

⁸ Vgl. BT-Drucks. 7/4845, S. 4; Bayer, AG 2004, S. 535.

nehmensformen enumerativ einbeziehe. Daher findet in der Praxis die Mitbestimmung im Aufsichtsrat auf ausländische Rechtsformen keine Anwendung.

Somit haben sich nicht zuletzt durch die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit Lücken im MitbestG sowie im DrittelbG gezeigt, die zu Inkonsistenzen im deutschen Mitbestimmungssystem führen. Seit Jahren steigt daher die Anzahl der in Deutschland ansässigen Unternehmen, die keinen mitbestimmten Aufsichtsrat haben, weil sie ihre Geschäfte in Deutschland in einer Konstruktion mit ausländischer Rechtsform betreiben.

Seit 2006 (im Rahmen der Biedenkopf-Kommission) bis Oktober 2010 ist die Anzahl der Unternehmen, die aufgrund der Wahl einer Konstruktion mit ausländischer Rechtsform aus dem Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung herausfallen, obwohl sie mehr als 500 und teilweise bis zu 15.000 Arbeitnehmer innerhalb Deutschlands beschäftigen, von 17 auf 43 gestiegen.⁹ Hiervon sind die Arbeitnehmer in- und ausländischer Konzerne wie *Air Berlin*, *UPS* oder *H&M* genauso betroffen wie die von großen deutschen Familienunternehmen wie der Drogeriemarktkette *Müller*. Die Nutzung ausländischer Rechtsformen wird in zwei rechtlichen Konstruktionen relevant: Einerseits geht es um Kapitalgesellschaften ausländischen Rechts, die in Deutschland direkt mittels Zweig- oder Hauptniederlassung tätig werden. Andererseits – und die derzeitige Beratungspraxis scheint diese Gestaltungsweise zu bevorzugen – geht es um deutsche Kommanditgesellschaften, die als persönlich haftenden Gesellschafter eine ausländische Rechtsform nutzen (z. B. Ltd. & Co. KG). Die Zulässigkeit letzteren Modells war schon seit jeher auch bei den Gerichten umstritten,¹⁰ hat aber durch die Rechtsprechung des EuGH neue Bestätigung und Erleichterung gefunden.

Anhand des Beispiels der Tochter des schwedischen Textilhändlers *H&M*, die von einer GmbH zu einer B.V. & Co. KG just zu dem Zeitpunkt wechselte, als die Arbeitnehmer einen mitbestimmten Aufsichtsrat forderten, wird deutlich, dass es Unternehmen gibt, die zielgerichtet Umgehungsstrategien nutzen. Ähnlich verlief die Wahl der Rechtsform einer B.V. & Co. KG bei *Esprit*. Der Vorstandsvorsitzende von *Air Berlin* nannte die Vermeidung der Mitbestimmung offiziell als Grund für die Rechtsform der PLC & Co. KG. Noch augenscheinlicher werden Umgehungstendenzen, wenn die Nutzung ausländischer Rechtsformen offenbar Teil einer breiteren Strategie ist, indem innerhalb von Konzernen bereits Zweit- oder Drittgesellschaften in mitbestimmungsrelevanter Größe mit ausländischer Rechtsform gegründet wurden (so bei *Air Berlin*, *H&M* und *QVC*).¹¹

Erst nach Abschluss der zitierten Untersuchung sind zwei prominente Beispiele hinzugekommen: Der Modekonzern *ZARA* wurde von einer GmbH zu einer B.V. & Co. KG, der Recyclingkonzern *ALBA* firmiert seit Januar 2011 als PLC & Co. KG.

