

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten** - Drucksache 16/2922 -

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	2
C. Schriftliche Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	3
Deutscher Gewerkschaftsbund DGB	3
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände BDA	6
Prof. Dr. Bernd Frick, Universität Witten/Herdecke	9
Dr. Sigurt Vitols, Berlin	14
Prof. Dr. Otto Ernst Kempfen, Frankfurt am Main	15
Heinz Hawreliuk, Mainz	24
Prof. Dr. Gregor Thüsing, Universität Bonn	26
D. Schriftliche Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände	29
Deutscher Führungskräfteverband ULA	29

Deutscher Bundestag

1. November 2006

16. Wahlperiode
Ausschuss für Arbeit und Soziales
(11. Ausschuss)

Sekretariat des Ausschusses: ☎ 32487
Fax: 36030
Sitzungssaal: ☎ 30332
Fax: 31809

Mitteilung

Tagesordnung

**30. Sitzung des
Ausschusses für Arbeit und Soziales
am Montag, dem 6. November 2006, 11.30 bis 13.00 Uhr
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal 4.900**

Vorsitz: Abg. Gerald Weiß (Groß-Gerau)

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der
Regelungen über die Mitbestimmung der
Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von
Kapitalgesellschaften aus verschiedenen
Mitgliedstaaten**

(BT-Drucksache 16/2922)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 16(11)417

Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Rechtsausschuss
Finanzausschuss

Gerald Weiß (Groß-Gerau)

Vorsitzender

Sachverständigenliste

- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Deutscher Richterbund
- Bernd Frick, Witten
- Prof. Dr. Bernhard Nagel, Kassel
- Dr. Sigurt Vitols, Berlin
- Prof. Dr. Otto Ernst Kempfen, Frankfurt am Main
- Heinz Hawreliuk, Mainz
- Prof. Dr. Gregor Thüsing
- N. N.
- N. N.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)434

2. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Deutscher Gewerkschaftsbund DGB

I. Grundsätzliche Anmerkungen und Zusammenfassung

Der vorliegende Gesetzesentwurf behandelt ein wichtiges Element zur Sicherung der Mitbestimmung in Europa.

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im höchsten Unternehmensorgan ist ein unverzichtbarer Bestandteil eines sozialen, demokratischen und wirtschaftlich erfolgreichen Europas.

Im Wandel zur industriellen Wissensgesellschaft ist die Mitbestimmung eine Blaupause für die Zukunft der industriellen Arbeitsbeziehungen in Europa.

Auch diese Richtlinie hat das Ziel, durch das Vorer/Nachher-Prinzip die Mitbestimmung in der EU zu sichern, die dadurch als ein wesentliches Element des europäischen Sozialmodells bestätigt wird. Es wird erneut deutlich, dass Europa keine Veränderung der nationalen Mitbestimmungsmodelle verlangt, sondern sie im Gegenteil akzeptiert und sichern will.

Daher begrüßen wir, dass der vorliegende Gesetzesentwurf die Sicherung der Mitbestimmung bei grenzübergreifenden Verschmelzungen ausdrücklich als Ziel benennt.

Weiterhin begrüßt der Deutsche Gewerkschaftsbund ausdrücklich die enge Anlehnung des Referentenentwurfes an die Regelungen des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SEBG). Dadurch – und auch durch den damit verbundenen Rückgriff auf die vielfach bewährten Strukturen der deutschen Mitbestimmung – wird sichergestellt, dass die Interessen der Arbeitnehmer im Verschmelzungsfalle gut vertreten werden können.

Die in diesem Jahre abgeschlossenen Verhandlungen zur Umwandlung von deutschen Unternehmen in eine Europäische Gesellschaft/ SE (MAN Diesel, Allianz) und weitere Ankündigungen, europäischer Aktiengesellschaften gründen zu wollen (z.B. Fresenius) zeigen, dass die Praxis die zur Aushandlung von Mitbestimmung im SE-

Beteiligungsgesetz (SEBG) vorgesehen Regeln angenommen hat.

Daher ist nicht erkennbar, weshalb - wie von BDA und BDI gefordert - bei der Umsetzung der Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften von der Umsetzung der SE-Richtlinie durch das SEBG abgewichen werden sollte.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat bereits im Juni 2006 zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung Stellung genommen und den Entwurf begrüßt.

Insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 15.12.2005 in Sachen SEVIC und die daran anschließende Diskussion, ist es geboten die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 26.10.2005 für Deutschland zügig umzusetzen.

II. Im Einzelnen**1. Zielsetzung des Gesetzes**

Es ist nicht erkennbar, warum - wie BDA und BDI es vortragen - bei § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) der Eindruck entstehen könnte, dass der Gesetzesentwurf auch die Mitbestimmung bei einer Verschmelzung aus Deutschland heraus geregelt würde. § 1 Abs. 2 des MgVG ist praktisch identisch mit § 1 Abs. 2 SEBG.

2. Begriffsbestimmungen

Es dient der Rechtsklarheit, wenn im § 2 bei den Begriffsbestimmungen die Begriffe Arbeitnehmer, Arbeitnehmervertretungen und Mitbestimmung aufgeführt werden. Gerade weil die Richtlinie zur Verschmelzung im Gegensatz zur SE-Richtlinie keine Begriffsbestimmungen enthält, sind im MgVG zentrale Begriffe zu bestimmen und damit die Gesetzesanwendung zu erleichtern.

3. Auffangregelung

Es ist befremdlich, dass BDA und BDI bei § 5 MgVG dafür plädieren, die Möglichkeit einer Öffnungsklausel zu nutzen, damit die Auffangregelungen beim Scheitern einer Verhandlung keine Anwendung finden. Die Öffnungsklausel in Artikel 7 Abs. 3 der SE-Richtlinie wurde bekanntlich auf Wunsch Spaniens in die Richtlinie integriert. Kein Staat in Europa – auch Spanien nicht – hat von dieser Klausel jemals Gebrauch gemacht.

Der Verzicht auf eine Auffanglösung kommt einer Abschaffung der Mitbestimmung durch die Hintertür gleich.

Bundeskanzlerin Angela Merkel hat die Mitbestimmung zu Recht als „wesentliches Element der Sozialen Marktwirtschaft“ bezeichnet. BDA und BDI gefährden durch ihre Forderung die Mitbestimmung als einen unverzichtbaren Bestandteil eines sozialen und demokratischen Europas.

Auch ökonomisch bleiben BDA und BDI jeden Beweis für die von Ihnen aufgestellte Behauptung schuldig, ein Verzicht auf die Auffanglösung „würde erheblich zur Steigerung der Attraktivität des Investitions- und Holdingstandortes Deutschland beitragen“.

Wir weisen an dieser Stelle nachdrücklich darauf hin, dass der Stand der ökonomischen und sozialwissenschaftlichen Mitbestimmungsforschung keinen Nachweis einer negativen ökonomischen Wirkung ergibt. Im Gegenteil zeigt sich ein positiver Trend in der Forschung, insbesondere bezogen auf die Messung der operativen unternehmerischen Performance.

Auch der Verweis auf internationale Investoren ergibt keinen Hinweis auf eine nachteilige Wirkung der Mitbestimmung. Schon jetzt ist Deutschland nach einer Umfrage der Unternehmensberatung Ernst&Young aus Investorensicht der attraktivste Investitionsstandort in Europa; weltweit rangiert er an dritter Stelle. Und für die von der amerikanischen Handelskammer befragten US-Unternehmen ist Deutschland der Top-Holdingstandort in Europa. Ein Blick in die amtliche Übersicht des Statistischen Bundesamtes bestätigt diese Untersuchungen: Seit 1996 hat sich die Anzahl der Holdings in Deutschland mehr als verdoppelt.

4. Information der Leitungen

Die bisher in Europa stattgefundenen Verhandlungen zur Gründung einer Europäischen Gesellschaft zeigen, dass § 6 MgVG den notwendigen Mindeststandard zur Information der Arbeitnehmervertretungen, aber auch der Arbeitnehmer enthält. Angesichts der Bandbreite der betrieblichen Verhältnisse und Betriebsgrößen ist § 6 MgVG völlig sachgerecht.

5. Persönliche Voraussetzungen der auf das Inland entfallenden Mitglieder des BVG/Gewerkschaftsvertreter

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass bei der Bestellung des BVG Gewerkschaftsvertreter und leitende Angestellte gesondert zu beteiligen sind. Der dritte auf das Inland entfallende Sitz ist mit einem Vertreter einer Gewerkschaft zu besetzen. Bei mehr als sechs auf das Inland entfallenden Sitzen ist mindestens jedes 7. Mitglied ein leitender Angestellter.

Diese Regelung entspricht völlig der Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft. Im SEBG ist geregelt, dass jeder 3. inländische Sitz einem

Gewerkschaftsvertreter vorbehalten ist (§ 6 Abs. 3 SEBG). Ferner ist dort bestimmt, dass jeder 7. auf das Inland entfallende Sitz im BVG einem leitenden Angestellten vorbehalten ist (§ 6 Abs. 4 SEBG). Die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften verweist im § 16 Abs. 3 auf die Grundsätze und Modalitäten der Richtlinie zur Europäischen Gesellschaft. Es ist somit nur folgerichtig, dass hier eine inhaltsgleiche Umsetzung vorgenommen wird.

Eine solche Umsetzung entspricht darüber hinaus auch der bewährten Tradition des Mitbestimmungsgesetzes von 1976. Es wird – dies zeigen die bisherigen Verhandlungen zur Europäischen Gesellschaft in Deutschland – bei den Verhandlungen anlässlich von Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften auch immer um die Zahl der Sitze für die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften gehen. Das Mitbestimmungsgesetz räumt in § 7 Abs. 2 den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften ein eigenes Teilhaberecht im Interesse der Arbeitnehmer ein, dass lediglich durch eine Auswahlbefugnis der Belegschaft modifiziert wird. Auch der Grundsatz der Wahlfreiheit erfordert nicht, dass der Belegschaft die Nominierung der Gewerkschaftsvertreter vorbehalten bleiben müsse oder diese besonderen Sitze abgeschafft werden müssten (Kühling: "Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat", Seite 12, Edition der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 181, 2006).