Unabhängig davon, welches die Gründe für die Rechtsformwahl sind, führt dies zu einer Benachteiligung eines großen Teils der Arbeitnehmer in Deutschland, wenn sie in den beschriebenen Fällen anders als Arbeitnehmer in Kapitalgesellschaften deutscher Form keinen Anspruch auf Repräsentation bei unternehmerischen Entscheidungen haben. Ein konsistentes Mitbestimmungsrecht müsste jedoch alle Unternehmen erfassen, die ihren organisatorischen Mittelpunkt in Deutschland haben.¹²

⁹ Zur gesamten Empirie, zu weiteren betroffenen Unternehmen und zur Gesamtdarstellung siehe Sick/Pütz, Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 1/2011, S. 34. Artikel hier in der Anlage beigelegt.

¹⁰ Gegen die Zulässigkeit der Eintragung einer Ltd. & Co. KG zuletzt: AG Bad Oeynhausen, Beschluß v. 15.3.2005 – 16 AR 15/05, GmbHR 2005, S.692. Schlichte, DB 2006, S. 87 mit weiteren Nachweisen.

¹¹ Sick/Pütz, WSI-Mitteilungen 1/2011, S. 34 ff.

¹² Vgl. Teichmann, Verhandelte Mitbestimmung für Auslandsgesellschaften, ZIP 2009, S. 1787.

Wenngleich eine zuweilen behauptete Erosion der Mitbestimmung angesichts von 681 mitbestimmten¹³ und ca. 1500 drittelbeteiligten Gesellschaften¹⁴ nicht bestätigt werden kann, verdeutlicht die Zunahme von 17 auf 43 Fälle in nicht einmal fünf Jahren aber die Notwendigkeit, die gesetzliche Lücke zu schließen und für eine konsistente Anwendung des Mitbestimmungssystems zu sorgen und so Rechtssicherheit herzustellen und die Benachteiligung eines Teils der Arbeitnehmer in Deutschland zu beenden.

Weil das Problem europarechtlich geschaffen wurde, wäre grundsätzlich eine Lösung im Europarecht als rechtspolitisches Fernziel erstrebenswert. Eine solche europarechtliche Regelung zum Schutz der Mitbestimmung erscheint jedoch aktuell nicht realistisch. Deshalb steht der nationale Gesetzgeber für die Gewähr einer konsistenten Mitbestimmungsanwendung in der Verantwortung. Eine etwaige EU-Sitzverlegungsrichtlinie (14. Richtlinie) wäre gegebenenfalls kritisch daraufhin zu prüfen, ob sie ausreichenden Schutz gewährt.

Der deutsche Gesetzgeber kann mit der **herrschenden Meinung** des rechtswissenschaftlichen Schrifttums ausländische Kapitalgesellschaftsformen in das deutsche Mitbestimmungsmodell ohne Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit gesetzlich einbeziehen, soweit die Anwendung der Regelungen in nicht diskriminierender Weise erfolgt, sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sind und sie zur Erreichung des Ziels eines Schutzes der gesetzlichen Mitbestimmungsordnung vor einer Umgehung geeignet und erforderlich sind (Gebhard-Formel).¹⁵ Eine solche gesetzliche Ausgestaltung erscheint möglich, jedenfalls wenn sie diejenigen Unternehmen einbezieht, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben. Der EuGH nennt den Schutz der Arbeitnehmer als möglichen zwingenden Grund des Allgemeinwohls.¹⁶ Indem das Europarecht die Mitbestimmung auf der Ebene des Primärrechts (Art. 153 Abs. 1 f. AEUV = Art. 137 Abs. 1 f. a.F. EG) sowie des Sekundärrechts (Richtlinien zu SE, SCE, grenzüberschreitende Verschmelzung) einbezieht, bestätigt aber schon der EU-Gesetzgeber selbst die Unternehmensmitbestimmung als ein zwingendes Allgemeininteresse, das die Niederlassungsfreiheit einschränken kann. Dass zugleich die betriebliche Mitbestimmung eine andere Funktion hat und so die Beteiligung an Entscheidungen im Aufsichtsrat nicht ersetzen kann, liegt auf der Hand. Die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung konstatierten somit auch in ihrem Votum 2006: *„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 betriebliche Organisation einschließlich Arbeitnehmer im Wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer nicht nach dem Recht des Gründungsstaats ein Mitbestimmungsrecht haben.“*¹⁷

¹³ Ehrenstein, Die Mitbestimmung 5/2011, S. 61.