6. Zusammensetzung des Wahlgremiums

Die bisherigen Erfahrungen mit der Bildung von Wahlgremien bei der Europäischen Gesellschaft belegen, dass Zeitaufwand und Kosten bei der Bildung des Wahlgremiums nur dann gering gehalten werden, wenn auf die vorhandenen Betriebsratsgremien zurückgegriffen wird.

Gleichermaßen sind Regelungen zu einer optionalen Urwahl bei der Wahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums abzulehnen.

7. Information über die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums

Bei den Informationen über die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums und der 10-Wochen-Frist für den Beginn des Verhandlungsverfahrens, hat man sich im Gesetzentwurf voll inhaltlich an die einschlägige Vorschrift des § 11 SEBG gehalten. Die bisherigen Erfahrungen bei Verhandlungen zur Europäischen Gesellschaft zeigen, dass die Unterscheidung, ob die Fristüberschreitung von den Arbeitnehmern zu vertreten ist oder nicht, sehr sinnvoll ist.

8. Sachverständige und Vertreter von geeigneten außenstehenden Organisationen

Es ist schlicht unzutreffend, dass die SE-Richtlinie – wie es BDA und BDI behaupten – die Hinzuziehung von Sachverständigen und dergleichen begrenze. Artikel 3 Abs. 7 der SE-Richtlinie erlaubt es den Mitgliedsstaaten lediglich, die Übernahme der Kosten auf die Kosten für einen Sachverständigen zu begrenzen. Mit gutem Grund ist beim SEBG hiervon nicht Gebrauch gemacht worden und es besteht keinerlei Gesichtspunkt, dies nun bei dem MgVG zu tun.

9. Minderung der Mitbestimmung

Bei der Definition, wann eine Minderung der Mitbestimmung gegeben ist (§ 17) geht der Gesetzentwurf in keiner Weise über die Richtlinie hinaus. Die in den Mit-

gliedstaaten bestehenden Systeme der Mitbestimmung in Unternehmensorganen sind sowohl bezüglich der Verfahren, als auch bezüglich der Größe und der Kompetenzen der Organe unterschiedlich ausgestaltet. Deshalb legt die Richtlinie zur Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft eine Definition der Mitbestimmung fest; die letztlich auf Artikel 2 k zurückgreift:

"Mitbestimmung ist die Einflussnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder der Arbeitnehmervertreter auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch:

- *die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Verwaltungsrats der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen,*
oder
- *die Wahrnehmung des Rechts, die Bestellung eines Teils der Mitglieder oder aller Mitglieder des Aufsichtsrats- oder Verwaltungsorgans zu empfehlen und/oder abzulehnen."*

Diese Definition gilt für beide Richtlinien und sie ist deshalb auch inhaltsgleich mit dem SEBG im MgVG umzusetzen.

10. Inhalt der Vereinbarung

Entscheidend für die Frage der Wiederaufnahme von Verhandlungen bei strukturellen Veränderungen ist es, dass in einer Vereinbarung nach § 22 Abs. 2 MgVG ebenso wie bei § 21 SEBG die Parteien das dabei anzuwendende Verfahren schon regeln können.

11. Umfang der Mitbestimmung

Das SEBG enthält bezüglich der Mitbestimmung kraft Gesetzes für monistisch verfasste Europäische Gesellschaften eine korrekte Umsetzung der einschlägigen Richtlinienregelungen. Die damals von BDA/BDI geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken sind vom Bundestag durch seine Beschlussfassung zurück gewiesen worden. Die Ausführungen zu § 24 MgVG in der Stellungnahme von BDA/BDI sind teilweise unlogisch, wenn von monistisch verfassten Unternehmen einerseits und der paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats andererseits die Rede ist.

Es widerspräche im Übrigen völlig den Gegebenheiten in Deutschland, wenn der Gesetzgeber von Artikel 16 Abs. 4 c der Richtlinie, die Mitbestimmung im Verwaltungsrat auf ein Drittel zu begrenzen, Gebrauch machen würde. Die deutsche Mitbestimmung stellt keine Wettbewerbsnachteile für deutsche Unternehmen dar, schon deshalb ergibt sich keine Notwendigkeit für den deutschen Gesetzgeber von dieser Begrenzungsmöglichkeit Gebrauch zu machen.

12. Rechtstellung; innere Ordnung

Die einschlägige Regelung des SEBG werden bei § 27 MgVG voll übernommen. Die Hervorhebung der Zuständigkeit eines der beiden Mitglieder für den Bereich Arbeit und Soziales in § 27 Abs. 2 MgVG ist zu begrüßen. Eine adäquate Betreuung des Faktors Arbeit im Leitungsorgan ist im Wandel zur industriellen Wissensgesellschaft mehr als notwendig.

13. Nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen

Die Regelung für nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen ist sehr gelungen: Für die weiteren Verschmelzungen innerhalb von drei Jahren gilt als von der Richtlinie verlangter Verlängerungsschutz nationales Recht nach den Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes, Drittelbeteiligungsgesetzes usw.

Es kann keine Rede davon sein, dass diese Regelung nicht den Vorgaben der Richtlinie entspräche, wie dies BDA/BDI behaupten. Die Gesetzesbegründung ist völlig überzeugend. Wer wie BDA/BDI hier erneute Verhandlungen fordert, widerspricht damit einerseits dem Sicherstellungsgedanken des Artikel 16 Abs. 7 der Richtlinie, andererseits wird nur durch eine Regelung wie in § 30 MgVG vermieden, innerhalb des Schutzzeitraums von drei Jahren wiederum über ein aufwändiges Verhandlungsverfahren für die Sicherung der Mitbestimmung zu sorgen. Es ist schon erstaunlich, dass die Kritik der BDA/BDI hier auf ein aufwändigeres Verfahren hinaus liefe.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)428

1. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände BDA

I. Im Allgemeinen

Die BDA begrüßt eine zügige Umsetzung der europäischen Verschmelzungsrichtlinie, um grenzüberschreitende Fusionen ohne aufwendige Hilfskonstruktionen und hohe Transaktionskosten zu erleichtern.

Der Entwurf lehnt sich richtigerweise eng an die Vorschriften des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz SEBG) an und setzt im Wesentlichen die zwingenden Regelungen der Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen um. Er nutzt aber ebenso wie beim SEBG nicht alle vorhandenen Flexibilitätsspielräume aus.

Die grundsätzlich richtige Einschätzung, die insbesondere in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, dass die Möglichkeit eröffnet wird, speziell auf die Situation der geplanten Gesellschaft zugeschnittene Regelungen zu treffen und neben der Nutzung bewährter Mitbestimmungssysteme gegebenenfalls auch Mischformen oder neue Konzepte und Verfahren zu entwickeln, verkennet aber, dass bei einer Beteiligung deutscher mitbestimmter Unternehmen an grenzüberschreitenden Fusionen eine freie Aushandlung von Mitbestimmungsregeln aufgrund der vom Entwurf vorgesehenen Auffangregelung nur in engen Grenzen denkbar ist. Nur wenn von dem von der Verschmelzungsrichtlinie gewährten Umsetzungsspielraum Gebrauch gemacht wird, können gleichberechtigte Verhandlungen über die Mitbestimmung bei Beteiligung deutscher Unternehmen an grenzüberschreitenden Verschmelzungen gewährleistet werden.

II. Im Einzelnen zu Artikel 1, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)**Zu § 1 – Zielsetzung des Gesetzes**

In § 1 wird in Anlehnung an die Systematik europäischer Richtlinien ebenso wie in Anlehnung an das SEBG die

Zielsetzung des Gesetzes dargestellt. Folgt man dieser der deutschen Gesetzestechnik bisher fremden Systematik europäischer Richtlinien, so sollte diese Gelegenheit dazu genutzt werden, dem Rechtsanwender einen klaren Überblick über Sinn und Zweck des Gesetzes zu geben.

Dies ist insbesondere mit der Formulierung des § 1 Abs. 2 nicht gewährleistet. In seiner bisherigen Fassung lässt § 1 Abs. 2 den Eindruck entstehen, das Gesetz regle auch in vollem Umfang die Mitbestimmung bei einer Verschmelzung aus Deutschland heraus. Bereits hier sollte klar herausgestellt werden, dass das Gesetz sowohl umfangreiche Regelungen über die Mitbestimmung einer verschmolzenen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland trifft, als auch Regelungen, insbesondere über die Besetzung des besonderen Verhandlungsgremiums mit deutschen Vertretern, wenn der Sitz einer verschmolzenen Gesellschaft nicht in Deutschland ist. Diese Unterscheidung wird auch an mehreren anderen Stellen des Gesetzes nicht in der nötigen Weise deutlich.

Zu § 2 – Begriffsbestimmungen

Um den Eindruck zu vermeiden, dass abweichend vom deutschen kollektiven Arbeitsrecht Definitionen für die grenzüberschreitende Verschmelzung neu geschaffen werden, sollte von Begriffsbestimmungen abgesehen werden, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind. So werden bspw. bei der Begriffsbestimmung die Begriffe Arbeitnehmer, Leitung, Arbeitnehmervertretung und Mitbestimmung definiert, obwohl eine entsprechende Vorgabe in der Richtlinie fehlt.

Zu § 3 – Geltungsbereich

Entsprechend unserer Anmerkung zu § 1 könnte in § 3 deutlicher hervorgehoben werden, dass das Gesetz neben der Mitbestimmung einer verschmolzenen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland auch die Besetzung des besonderen Verhandlungsgremiums mit deutschen Vertretern bei einer Verschmelzung mit zukünftigem Sitz im Ausland regelt.

Zu § 4 – Anwendung des Rechts des Sitzstaats

Die Klarstellung, dass es sich um die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen handelt, ist aufgrund der Definition in § 2 Abs. 7 überflüssig und kann dadurch, dass an anderen Stellen auf entsprechende Ergänzungen verzichtet wird (Bspw. in § 6 Abs. 1) zu Missverständnissen führen.

Zu § 5 – Anwendung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes

§ 5 regelt in Umsetzung des Artikel 16 Abs. 2 der Richtlinie die Voraussetzungen dafür, dass abweichend von § 4 nicht das Recht des Ziellandes der Verschmelzung maßgeblich ist, sondern über die Mitbestimmung eine Vereinbarung zu treffen ist bzw. die Auffangregelung gem. § 23 greift.

Hier muss der von der Richtlinie vorgesehene Spielraum für die nationalen Gesetzgeber und insbesondere die Möglichkeit einer Öffnungsklausel genutzt werden. Gem. Art. 16 Abs. 3 lit. e der Richtlinie in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2001/86/EG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Auffangregelung in Teil 3 des Anhangs der Richtlinie 2001/86/EG keine Anwendung findet. Vor diesem Hintergrund sollte von einer Mitbestimmung kraft Gesetzes für den Fall der Sitznahme einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft in Deutschland abgesehen werden. Dies würde erheblich zur Steigerung der Attraktivität des Investitions- und Holdingstandorts Deutschland beitragen und deutliche Impulse für die Verhandlungslösung geben, die dann ohne die Belastung durch eine Auffangregelung autonom gefunden werden könnte.

Hinsichtlich der Gesetzesbegründung zu Nr. 1 ist anzumerken, dass die Aussage „die Vereinbarungs-/Auffangregelung des Umsetzungsgesetzes greift daher ein, wenn ein aufgrund gesetzlicher Vorschriften mitbestimmtes deutsches Unternehmen an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt ist“ insofern nicht stimmt, als Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern, die vor dem 10. August 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaft sind, ebenfalls der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen.

Zu § 6 – Information der Leitungen

Die Verpflichtung zur Information ist – im Einklang mit Art. 7 der Richtlinie und entsprechend der Vorschriften zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums – auf die jeweils auf höchster Ebene bestehende Arbeitnehmervertretung zu beschränken. Es dient der Rechtssicherheit, wenn klargestellt ist, dass Adressat des Informationsanspruchs immer nur die auch für die Bestellung des besonderen Verhandlungsgremiums zuständige Arbeitnehmervertretung ist. Klargestellt werden sollte auch, dass in betriebsratslosen Betrieben bei Bestehen eines Konzern- oder Gesamtbetriebsrats keine Information gegenüber den Arbeitnehmern zu erfolgen hat.

Für den Fall, dass die Information gegenüber den Arbeitnehmern zu erfolgen hat, ist die Verpflichtung dahingehend zu konkretisieren, dass eine Übermittlung in einer Art und Weise genügt, die den betroffenen Beschäftigten eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnissnahme ermöglicht. Auch die Nutzung der in den Unternehmen üblichen Kommunikationsmittel (schwarzes Brett, Intranet)

muss zulässig sein. Der Zugang der Information bei jedem einzelnen Arbeitnehmer sollte aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität nicht gefordert werden.

Zu § 8 – Persönliche Voraussetzungen der auf das Inland entfallenden Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums

Die Umsetzung in § 8 Abs. 3 geht über die Anforderungen der Verschmelzungsrichtlinie hinaus. Die Vorschrift ist zu streichen. Es sollte den Arbeitnehmern die Möglichkeit gegeben, ihnen aber auch gleichzeitig selbst überlassen bleiben, ob sie externe Gewerkschaftsvertreter in das besondere Verhandlungsgremium wählen wollen.

Zu § 10 – Zusammensetzung des Wahlgremiums; Urwahl

Der von der Richtlinie vorgegebene Spielraum sollte auch hier umfassend genutzt werden. Nach dem Entwurf haben die Arbeitnehmervertretungen, die auf der jeweils höchsten Ebene tatsächlich vorhanden sind, die Aufgabe der Wahl. Dabei soll das Gremium auch die Arbeitnehmer vertreten, die keinen Betriebsrat gewählt haben. Begründet wird dies mit der Bestrebung, Aufwand und Kosten gering zu halten. Es sollte den Parteien aber stattdessen freigestellt werden, ob die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums von vorhandenen Arbeitnehmervertretungen oder von Arbeitnehmern in Urwahl gewählt werden sollen. Eine Urwahl durch Arbeitnehmer verursacht keine höheren Kosten als eine Wahl durch ein durch bestehende Betriebsratsgremien gebildetes Wahlgremium.

Zu § 12 – Wahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums

Hier müssten entsprechend unserer Anmerkung zu § 10 auch Regelungen zu einer optionalen Urwahl getroffen werden.

Zu § 13 – Informationen über die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums

Das Verhandlungsverfahren hat in jedem Fall nach Ablauf der Frist von 10 Wochen zu beginnen. Eine Differenzierung danach, ob die Fristüberschreitung von den Arbeitnehmern zu vertreten ist oder nicht, ist aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen und wird auch von der Richtlinie nicht gefordert. Das Interesse der unter Umständen betroffenen Arbeitnehmer wird dadurch gewahrt, dass die verspätet bestellten Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums an den weiteren Verhandlungen – die bis zu einem Jahr dauern können – teilnehmen können. Die Frist von 10 Wochen sollte daher als Mussvorschrift ausgestaltet werden.

Zu § 16 – Sachverständige und Vertreter von geeigneten außenstehenden Organisationen

Die Kosten für die Hinzuziehung von Sachverständigen sind auf einen Sachverständigen zu begrenzen. Dies entspricht der in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer getroffenen Regelung, die gem. Art. 16 Abs. 3 lit. a der Verschmelzungsrichtlinie auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung Anwendung findet. Im Interesse gleicher Chancen im europäischen Wettbewerb darf dieses von der Richtlinie geforderte Mindestmaß nicht überschritten werden.

Zu § 17 – Beschlussfassung im besonderen Verhandlungsgremium

Bei der Definition, wann eine Minderung der Mitbestimmung gegeben ist, darf der Gesetzgeber nicht über die Richtlinie hinausgehen. Eine solche Erweiterung in diesem Punkt steht der notwendigen einheitlichen Rechtsanwendung in allen Mitgliedstaaten entgegen. Während die Richtlinie die Minderung nur an ein verändertes Verhältnis der Köpfe in dem entsprechenden Gremium anknüpft, ist nach dem Entwurf eine Minderung auch gegeben, wenn das Recht, Mitglieder in die entsprechenden Gremien zu wählen, zu bestellen, zu empfehlen oder abzulehnen, beseitigt oder eingeschränkt wird. Auch der Bundesrat fordert daher, die Vorschrift des § 17 Abs. 4 auf eine Anknüpfung an ein verändertes Verhältnis der Köpfe in den entsprechenden Gremien zurückzuführen.

Im Rahmen der Regelung zur Übernahmeverpflichtung der beteiligten Gesellschaften hinsichtlich der Kosten für das besondere Verhandlungsgremium sollte ein ausdrückliches Gebot zur Kostenvermeidung aufgenommen werden.

Zu § 22 – Inhalt der Vereinbarung

Die den Verhandlungspartnern nach der Richtlinie eingeräumten Handlungsspielräume sind im vollen Umfang auszunutzen. Abzulehnen ist daher die Vorgabe, dass in der abzuschließenden Vereinbarung auch festgelegt werden soll, dass auch vor strukturellen Veränderungen Verhandlungen aufgenommen werden.

Zu § 23 – Voraussetzung für die Mitbestimmung kraft Gesetzes

Würde von den Regelungen zur Mitbestimmung kraft Gesetzes und zur Auffangregelung abgesehen, könnten die von der Richtlinie gegebenen Flexibilitätsspielräume ausgenutzt werden. Die Ausgangsbedingungen deutscher Unternehmen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen würden denen ausländischer Unternehmen angenähert.

Zu § 24 – Umfang der Mitbestimmung

Die Regelung in § 24 geht insofern über die Richtlinie hinaus, als sie gem. Art. 16 Abs. 4 lit c bestehende Möglichkeit, bei der Mitbestimmung im Verwaltungsrat diese auf ein Drittel zu begrenzen, nicht nutzt. Insbesondere bei der Beteiligung der Arbeitnehmer in einem monistisch verfassten Unternehmen bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bei einer paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats. Darüber hinaus verstärkt ein Außerachtlassen dieser durch den europäischen Gesetz-

geber eingeräumten Möglichkeit die Wettbewerbsnachteile für deutsche Unternehmen.

Zu § 27 – Rechtsstellung; innere Ordnung

Die Vorschrift des § 27 Abs. 2, wonach die Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans oder der geschäftsführenden Direktoren mindestens zwei betragen muss und einer von ihnen für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig zu sein hat, findet keinerlei Grundlage in der Richtlinie. Von einer entsprechenden Vorgabe sollte deshalb abgesehen werden. Darüber hinaus würde eine solche Regelung nur für Gesellschaften passen, die der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen und daher gem. § 33 MitbestG über einen Arbeitsdirektor verfügen. Insbesondere bei einer nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH gibt es hingegen keinen Arbeitsdirektor. Hier würde die Regelung in § 27 eine von der Richtlinie nicht geforderte Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung mit sich bringen.