¹⁴ Bayer, Drittelbeteiligung in Deutschland, 2009, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/mbf_drittelbeteiligung.pdf.

¹⁵ EuGH vom 30.11.1995 – Rs. C – 55/94, Slg. 1995. I – 4165 (Gebhard), Rz. 37.

¹⁶ EuGH vom 5.11.2002, RS. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Überseering), Rz. 92.

¹⁷ Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 35. So auch eine Vielzahl von Autoren, insbesondere: Bayer, Niederlassungsfreiheit und deutsche Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, S. 534; Thüsing, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381; Altmeppen/Wilhelm, Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, S. 1083; Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Band I, B 107, sowie These 26 zum Gutachten; Koberski in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011, § 1 Rn. 27; Wissmann in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011, Vorbem. Rn. 69; ausführlich: Weiss/Seifert, Der europarechtliche Rahmen für ein Mitbestimmungsstreckungsgesetz, ZGR 2009, S. 542 mit weiteren Nachweisen.

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang erscheint auch, dass bereits 2003 die von der EU-Kommission eingesetzte High Level Group of Company Law Experts sich dafür ausgesprochen hat, Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland der hiesigen Unternehmensmitbestimmung zu unterwerfen.¹⁸

Um Rechtssicherheit herzustellen, müssten die Mitbestimmungsgesetze (insbes. § 1 MitbestG und § 1 DrittelbG) **ausdrücklich die ausländischen Kapitalgesellschaftsformen in ihren Geltungsbereich einbeziehen**. Der Gesetzgeber kann sich hierbei an der Aufzählung in Art. 2 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Anhang I und II der VO Nr. 2157/2001/EG vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft orientieren. Diese Liste benennt die Rechtsformen der EU-Mitgliedstaaten, die als Aktiengesellschaften und als Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Sinne der SE-VO gelten sollen.

Dass eine **Umsetzung einer solchen Mitbestimmungserstreckung auf ausländische Kapitalgesellschaftsformen auch praktisch möglich ist** und auch bei monistischen Gesellschaftsformen wie der britischen Limited ohne Aufsichtsrat funktionieren kann, indem eine Differenzierung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren erfolgt, zeigt schon die erfolgreiche Integration der Mitbestimmung in die monistische SE. Diese Konstruktion findet bei der *Puma SE* nunmehr ihren ersten Anwendungsfall. Eine weitere mögliche Variante bietet die Verankerung einer Pflicht auch für monistisch strukturierte ausländische Gesellschaften, einen Aufsichtsrat entsprechend der Vorschriften des Aktiengesetzes einzurichten – wie dies im Übrigen auch bei der GmbH (Aufsichtsratspflicht ab 500 Arbeitnehmer) bekannt ist. Möglich wäre es auch, den betroffenen Unternehmen ein Wahlrecht zwischen den beiden Lösungsmodellen einzuräumen. Verwiesen werden kann an dieser Stelle auf die ausführliche Erörterung des Themas bei Weiss/Seifert sowie bei Bayer.¹⁹

Sinnvoll wäre es, im Zuge einer solchen Regelung den **im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern** des Unternehmens jedenfalls das passive Wahlrecht zum Aufsichtsrat einzuräumen, wie dies die Gewerkschaften bereits im Rahmen der Biedenkopf-Kommission vorgeschlagen haben. Dieses Angebot an Belegschaften im Ausland wäre problemlos und unabhängig von einer europäischen Gesetzgebung mit dem Territorialitätsgrundsatz zu vereinbaren.²⁰

Angesichts der klaren Zunahme von Scheinauslandsgesellschaften seit Abschluss der Biedenkopf-Kommission 2006 und weil eine gemeinschaftsrechtliche Regelung derzeit nicht realistisch erscheint, sollte der Gesetzgeber entsprechend der vorgelegten Anträge die konsistente Anwendung des Mitbestimmungssystems innerhalb Deutschlands gewährleisten.