Zu § 30 – Nachfolge innerstaatlicher Verschmelzungen

Diese Regelung über die Mitbestimmung bei nachfolgenden innerstaatlichen Verschmelzungen innerhalb eines dreijährigen Zeitraumes entspricht nicht den Vorgaben der Richtlinie. Gem. Art. 16 Abs. 7 der Richtlinie sind in diesen Fällen die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Art. 16 der Richtlinie zu schützen. Art. 16 Abs. 7 der Verschmelzungsrichtlinie kann nach dem eindeutigen Wortlaut nur so verstanden werden, dass auch in den Fällen innerstaatlicher Verschmelzungen innerhalb der ersten drei Jahre nach der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Anlehnung an die Richtlinie eine Lösung der Mitbestimmungsfrage durch Verhandlungen herbeigeführt werden muss. Dafür, dass das Verhandlungsergebnis nach Ablauf der dreijährigen Bindung gem. Art. 16 Abs. 7 der Verschmelzungsrichtlinie durch das nationale Recht abgelöst wird, ergeben sich aus der Richtlinie keine Anhaltspunkte. Insbesondere kann aus Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie - das umgekehrte Verhältnis von Regeln und Ausnahmen wurde bereits festgestellt - kein anderer Schluss gezogen werden.

Zu § 34 – Strafvorschriften

Die Androhung von Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr in den Fällen des § 34 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ist überzogen. Geldstrafe stellt eine ausreichende Sanktion dar.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)436

3. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Prof. Dr. Bernd Fricken, Universität Witten/Herdecke

Mitbestimmung und Unternehmensperformance: Ergebnisse der empirischen Wirtschaftsforschung

Gliederung

1. Mitbestimmung in Deutschland: Ein Auslaufmodell?
2. Jenseits ideologischer Debatten: Wie misst man die wirtschaftlichen Folgen von Mitbestimmung?
3. Neuere Ergebnisse der empirischen Wirtschaftsforschung: Wie belastbar sind die Befunde?
4. Zusammenfassung und Implikationen

1. Mitbestimmung in Deutschland: Ein Auslaufmodell?

Über ein „Auslaufmodell“ muss man sich nicht weiter unterhalten; einen vermeintlichen „Standortvorteil“ sollte man hingegen theoretisch wie empirisch überzeugend begründen können.

Die theoretische Begründung für gesetzlich autorisierte Arbeitnehmervertretungen (Kooperation kommt in der Regel selbst dann nicht automatisch zustande, wenn beide Parteien dies wünschen) ist – für sich alleine genommen – nicht sehr überzeugend.

Der empirische Nachweis ist nicht nur hinsichtlich des erforderlichen Datenmaterials sehr voraussetzungsreich, sondern zugleich auch unter methodischen Gesichtspunkten recht schwierig (auf beides wird im folgenden ausführlich einzugehen sein).

... die Mitbestimmung aus verbandspolitischer Perspektive:

„Die deutsche Mitbestimmung versteht im Ausland niemand“

Jürgen Thumann, Präsident des Bundesverbandes der Deutschen Industrie in der *Süddeutschen Zeitung* vom 19.10.2004

„Mitbestimmung im Aufsichtsrat war ein Irrtum der Geschichte“

Michael Rogowski, ehemaliger Präsident des Bundesverbandes der Deutschen Industrie in der *Süddeutschen Zeitung* vom 14.10.2004

„Ich konnte sie (die Vertreter von Chrysler, B.F.) davon überzeugen, dass die Mitbestimmung in Deutschland sehr segensreich ist – einige Auswüchse mal ausgenommen. Manche Entscheidungsprozesse dauern zwar etwas länger als in den USA, aber wenn es dann eine Übereinkunft zwischen Management und Arbeitnehmervertretern gibt, ist das eine sehr verlässliche Basis“.

Jürgen Schrempp, Vorstandsvorsitzender von DaimlerChrysler in der *„Bild am Sonntag“* vom 10.5.1998

... und aus unterschiedlichen (Ökonomen-)Blickwinkeln

„If codetermination is beneficial to both stockholders and labor, why do we need laws which force firms to engage in it? Surely, they would do so voluntarily. The fact that stockholders must be forced by law to accept codetermination is the best evidence we have that they are adversely affected by it“.

Michael Jensen und William Meckling (1979: 474).

„In distributional conflicts about contractually unprotected quasi-rents, it is at least optimistic, if not naive, to expect an efficient voluntary agreement about the firm's constitution. A selfish rational agent will prefer a constitution that strengthens his absolute position in ex post bargaining, even if this is detrimental to the firm value. One cannot then expect an efficient constitution of the corporation as a result of a bargaining process between co-specialised investors“.

Dieter Sadowski, Joachim Junkes und Sabine Lindenthal (1999: 9)

2. Jenseits ideologischer Debatten: Wie misst man die wirtschaftlichen Folgen von Mitbestimmung?

Längsschnittinformationen über eine möglichst große und repräsentative Zahl an Unternehmen (Panelerhebungen) sind unverzichtbare Voraussetzung.

„Exogene Schocks“ (z.B. Änderungen in den gesetzlichen Rahmenbedingungen, die alle oder aber auch nur einen Teil der mitbestimmten Unternehmen be-

treffen) sollten grundsätzlich für Analyse Zwecke genutzt werden („Vorher-Nachher-Vergleiche“).

Die wirtschaftlichen Folgen einer wie auch immer gearteten Mitbestimmungsregelung werden mit Sicherheit nicht für Unternehmen unterschiedlicher Größe und/ oder Wirtschaftszweige gleich sein. Vermutlich wird man auch auf unterschiedliche (branchenspezifische) Performancemaße abstellen müssen.

Welche Dimensionen der Unternehmensperformance sind hinsichtlich der Quantifizierung der wirtschaftlichen Folgen von Mitbestimmung als relevant zu erachten (tangible vs. intangible Assets)?

- Ertragslage (Umsatz, Wertschöpfung)
- Gewinne
- Innovationsfähigkeit (Produkt- und Prozessinnovationen)
- Fluktuation (Entlassungen, Eigenkündigungen, sonstige Abgänge)
- Motivation (Fehlzeiten)
- Investitionen in Aus- und Weiterbildung
- ...

Zentrale methodische Probleme

Das erste Problem:

Es gibt keine wie auch immer geartete Kontrollgruppe (vergleichbar große, aber nicht-mitbestimmte Unternehmen)

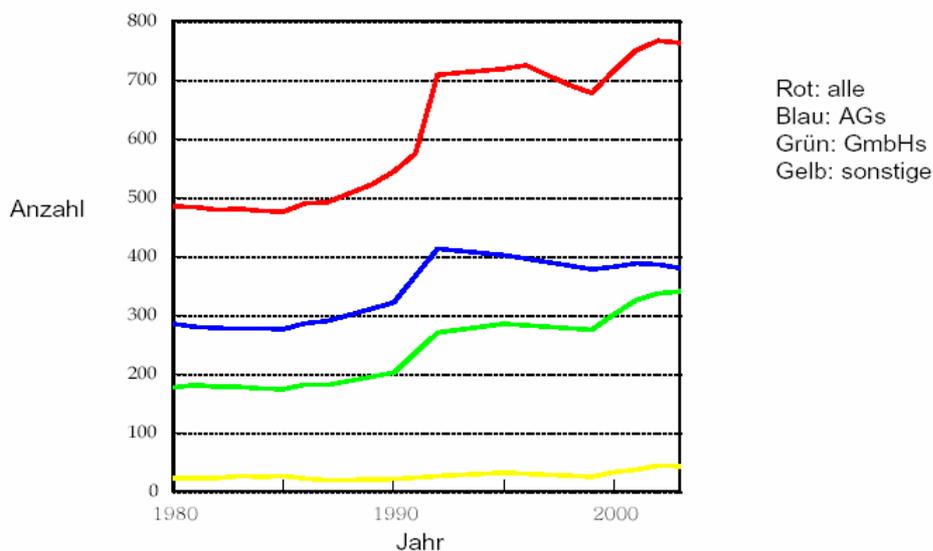
Lösung (?) des Problems:

Vergleich der Performance mitbestimmter Unternehmen vor und nach dem Inkrafttreten des MitbestG (evtl. gemessen an einer zu definierenden Kontrollgruppe)

Das zweite Problem:

Selbst der „Vorher-Nachher-Vergleich“ ist unter methodischen Gesichtspunkten unbefriedigend, weil nicht zu klären ist, wie lange die Regelungen des MitbestG 1976 bereits vor dessen Inkrafttreten von den betroffenen Unternehmen antizipiert wurden. Wenn es Anpassungsprozesse gegeben haben sollte, waren diese mit großer Wahrscheinlichkeit bereits im Frühjahr 1976 abgeschlossen.

Tabelle 4
Unternehmen, die dem MitbestG 1976 unterliegen



Eine mögliche (aber eben auch recht aufwendige) Lösung des Problems:

- Identifikation von Statuswechslern (in den Geltungsbereich des MitbestG hinein und hinaus)
- Aggregation der betreffenden Unternehmen über die Zeit hinweg

- Damit ergibt sich die Möglichkeit, unternehmenswie zeitspezifische Effekte voneinander zu separieren

- Erst danach ist eine vergleichende Analyse der Performance der unterschiedlichen „Typen“ mitbestimmter Unternehmen möglich

Diese Lösung harrt bislang ihrer Umsetzung ...

Abbildung 1
Die sich ändernde Zusammensetzung der mitbestimmten Unternehmen

Unternehmen	Zeit (1976-2005)
A	Rot
B	Rot (1976-1985), Weiß (1985-2005)
C	Weiß (1976-1990), Rot (1990-2005)
D	Rot (1976-1980), Weiß (1980-1985), Rot (1985-1990), Weiß (1990-1995), Rot (1995-2000), Weiß (2000-2005)
E	Weiß (1976-1985), Rot (1985-1995), Weiß (1995-2000), Rot (2000-2005)

Rot: dem MitbestG 1976 unterliegend
Weiß: nicht dem MitbestG 1976 unterliegend

3. Neuere Ergebnisse der empirischen Wirtschaftsforschung: Wie belastbar sind die Befunde?

Mitbestimmung im Aufsichtsrat: Recht robuste Befunde

- Börsenkurse (Baums und Frick 1998, 1999)
- Umsatzentwicklung (Fitzroy und Kraft 2005)
- Innovationsfähigkeit (Kraft und Stank 2005)
- Eigenkapitalrendite und Kurs-Buchwert-Verhältnis (Vitols 2006)

→ Mitbestimmung hat einen zumeist signifikant positiven, aber niemals negativen Einfluss auf die Unternehmensperformance.

Einzigste Ausnahme von dieser Regel:

→ Gorton und Schmid (2004) – massive methodische Probleme legen den Schluss nahe, die Untersuchung (die einen “Mitbestimmungs-Discount” von rund 30% nachzuweisen versucht) nicht weiter zu berücksichtigen.

Tabelle 5
Ausgewählte Studien zur Mitbestimmung
im Aufsichtsrat im Überblick



Autor(en) und Jahr der Veröffentlichung	Datengrundlage	Abhängige Variable	Zentrale Befunde
Kraft und Schank (2005)	155 Aktiengesellschaften des Verarbeitenden Gewerbes, 1971-1990, dar. 59 mitbestimmte	Anzahl der erteilten Patente (ZINB-Modelle)	Signifikant höher in mitbestimmten Unternehmen
FitzRoy und Kraft (2005)	179 Aktiengesellschaften des Verarbeitenden Gewerbes, 1972-1976 und 1981-1985, dar. 65 mitbestimmte	Umsatz (Cobb-Douglas-Produktionsfunktion)	Signifikant stärkeres Wachstum in mitbestimmten Unternehmen
Baums und Frick (1998; 1999)	28 börsennotierte AGs, 1.1.1974-31.12.1995	Abnormale und kumulierte abnormale Rendite	Gerichtsurteile sind irrelevant für die Kapitalmarktperformance

Tabelle 5 (Fortsetzung)



Autor(en) und Jahr der Veröffentlichung	Datengrundlage	Abhängige Variable	Zentrale Befunde
Vitols (2006)	494-504 mitbestimmte Unternehmen (unbalanced panel mit 1336-2346 Beobachtungen) in den Jahren 2000-2004	Eigenkapitalrendite Kurs-Buchwert-Verhältnis (Fixed Effects-Modelle)	Paritätische Mitbestimmung hat keinerlei Einfluß auf die Unternehmensperformance

4. Zusammenfassung und Implikationen

- Wenn selbst prononcierte Kritiker der bundesdeutschen Unternehmensverfassung keine der wirtschaftlichen Performance abträglichen Effekte der Mitbestimmung finden (können), ist dies ein ausgesprochen wichtiges Ergebnis.
 - Gemessen daran sind die von den Befürwortern einer gesetzlichen Regelung dokumentierten signifikant positiven Effekte beinahe schon zu vernachlässigen.
- Die Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten großer Unternehmen ist ganz sicher kein „Standortnachteil“; ihre Zukunftsfähigkeit muss sie freilich immer wieder aufs Neue beweisen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)437

3. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -

Dr. Sigurt Vitols, Berlin

Im Interesse der Vereinfachung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen und der besseren Mobilität von Unternehmen in Europa ist die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften samt ihrer Umsetzung ins deutsche Recht zu begrüßen. Der deutsche Gesetzgeber bestätigt mit seinem Gesetzentwurf vom 12.10.2006 (Drucksache 16/2922) den politischen Konsens in Europa, das „bevor-nachher“ Prinzip anzuwenden, wie es der SE Gesetzgebung zu Grunde liegt, und damit bestehende nationale Mitbestimmungsrechte substantziell zu schützen.

Die vorliegende Forschung über die Wirkungen der Mitbestimmung und vergleichbarer Regelungen der Arbeitnehmerbeteiligung in anderen EU-Mitgliedsstaaten bestätigen diesen politischen Ansatz. Sie zeigen, dass obligatorische Arbeitnehmerbeteiligung bis in die Unternehmensspitze dort zu Hause ist, wo auch starke Volkswirtschaften zu finden ist. Für Deutschland zeigt die Mehrheit der "State-of-the-Art" Studien zur paritätischen Mitbestimmung keine negativen Auswirkungen auf Börsenbewertung und positive Auswirkungen auf Unternehmensabläufe (Innovation und Produktivität). Positive Auswirkungen auf ökonomische Performanz sind noch stärker ausgeprägt als bei der betrieblichen Mitbestimmung. Studien in Skandinavien, Frankreich, und Österreich zeigen auch, dass die Vertretung von Arbeitnehmern in den höchsten Leitungsorganen von Unternehmen positive Auswirkungen hat bzw. von Managern positiv bewertet wird. Umfragen von Managern in europäischen Großunternehmen belegen zudem, dass Europäische Betriebsräte insgesamt positiv bewertet sind. Mitbestimmung hat auch positive Effekte in Ländern ohne starke Mitbestimmungstraditionen (wie z.B. Großbritannien). Manager aus diesen Ländern berichten, dass es signifikante Lerneffekte im Umgang mit neuen Formen der Arbeitnehmerpartizipation gibt. Nach einiger Zeit schätzen sie Europäische Betriebsräte genau so positiv ein wie Manager aus Ländern mit starken Mitbestimmungstraditionen.

Aus der Wohlfahrtsperspektive ist die Mitbestimmung daher insgesamt ein positiver Faktor und deshalb schützenswert.

Der Grundsatz des Vorrangs für Verhandlungen über die neue Form der Mitbestimmung, der in der Verschmelzungsrichtlinie und im Gesetzentwurf enthalten ist – Priorität für Verhandlungen, mit einer Auffanglösung im Falle des Scheiterns der Verhandlungen – wird auch von der modernen Spieltheorie als effiziente Lösung bestätigt. Ein verbindlicher Rahmen für Verhandlungen, wie dieser Gesetzentwurf ihn vorsieht, wird von der Spieltheorie befürwortet. Verhandlungen ohne verbindliche Rahmen scheitern häufig, da sie glaubwürdige Vereinbarungen ("credible commitments") nicht ausreichend sichern können. Dazu ist eine substantielle Auffanglösung nötig, die bereits vorhandenen Standards sichert und von Arbeitgeberseite zum Nachteil der Arbeitnehmerseite in Verhandlungen umgangen oder ignoriert werden kann. Derjenige Verhandlungspartner, der eine Ausstiegsoption ("exit option") hat, verfügt über mehr Verhandlungsmacht als der Verhandlungspartner, der keine Ausstiegsoption hat. Da Kapital in unserer globalisierten Welt generell mobiler ist als Arbeit, hat Kapital solch eine Ausstiegsoption und verfügt über mehr Verhandlungsmacht. Aus spieltheoretischer Sicht wirkt deshalb eine verbindliche und substantielle Auffanglösung – ohne Öffnungsklausel – effizienzsteigernd durch den (zumindest teilweisen) Ausgleich des Verhandlungsmachtnachteils der Arbeitnehmerseite.

Die Effizienz dieses Ansatzes, der sich zutreffend eng an die Umsetzung der SE-Gesetzgebung anlehnt, wird von den bisherigen Erfahrungen mit neu gegründeten SEs auf den ersten Blick bestätigt. Bei den Beispielen Allianz, MAN Diesel, Plansee und Elcoteq wurden Verhandlungen über die neue Form der Mitbestimmung schnell und im Sinne beider Seiten (Management und Arbeitnehmern) abgeschlossen. Die Tatsache, dass die meisten großen SE-Gründungen bisher in Ländern mit starken Mitbestimmungstraditionen stattgefunden haben, zeigt, dass starke Mitbestimmungsrechte einer effizienten Unternehmensreorganisation nicht im Wege stehen.

Sigurt Vitols, Ph.D.¹

¹ Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung und Lehrbeauftragter am Institut für Sozialwissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)431

1. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Prof. Dr. Otto Ernst Kempfen, Frankfurt/Main

Angesichts der Kürze der vorgegebenen Zeit beschränke ich mich hier auf die folgenden Thesen, welche in der Anhörung mündlich erläutert werden können.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinie 2005/56/EG ist Art. 44 EG-Vertrag. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung war die Richtlinie daher so auszulegen und bundesgesetzlich zu erfüllen, dass die Niederlassungsfreiheit in den Fällen grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften verwirklicht wird. Dieser Zweck stellt gleichzeitig die Grenze des nationalen Handlungsrahmens dar. Infolgedessen richtet sich die Richtlinie zentral an den nationalen Gesetzgeber im Bereich des Gesellschaftsrechts. Das Koalitions- und Arbeitsrecht darf von der Richtlinie nur insoweit berührt werden, wie es aufgrund des Richtlinienzwecks als unerlässlich erscheint.
2. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist in Deutschland u. a. im Mitbestimmungsgesetz vom 4.5.1976 zwingend geregelt. Bei diesen Regelungen der Unternehmensmitbestimmung handelt es sich primär um eine Ausgestaltung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Mag diese Ausgestaltung auch zuvörderst in den Formen des Gesellschaftsrechts erfolgen müssen und erfolgt sein, so handelt es sich bei dem Mitbestimmungsgesetz dennoch um eine „weitere Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, die „neben dem Tarifsystem“ steht. Nach diesen Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts vom 1.3.1979 (BVerfGE 50, 290, 371) hat die Unternehmensmitbestimmung außerdem Rückwirkungen auf die Tarifautonomie der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite (BVerfGE 50, 290, 372 ff.). Wegen der staatlichen Schutzpflicht gegenüber der Koalitionsfreiheit darf der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 2005/56/EG nur in der Form umsetzen, dass die deutschen Regelungen der

Unternehmensmitbestimmung möglichst wenig berührt und beeinträchtigt werden.