Sinnvoll erscheint es daher, in Europa für generelle Standards der Mitbestimmung einzutreten und national das geltende Mitbestimmungssystem zugleich zu schützen und konsistent anzuwenden.

Durch die aktuellen Vorschläge auf europäischer Ebene zu einer neuen Rechtsform der **Europäischen Privatgesellschaft** (*Societas Privata Europaea*, SPE) drohen die durch die Lücke bei ausländischen Rechtsformen verursachte Inkonsistenz im Mitbestimmungssystem noch

¹⁸ Report on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe 2002, Zusammenfassung in ZIP 2003, S. 863, zitiert bei Bayer, AG 2004, S. 534, 536. Ebenso: die deutsche Group of German Experts on Corporate Law, Mitglieder: Bayer, Hoffmann-Becking, Fleischer, Lutter, Noack, Röhrich, K.Schmidt, Ulmer, Widemann, Winter, Zöllner; ZIP 2003, S. 863, S. 877.

¹⁹ Weiss/Seifert, ZGR 2009, 542. Bayer, AG 2004, S. 534.

²⁰ Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer, 2006, S. 74. In Dänemark ist die Frage der Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung von Mitarbeitern ausländischer Töchter seit Juni 2010 durch Gesetz der Hauptversammlung zur freiwilligen Entscheidung übertragen (§§ 48, 49 Bekendtgørelse om medarbejderrepræsentation i aktieog anpartsselskaber).

verschärft zu werden. Weil die Vorschläge eine Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz zulassen und weil das Gesellschaftsstatut des Registersitzes anwendbar sein soll, drohen bei mangelhaftem Mitbestimmungsschutz ähnliche Umgehungsmöglichkeiten und eine Erweiterung der Lücke durch Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts.²¹ Deshalb muss der Gesetzgeber hier dringend auf einen der SE entsprechenden Mitbestimmungsschutz achten oder eine Größenbeschränkung des Rechtsmodells auf KMU vorsehen.²²

III. Weitere Inkonsistenzen im Mitbestimmungssystem:

Die Forderung eines konsistenten Mitbestimmungssystems lenkt den Blick auf zwei weitere Unstimmigkeiten zwischen Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz.

1. 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. Vom Drittelbeteiligungsgesetz ist sie jedoch nicht erfasst. Dies stellt einen nicht begründeten Systembruch zwischen Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz dar, deren Abstufung allein anhand der Arbeitnehmerzahl erfolgt. **Nicht nur im Zuge eines Gesetzes zur Einbeziehung ausländischer Rechtsformen wäre im Drittelbeteiligungsgesetz eine dem MitbestG entsprechende Regelung erforderlich.**²³
2. Nach dem Mitbestimmungsgesetz „gelten für die Anwendung dieses Gesetzes auf das herrschende Unternehmen die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens“ (§ 5 MitbestG). Für die Schwelle der 2000 Arbeitnehmer werden somit die Arbeitnehmer von Tochter- und Enkelgesellschaften auch im faktischen Konzern mitgezählt. Im Drittelbeteiligungsgesetz gilt diese **Konzernzurechnung** dagegen nicht, sofern kein Beherrschungsvertrag besteht. **Diese lückenhafte Konzernzurechnung führt sogar dazu, dass Unternehmen teilweise selbst dann überhaupt keine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat haben, wenn der Konzern knapp unter 2000 Beschäftigte hat. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie im Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden.**²⁴

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

²¹ Dazu: Sick/Thannisch, Die Europäische Privatgesellschaft – Damoklesschwert für die Mitbestimmung? Anforderungen an das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft aus mitbestimmungspolitischer und –rechtlicher Sicht, AuR 2011, S. 155 sowie: Bormann/Böttcher, Vermeidungsstrategien bei der unternehmerischen Mitbestimmung in der SPE auf der Grundlage des ungarischen Kompromissvorschlags, NZG 2011, S. 411.