3. Die koalitionsrechtliche Basis der Unternehmensmitbestimmung (vgl. hierzu Kempfen/Peukert/Kieper, AuR, 2006, 297 ff.), welche vom Bundesverfassungsgericht auch sozialstaatlich fundiert worden ist (vgl. BVerfG 2.3.1999, BVerfGE 99, 367, 395), verbietet es dem deutschen Gesetzgeber, die Richtlinie in exzessiver Weise umzusetzen. Viel mehr endet seine Kompetenz immer dort, wo die strikten Notwendigkeiten der Realisierung europäischer Niederlassungsfreiheit überschritten werden.
4. Die sehr unterschiedlichen nationalen Systeme der Unternehmensmitbestimmung in der europäischen Union machen es notwendig, im Falle von grenzüberschreitenden Verschmelzungen – ebenso wie bei der Gründung einer Societas Europaea – eine Verhandlungslösung vorzusehen und nur für den Fall der Nichteinigung auf dem Verhandlungswege die gesetzliche nationale Mitbestimmung vorzuschreiben. Damit wird den Notwendigkeiten der Niederlassungsfreiheit einerseits und den staatlichen Schutzpflichten aus Art. 9 Abs. 3 GG andererseits hinreichend Rechnung getragen. Es bestehen infolgedessen keine Bedenken gegen die vorgesehene Kombination einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch Vereinbarung oder aufgrund der deutschen Gesetzesregelungen.
5. Die in § 8 Abs. 2 und 3 des Entwurfs zwingend vorgesehene Mitgliedschaft von Gewerkschaftsvertretern im „besonderen Verhandlungsgremium“ ist eine Konsequenz aus Art. 9 Abs. 3 GG. Sie sorgt dafür, dass die Gewerkschaften als Mitverantwortliche für die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der jeweiligen Branche und als Träger der Tarifautonomie auch in internationalen Verschmelzungsfällen beteiligt bleiben. Es handelt sich in so-

weit um eine Konsequenz aus ihrer Beteiligung nach bestehendem nationalen Recht. Diese gewerkschaftliche Beteiligung im „besonderen Verhandlungsgremium“ rechtfertigt sich auch aus europäischer Mitbestimmungs-Perspektive. In nahezu allen europäischen Staaten, die eine Form der Unternehmensmitbestimmung für die Arbeitnehmer vorsehen, wird diese von den jeweils für das Unternehmen zuständigen/dort vertretenen Gewerkschaften wahrgenommen. In Deutschland ist die gewerkschaftliche Repräsentanz im Bereich der Mitbestimmung bereits nach geltendem Recht vergleichsweise schwach. Es ist deshalb richtig, diese Beteiligung auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen wenigstens annähernd auf bisherigem Niveau zu sichern.

6. Die zwingende Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern im „besonderen Verhandlungsgremium“ rechtfertigt sich auch unter einem anderen wesentlichen Gesichtspunkt. Auf Arbeitnehmerseite gäbe es ohne die gewerkschaftlichen Mandate keine institutionelle Kontinuität nach Abschluss der Verhandlungen über die Mitbestimmung. Es ist denkbar, dass alle Mitglieder des Gremiums als Arbeitnehmer anschließend aus dem Unternehmen ausscheiden, obwohl die von ihnen getroffenen Vereinbarungen jahrzehntelang bestehen können. Demgegenüber ist die Anteilseignerseite durch die Gesellschaftsorgane dauerhaft repräsentiert. Die Beteiligung gewerkschaftlicher Vertreter ist dann die einzige Vorkehrung dafür, dass auch die Arbeitnehmerseite wenigstens institutionell permanent vertreten bleiben kann.
7. Die in § 27 des Entwurfs vorgesehene Position eines Leitungsmitgliedes, das für den Bereich „Arbeit und Soziales“ zuständig ist, muss unter den zu 6. angesprochenen Gesichtspunkten begrüßt werden. Gegen sie bestehen – ebenso wie gegen die anderen Regelungen des Entwurfs – keine durchgreifenden Bedenken, weil sie die Erfordernisse der staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit erfüllen und den Notwendigkeiten der Richtlinie zur Niederlassungsfreiheit gleichzeitig genügen.

Frankfurt am Main, 1. November 2006

Ergänzung zu den Thesen

Koalitionsfreiheit und Risikoverteilung: Zur rechtlichen und ökonomischen Begründung von Unternehmensmitbestimmung heute*

1. Mitbestimmung: Gesellschafts- oder Arbeitsrecht?

Der diesjährige Deutsche Juristentag hat mit seiner Themenstellung „Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen“ eine treffende rechtliche Einordnung der Unternehmensmitbestimmung vorgenommen: er will dieses Thema nicht in seiner gesellschaftsrechtlichen, sondern in seiner „Arbeitsrechtlichen Abteilung“ behandelt wissen.

* Erschienen in AuR 2006, 297 ff. Der Aufsatz ist im Rahmen der Arbeit der Projektgruppe „Die zukünftige Funktion nationaler Unternehmensmitbestimmung im integrierten Europa“, an der Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main entstanden. Die Autoren danken Stefanie Hürtgen herzlich für die Unterstützung bei der Abfassung.

Schaut man sich das Gutachten von Thomas Raiser zum DJT an², so soll es um europarechtliche Entwicklungen gehen, die sich mit Stichworten wie „grenzüberschreitende Sitzverlegung oder Fusion“, „Niederlassungsfreiheit“, „Centros“³, „Übersee-Ring“⁴, „Inspire Art“⁵, „Sevic“⁶ und die „Societas Europaea“⁷ verbinden. Die damit angesprochenen rechtspolitischen und juristischen Vorgänge betreffen allerdings primär das Gesellschaftsrecht als Korporationsrechtsordnung der Eigentümer zum gemeinsamen unternehmerischen Handeln. Es ist hierdurch faktisch auch zum rechtlichen Handlungsfeld der Unternehmensmitbestimmung geworden. Nimmt man hinzu, dass die Mitbestimmung von der Europäischen Kommission stets als notwendiger Teil gesellschaftsrechtlicher Rechtsangleichung gesehen worden ist, dann scheint sich die Mitbestimmung langfristig auf ein gesellschaftsrechtliches Problem zu reduzieren. Tatsächlich ist es vielfach in den letzten Jahren üblich geworden, die Unternehmensmitbestimmung als Gesellschaftsrecht zu behandeln. Die rechtlichen Vorgaben des Mitbestimmungsgesetzes 1976 gehen jedoch in eine andere Richtung. Der Gesetzgeber wollte mit seinen Regelungen – und hierauf konzentrieren sich die folgenden Ausführungen – eine „gleichberechtigte und gleichgewichtige Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ einführen.⁸ Dass dies *zunächst* unter weitgehender Beibehaltung des Gesellschaftsrechts erfolgte, ist lediglich eine juristische Verlegenheitslösung gewesen.⁹ Denn der Gesetzgeber plante einen tiefer greifenden Umbau des Gesellschaftsrechts „zu einem modernen, den wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen der Gegenwart gerecht werdenden Unternehmensrecht“.¹⁰ Allen Beteiligten war das damals ebenso klar, wie dass die Mitbestimmung „ein neues, Strukturen und Stil veränderndes Element in die traditionelle Unternehmens- und Wirtschaftsordnung einfügt“.¹¹ Bereits zu den Unternehmensmitbestimmungs-Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 – die seit 2004 ins Drittelbeteiligungsgesetz überführt worden sind – hatte Neumann-Duesberg festgestellt, dass es sich „... um den *Einbruch des Arbeitsrechts in das Gesellschaftsrecht*“ handele, denn „die zwingende Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat [sei] *gleichzeitig arbeitsrechtliche Mitbe-*

² Thomas Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen. Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, B 39 ff.

³ EuGH vom 9.3.1999, Rs. C 212/97, NJW 1999, 2027.

⁴ EuGH vom 5.11.2002, Rs. C 208/00, NZG 2002, 1164.

⁵ EuGH vom 30.09.2003, Rs. C 167/01, NJW 2003, 3331.

⁶ EuGH vom 13.12.2005, Rs. C 411/03.

⁷ EG-Verordnung 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft vom 8.10.2001, Abl. L 294, 1, vom 10.11.2001; Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäische Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Richtlinie 2001/86/EG des Rates, Abl. L 294/22 vom 10.11.2001; in Deutschland umgesetzt durch Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) (SE-Gesetz, SEG) vom 22.12.2004, BGBl. 2004, I, 3675; Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäische Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz, SE-BG) vom 22.12.2004, BGBl. 2004, I, 3686.

⁸ BR-Drucks. 200/74, 15.

⁹ Darauf weist auch Raiser, a.a.O. (Anm. 2), B 15 ff., B 16, hin.

¹⁰ Wegen der dazu notwendigen rechts- und wirtschaftspolitische Vorüberlegungen war dies als längerfristiges Vorhaben angelegt, vgl. BR-Drucks. 200/74, 16. Leider hat der Gesetzgeber seine Aufgabe bis heute nicht gelöst.

¹¹ Wie das einmal der Gutachter des diesjährigen DJT formuliert hat: Thomas Raiser, Mitbestimmungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. Berlin 2002, Einleitung, Rn. 37.

stimmung und gesellschaftsrechtliche Strukturumwandlung“.¹²

Wenn die Arbeitsrechtler seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979 das Thema Unternehmensmitbestimmung bislang weitgehend den Gesellschaftsrechtlern überlassen haben, so mag das wegen der Aufgabe, „die Integration der Arbeitnehmervertreter in das vom Gesellschaftsrecht her konzipierte Organ Aufsichtsrat *rechtlich zu bewältigen*“¹³, verständlich sein. Allerdings darf die rechtstechnische Form, in der das geschieht, nicht dazu führen, dass die Mitbestimmung quasi einer „feindlichen Übernahme“ durch das nationale und das europäische Gesellschaftsrecht zum Opfer fällt. Dieser Eindruck drängt sich neuerdings geradezu auf.

Die strukturverändernde Wirkung der Mitbestimmung scheint sich heute nämlich oft darauf zu beschränken, dass nun die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes auf dem gesellschaftsrechtlichen Prüfstand stehen.¹⁴ Dabei muss das Gesellschaftsrecht umgekehrt mitbestimmungskonform gestaltet werden.

Es ist zwar richtig, dass die Mitgliedschaft der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat dieses gesellschaftsrechtliche Organ verändert. Aber aus dem Strafrecht wird doch kein Gesellschaftsrecht, nur weil Vorstände und Aufsichtsräte gelegentlich Straftaten verüben?

Es gilt sich wieder daran zu erinnern, dass Unternehmensmitbestimmung nicht primär Gesellschaftsrecht, sondern wesentlicher Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten arbeitsweltlichen Koalitionsfreiheit ist.¹⁵ Diese Feststellung erscheint heute fast exotisch oder randständig, doch befindet man sich mit ihr aber in bester juristischer Gesellschaft – denn das Bundesverfassungsgericht ist derselben Auffassung:

„Als Freiheitsrecht will Art. 9 Abs. 3 GG in dem von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, dass die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen. Dass

dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen [...] Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens [...] auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsyst \ddot{u} m, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken ... Insgesamt lässt sich mithin nicht annehmen, dass Art. 9 Abs. 3 GG andere Formen einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitsplatzes als die des Tarifsyst \ddot{u} ms ausschließen will. [...] Der Gesetzgeber ist daher durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht an dem Erlass von Regelungen gehindert, die eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihrer Koalitionen im Unternehmen vorsehen.“¹⁶

Damit ist Art. 9 Abs. 3 GG als grundrechtliches Fundament der Unternehmensmitbestimmung noch nicht ganz fest gefügt, wohl aber ist ihr funktionaler Ort benannt, nämlich das Gebot der Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dementsprechend wird klargestellt, dass „das Mitbestimmungsgesetz neben dem Tarifsyst \ddot{u} m als weitere Form der Förderung der Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen die Unternehmensmitbestimmung ausbaut“.¹⁷ Freilich haben die Koalitionen auch kein Monopol für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, den neben ihnen verfügt der Staat hier über einige seiner wichtigsten Gesetzgebungszuständigkeiten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GG). Ein neues Gesetz auf dem Feld der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen indiziert als solches deshalb noch nicht, dass es sich dabei um einen Gegenstand der Koalitionsfreiheit handeln muss. Allerdings ist der Schutzbereich dieses Grundrechts (das ja ein autonom verantwortetes Handlungsfeld garantiert) funktional weit gezogen. Kompetenzüberschreitungen sind dadurch „programmiert“. Praktisch werden sie aber durch gesetzliche Mindestregelungen und (zunehmend) durch tarifdispositives Gesetz meist vermieden. Wegen des fehlenden Gesetzesvorbehalts in Art. 9 Abs. 3 GG besteht insoweit aber eine Vermutung zu Gunsten der primären Tarifzuständigkeit.¹⁸

Wenn das Mitbestimmungsgesetz 1976 eine (neben der Tarifautonomie) weitere Form der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „ausbaut“¹⁹, dann ist deshalb davon auszugehen, dass die Unternehmensmitbestimmung zu den Gesetzen gehört, die – wie das Tarifvertragsgesetz – die Koalitionsfreiheit „ausgestalten“²⁰. Grundrechtliches Fundament dieser Unternehmensmitbestimmung ist also Art. 9 Abs. 3 GG, mögen daneben auch weitere Grundrechte und Verfassungsprinzipien involviert sein. Sie stellt nur ein anderes und (gegenüber der Tarifautonomie) zusätzliches Instrument dar, um die Interessen abhängig Beschäftigter zu wahren.²¹ Dies ist das Ergebnis einer funktionalen Interpretation dieses Teils „gewachse-

¹² Horst Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht. Ein Lehrbuch, Berlin 1960, 35. Kap., 601, 602 (Hervorhebung nicht im Original): „[...] Dagegen hat die jetzige Regelung [...] in neuartiger Weise die Unternehmensverfassung *umgestaltet*. Es handelt sich nicht mehr um einen äußerlichen Zusatz, sondern um den *Einbruch des Arbeitsrechts in das Gesellschaftsrecht*.“ „[...] [D]ie zwingende Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat [ist] *gleichzeitig arbeitsrechtliche Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Strukturumwandlung*.“

¹³ Einen kurzen historischen Abriss liefert Raiser, a.a.O. (Anm. 11), Einleitung, Rn. 62 (Hervorhebung nicht im Original): „[...] Notwendigkeit, die dem traditionellen Gesellschaftsrecht innerlich wesensfremde Mitbestimmung in dessen gewachsene Strukturen *einzupassen* und die Integration der Arbeitnehmervertreter in das vom Gesellschaftsrecht her konzipierte Organ Aufsichtsrat *rechtlich zu bewältigen*. Das Gesetz hat diese Aufgabe nur formell und unvollkommen gelöst.“ Die damit dogmatisch operierenden Juristen noch weniger.

¹⁴ Zur rechtspolitischen Auseinandersetzung vgl. etwa einerseits BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, Berlin 2004; Axel von Werder, Mitbestimmung modernisieren, Berliner Center of Corporate Governance, Berlin 2003, im Internet unter www.bccg.tu-berlin.de; andererseits Stellungnahme des DGB-Bundesvorstandes, Abteilung Mitbestimmung und Rechtspolitik, zu dem Bericht der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI, 12.11.2004. Zur rechtstechnischen Verarbeitung dieser Auseinandersetzung, dem Streit um die richtigen Auslegungsgrundsätze, vgl. Raiser, a.a.O. (Anm. 11), § 25, Rn. 1 ff., 8 ff.

¹⁵ In diese Richtung auch Helmut Kohl, Die Mitbestimmung – historischer Irrtum oder Zukunftsmodell?, in: Armin Höland/Christine Hohmann-Dennhardt/Marlene Schmidt/Achim Seifert (Hrsg.), Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt. Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, 247 ff.

¹⁶ BVerfGE 50, 290, 371 f.

¹⁷ BVerfGE 50, 290, 371.

¹⁸ Vgl. Otto Ernst Kempfen, Der verfassungsrechtliche Vorrang der Tarifautonomie im arbeitsrechtlichen Regelungsgefüge, Arbeit und Recht 1996, 336 ff., 340 ff.

¹⁹ BVerfGE 50, 290, 371.

²⁰ BVerfGE 50, 290, 368.

²¹ BVerfGE 50, 290, 371; früher schon Spiros Simitis, Von der institutionalisierten zur problembezogenen Mitbestimmung, AuR 1975, 321 ff., 324.

ner Nationalkultur²², welcher im Laufe der deutschen Geschichte freilich auch ganz andere Zwecke beigegeben worden sind.

Noch einmal positiv gewendet und in aller Deutlichkeit: Tarifvertrag und Arbeitskampf einerseits, Unternehmensmitbestimmung andererseits, sind jeweils unterschiedliche Elemente und Erscheinungsformen der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit, die Art. 9 Abs. 3 GG zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet.²³

2. Funktion der Unternehmensmitbestimmung

Wenn man Unternehmensmitbestimmung als von der Koalitionsfreiheit legitimiert versteht, muss man konsequenter Weise folgern, dass Mitbestimmung sich nicht primär aus dem und gegen das Eigentumsgrundrecht zu rechtfertigen hat²⁴, sondern aus Tradition und Funktion der Koalitionsfreiheit selbst. Ihre historische Entwicklung dürfte bekannt sein, daher soll an dieser Stelle nur die „Funktion“ der Unternehmensmitbestimmung im System der Koalitionsfreiheit, und damit ihre Legitimation, erörtert werden.

Als die erste „Biedenkopf-Kommission“ 1972 ihren Sachverständigenbericht vorgelegt hat, hatte sie vier zentrale Zwecke ausgemacht, welche die Mitbestimmung rechtfertigen: die Menschenwürde, das Verhältnis von Kapital und Arbeit, die Demokratisierung und die Machtbindung.²⁵ Diese Begriffe beschreiben treffend die Funktion der Mitbestimmung. Sie gelten auch noch heute.²⁶ Vor allem aus dem Gedanken der Freiheit des Menschen entnimmt das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe, „auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen“.²⁷ Dazu gehöre es, dass „eine Ausnutzung des einen durch den anderen verhindert wird“, etwa durch Unterbindung der „Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn“. Darum sei das Sozialstaatsprinzip zum Verfassungsgrundsatz erhoben worden. Es soll „schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße verwirklichen“.

Das alles ist sehr abstrakt gefasst und deshalb in der europäischen Diskussion vielfach nicht ohne weiteres verständlich. Immerhin kennen andere Arbeitsrechtssysteme keine oder weniger Unternehmensmitbestimmung und dennoch kann man diesen Systemen nicht einfach – Manfred Gentz hat in seinen Thesen zum DJT darauf hingewiesen²⁸ – die Einhaltung der Menschenwürde, das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip oder die Kontrolle

von Macht absprechen. Gerade vor dem Hintergrund des zusammenwachsenden europäischen Wirtschaftsraums und der Globalisierung unternehmerischer Handlungsspielräume und weltweiter Finanzmarktstrategien wird es daher notwendig, das Verständnis und die Rechtfertigung unserer Unternehmensmitbestimmung zu präzisieren und an Hand ihrer tatsächlichen Funktion erneut allgemein zu formulieren.²⁹

Verfassungsrechtliche Basis hierfür ist die Koalitionsfreiheit, welche vom Gesetzgeber durch die Unternehmensmitbestimmung sukzessive ausgestaltet wurde. Der Handlungs- und Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts war historisch durch nachhaltige Interessengegensätze und heftige Auseinandersetzungen zwischen den Arbeitsmarktparteien geprägt, die heute in primär kollektivrechtlich geordneten Verfahren ausgetragen werden.