²² Bundestag und Bundesrat müssen vor einer Zustimmung im Rat über das Erfordernis eines Ermächtigungsgesetzes (Art. 23 Abs. 1 GG) am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden (§ 8 Integrationsverantwortungsgesetz). Das EP muss zudem seit den Änderungen von Lissabon gem. Art. 352 AEUV (ehemals Art. 308 EG) nicht mehr bloß angehört werden, sondern dem SPE-Statut zustimmen.

²³ So auch Kommission zur Modernisierung der deutsche Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 41f.

²⁴ So auch Kommission zur Modernisierung der deutsche Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 41f.

IV. Weiterentwicklung der Mitbestimmung

A. Gesetzlicher Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen und Ergänzungsrecht für eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats im Hinblick auf den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte

Im Zuge der Diskussionen um Verbesserungen der Corporate Governance als Reaktion auf die Wirtschaftskrise wird eine effektivere Aufsichtsratsarbeit und Kontrolle gefordert. Ein zentrales Instrument der vorbeugenden Überwachung sind die Geschäfte des Vorstands/der Geschäftsführung, die einer Zustimmung bedürfen.

Inzwischen besteht zwar seit 2002 die Pflicht Zustimmungsvorbehalte durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss festzulegen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Welchen Inhalt ein solcher Katalog haben muss, regelt das Gesetz jedoch nicht. Der Corporate Governance Kodex fordert Zustimmungsvorbehalte für Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Trotz der gesetzlichen Pflicht gibt es deutliche Unterschiede in den Verbreitungsgraden von Zustimmungskatalogen. Große Lücken bestehen weiterhin bei der AG, aber vor allen Dingen bei der GmbH und im Bereich der Drittelbeteiligung.²⁵ Angesichts dessen und auch im Lichte der in der Finanz- und Wirtschaftskrise zutage getretenen Kontrolldefizite wäre – dem Vorbild von Österreich (§ 95 Abs. 5 ÖAktG) und den Niederlanden folgend – die **Vorgabe eines gesetzlichen Mindestkatalogs von Geschäften, die der Zustimmung durch den Aufsichtsrat vorbehalten sind, sinnvoll**. Dazu müssen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, die Errichtung oder Schließung von Produktionsstätten sowie bedeutende Kreditaufnahmen und Kreditvergaben gehören. **Einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat sollte es zudem möglich sein, den Zustimmungskatalog zu ergänzen;**²⁶ die tatsächliche Entscheidung über die Zustimmung zu dem jeweiligen Geschäft bliebe ja weiterhin beim Gesamtaufsichtsrat.

B. „Echte Parität“ durch eine neutrale Person im Aufsichtsrat bei gleichzeitiger Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden

Die Übernahme des Elements der neutralen Person aus der Montan-Mitbestimmung in das Mitbestimmungsgesetz erscheint unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht ausgeschlossen.

Das BVerfG hat in seiner Mitbestimmungsentscheidung von 1979 eine Stellungnahme zu der Frage, ob eine Verstärkung der Intensität der Mitbestimmung über das Maß des MitbestG hinaus – und eine solche wäre die Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden – mit Verfassungsrecht vereinbar wäre, ausdrücklich abgelehnt. Das BVerfG konstatierte damals lediglich, dass das MitbestG *jedenfalls* angesichts der Übermacht der Anteilseignerseite verfassungsgemäß sei. Das BVerfG hat folglich schon damals eine Übernahme von bewährten Elementen der Montan-Mitbestimmung nicht von vornherein ausgeschlossen:²⁷ *„Wie weit die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums bei Organisationsmaßnahmen sozialordnender Art reicht, bedarf keiner abschließenden Festlegung.“*²⁸

²⁵ Jürgens/Lippert/Gaeth, Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, 2008, S. 97; Gerum, Das Deutsche Corporate Governance-System, 2007, S. 264ff.

²⁶ So auch Spindler/Schmidt, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, S. 329, 220ff.

²⁷ Wissmann, Vorbem. Rn 47 in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011; Ulmer, Einl MitbestG Rn. 29 in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2006.

²⁸ BVerfG NJW, 1979, 699, 705.

Bestätigt hat das BVerfG dagegen in seinem Mannesmann-Urteil von 1999 ausdrücklich die Verfassungskonformität der Montan-Mitbestimmung. Dem Gesetzgeber stehe beim Ausgleich von Interessenkonflikten in der auf partnerschaftliches Zusammenwirken angelegten Sozial- und Wirtschaftsordnung regelmäßig ein beträchtlicher Spielraum zu.²⁹ Die Montan-Mitbestimmung eigne sich besonders dazu, neben dem Rentabilitätsinteresse der Unternehmen und den Renditeerwartungen der Anteilseigner auch die Interessen der Arbeitnehmer an der Sicherung von Arbeitsplätzen angemessen zu berücksichtigen.³⁰ **Insofern ist die Übernahme der neutralen Person in das Mitbestimmungsgesetz bei Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden als Element des partnerschaftlichen Zusammenwirkens auch im Sinne eines pluralistischen Unternehmensinteresses möglich.**

V. Zusammenfassung

1. Inkonsistenzen des historisch gewachsenen Mitbestimmungssystems sollten behoben werden. Sinnvoll erscheint es, in Europa für generelle Standards der Mitbestimmung einzutreten und national das geltende Mitbestimmungssystem zugleich zu schützen und konsistent anzuwenden.
2. Weil das Problem der Scheinauslandsgesellschaften europarechtlich geschaffen wurde, wäre grundsätzlich eine europäische Lösung als rechtspolitisches Fernziel erstrebenswert. Angesichts der klaren Zunahme von Scheinauslandsgesellschaften seit Abschluss der Biedenkopf-Kommission 2006 und weil eine gemeinschaftsrechtliche Regelung derzeit nicht realistisch erscheint, sollte der Gesetzgeber jedoch entsprechend der vorgelegten Anträge die konsistente Anwendung des Mitbestimmungssystems innerhalb Deutschlands gewährleisten.
3. Um weitere Inkonsistenzen im Mitbestimmungssystem zu vermeiden, muss der Gesetzgeber bei einer neuen Rechtsform der europäischen Privatgesellschaft dringend auf einen der SE entsprechenden Mitbestimmungsschutz achten oder eine Größenbeschränkung des Rechtsmodells auf KMU vorsehen.
4. Weitere Inkonsistenzen im historisch gewachsenen Mitbestimmungssystem sollten behoben werden:
 - So wäre nicht nur im Zuge eines Gesetzes zur Einbeziehung ausländischer Rechtsformen wäre im Drittelbeteiligungsgesetz eine dem MitbestG entsprechende Regelung für Kapitalgesellschaften & Co. KG erforderlich.
 - Außerdem führt die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz dazu, dass Unternehmen teilweise selbst dann überhaupt keine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat haben, wenn der Konzern knapp unter 2000 Beschäftigte hat. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten daher den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie im Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden.
5. Dem Vorbild von Österreich und den Niederlanden folgend, wäre die Vorgabe eines gesetzlichen Mindestkatalogs von Geschäften, die der Zustimmung durch den Aufsichtsrat vorbehalten sind, sinnvoll. Dazu müssen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, die Errichtung oder Schließung von Produktionsstätten sowie bedeutende Kreditaufnahmen und Kreditvergaben gehören. Einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat sollte es zudem möglich sein, den Zustimmungskatalog zu ergänzen.

²⁹ BVerfG, 1BvL 2/91 vom 2.3.1999, Absatz-Nr. 78.

³⁰ BVerfG, 1BvL 2/91 vom 2.3.1999, Absatz-Nr. 88.

6. Die Übernahme der neutralen Person in das Mitbestimmungsgesetz bei Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden erscheint als Element des partnerschaftlichen Zusammenwirkens auch im Sinne eines pluralistischen Unternehmensinteresses rechtlich möglich.