Tatsächlich ging die Einführung der Arbeitsvertragsfreiheit durch die Preußischen Reformen von 1807 – 1810 (Vertrags- und Gewerbefreiheit, Aufhebung der Zünfte, Bauernbefreiung) auf Forderungen der bürgerlichen Eigentümer-Gesellschaft zurück. Auf Grund der ungünstigen konjunkturellen Situation nach 1815 führte sie in Deutschland zu hoher Arbeitslosigkeit und anhaltendem Misstrauen der Arbeitnehmer gegenüber der Marktwirtschaft. Die Instrumente des Tarifvertrages, des Arbeitskampfes und des gewerkschaftlichen Zusammenschlusses konnten sich deshalb nur sehr langsam durchsetzen, denn es handelt sich dabei um genuin marktwirtschaftliche Strategien – wenn auch auf kollektiver Grundlage. Mit der Idee und der gesetzlichen Einführung der Aktiengesellschaft (Preußen 1843) taten die Unternehmenseigentümer freilich ebenfalls einen Sprung ins Kollektiv. Die juristische Person als Unternehmerin, in der unbegrenzt viele Anteilseigentümer mit veräußerlichen Aktien zusammengeschlossen sind, stellte einen wahren „Quantensprung“ für die Funktion des Eigentums dar. Als kollektive Kapitalsammelstelle ermöglicht sie einerseits die Industrialisierung und Wirtschaftsaufschwung. Als Befreiung des Finanzkapitals von der Person des Individualeigentümers lockert sie die traditionelle (auf John Locke zurückgehende³⁰) Legitimation des Eigentümers aus der persönlichen Arbeit des Eigentümers.

Als Aktionäre und Teilhaber einer unbegrenzten Zahl von Aktiengesellschaften konnten sich die Unternehmer juristisch praktisch nunmehr unendlich multiplizieren und gewissermaßen von ihren natürlichen Existenzen lösen. Durch ihre juristische Vervielfachung wird die natürliche Person unternehmerisch entgrenzt und vermag an mehreren Orten gleichzeitig tätig zu werden.

Haftungsbeschränkung und der Börsenhandel mit Aktien haben das Finanzkapital zusätzlich beweglich gemacht und von der Person des Einzelunternehmers gelöst. Diese Unternehmer schlossen sich zu Kollektiven zusammen, die sich korporativ, d.h. gesellschaftsrechtlich verfassten. Die großen Unternehmen treten damit als Arbeitgeberkollektive den individuellen Arbeitnehmern gegenüber. Die ersten gewerkschaftlichen Zusammenschlüsse und Tarifabkommen beschränkten sich dementsprechend auf

²² Anders *Udo Di Fabio*, Längst kein Auslaufmodell, Rheinischer Merkur, 16.3.2006.

²³ Insofern ist es mit einer bloßen „Abgrenzung“ von Unternehmensmitbestimmung zu den „beiden arbeitsrechtlichen Formen einer Mitbestimmung, dem Tarifvertrag und der betrieblichen Mitbestimmung, sowie von der so genannten überbetrieblichen Mitbestimmung“ nicht getan. So aber *Karl Fitting/Otfried Wlotzke/Helmut Wißmann*, Mitbestimmungsgesetz. Kommentar, 1. Aufl. München 1976, Vorbemerkung, Rn. 6. Wie hier auch *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, 104 f., 111.

²⁴ So aber *Di Fabio*, a.a.O. (Anm. 22).

²⁵ Mitbestimmung im Unternehmen. Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, BT-Drucks. VI/334, 18 ff.; wiederabgedruckt als Buch: Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970, 29 ff.

²⁶ Vgl. die These Nr. 3 von *Raiser*, a.a.O. (Anm. 2), B 110.

²⁷ Alle folgenden Zitate dieses Absatzes aus BVerfGE 5, 185, 206.

²⁸ *Manfred Gentz*, These Nr. 3 zum 66. Deutschen Juristentag 2006.

²⁹ In den zirkulierenden „Modernisierungs“konzepten wird dies aber auch nicht ansatzweise versucht, vgl. *BDA/BDI*, a.a.O. (Anm. 14); *von Werder*, a.a.O. (Anm. 14). Entsprechend fehlt dies auch in den gewerkschaftlichen „Gegenschriften“, vgl. etwa Stellungnahme des DGB-Bundesvorstandes vom 12.11.2004, a.a.O. (Anm. 14).

³⁰ *John Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 6. Aufl. Frankfurt am Main 1995, §§ 25 ff.

den „klassischen“ handwerklichen Sektor. Die Großindustrie der Aktiengesellschaft konnte sich bis 1914 dem tariflichen Druck weitgehend entziehen. Auch in der klassenkämpferisch gesinnten Arbeiterbewegung blieben die gewerkschaftlichen Tarifpolitiker minoritär, weil jeder Tarifvertrag die Anerkennung des Arbeitgebers als Eigentümer enthielt. Sie standen damit gegen die verbreiteten Sozialisierungsforderungen, welche sich allerdings primär gegen die tarifresistente Großindustrie richteten. Dieses Kräfteverhältnis drehte sich zwar mit der gesetzlichen Anerkennung der Tarifverträge (1918) und der verfassungsrechtlichen Normierung von Koalitionsfreiheit sowie Tarifautonomie (Art. 159, 165 Abs. 1 WRV) praktisch zu Gunsten der Tarifpolitik (und damit des privaten Arbeitsmarktes) um. Das 1920 eingeführte Betriebsrätegesetz regelte – anders als die Tarifverträge – aber zusätzlich das „Binnenverhältnis“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Durchführung des Arbeitsvertrages.³¹ Wegen dieses Eingriffs in den Binnenbereich der Betriebe und Unternehmen wurde das Betriebsrätegesetz deshalb rechtspolitisch auch als Vorstufe zur Sozialisierung betrachtet zumal es mit der Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat zugleich eine erste Regelung der Unternehmensmitbestimmung enthielt. Auf solche Weise war die Unternehmensmitbestimmung in der Einschätzung ihrer Verfechter zu einer (von der Tarifautonomie klar geschiedenen) sozialistischen Einschränkung des Unternehmenseigentums geworden.

Wenn auch die eigentlichen Sozialisierungspläne schon in der frühen Weimarer Republik gescheitert waren, so wurden sie nach 1945 in der amerikanischen (Hessen) und in der britischen Besatzungszone (Nordrhein-Westfalen) doch zunächst wieder aufgenommen. Freilich mussten die bereits erfolgten Beschlagnahmen der Kohle- und Stahlindustrie auf Besatzungsanweisung rückgängig gemacht werden, weil sie nicht in die marktwirtschaftliche Neuordnung für Westeuropa passten. Deshalb ist das Montanmitbestimmungsgesetz (1951) auch (entgegen verbreiteter Auffassung) kein Ersatz für die fehlgeschlagene Sozialisierung gewesen. Vielmehr bedeutete es einen kompletten *Paradigmenwechsel* für die Unternehmensmitbestimmung, denn sie war nun nicht länger als Vorstufe zur Sozialisierung zu verstehen, sondern als Beteiligung der Arbeitnehmer an der Führung von Unternehmen in der Marktwirtschaft.

Als marktwirtschaftliches Verfahren tritt die Montanmitbestimmung an die Seite der Tarifautonomie und wird konsequent gesetzestechnisch von der Betriebsverfassung getrennt sowie auf der Arbeitnehmerseite primär gewerkschaftlich organisiert.³²

Vollends deutlich wurde dieser Funktionswandel der Unternehmensmitbestimmung vom Sozialisierungssurrogat zum Instrument steuernder Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung im marktwirtschaftlichen System erst in den folgenden Jahren. Die Integration der Bundesrepublik in die Europäischen Gemeinschaften und die marktwirtschaftliche Neuorien-

tierung der SPD mit ihrem Godesberger Programm 1959 gaben den Rahmen hierfür. Man gewann nunmehr die Chance, die tariflich bislang kaum bewältigten Probleme der Unternehmensfusionen, -ausgliederungen und -zusammenbrüche endlich auch präventiv in der Unternehmenspolitik zu beeinflussen. Unter den Bedingungen des Marktes wurde dabei aber auch klar, dass die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten gleichzeitig immer Interessenvertreter bleiben müssen.

Dies ist dann der – teilweise – nur undeutlich angesprochene Hintergrund des Gesetzgebungsverfahrens zum Mitbestimmungsgesetz 1976 sowie der anschließenden Auseinandersetzung vor dem Bundesverfassungsgericht. Es zeigte sich, dass die Unternehmensmitbestimmung nur ein anderes und zusätzliches marktwirtschaftliches Instrument neben der Tarifautonomie darstellt, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf Seiten der Arbeitnehmer zu wahren und zu fördern.³³

In beiden Fällen – der Aushandlung der Arbeitsbedingungen über Tarifverträge und der Beteiligung der Arbeitnehmer an der wirtschaftlichen Steuerung des Unternehmens – geht es um die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit um die Koalitionsfreiheit. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Art. 9 Abs. 3 GG geht, [wird] auf verschiedenen Wegen angestrebt [...]: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsystem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wenngleich sie Konflikte und deren Austragung nicht ausschließen.“³⁴ Die aktuelle Praxis, in welcher sich zahlreiche Tarifverträge zur „Unternehmenssanierung“ mit entsprechenden Strategien der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der betreffenden Unternehmen ergänzen, führt diese Verbindung nahezu schmerzhaft vor Augen.³⁵

Nach langen theoretischen Auseinandersetzungen und politischen Kämpfen kann man deshalb heute feststellen, dass die verfassungsrechtliche Garantie der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie ebenso wie die Unternehmensmitbestimmung letztlich auch die Anerkennung des privaten Arbeitsmarktes indirekt mit umfassten.³⁶

3. Risikoträger im Unternehmen

Wenn wir diese Überlegungen vor den entsprechenden Hintergrund des hier zu behandelnden Themas und der europarechtlichen Entwicklungen stellen, dann fragt es sich, ob die bisherige Rechtfertigung der Unternehmensmitbestimmung heute noch überzeugt, gerade wenn die Gesellschafts- statt der Arbeitsrechtler die Diskussion anführen.

³³ Vgl. *Simitis*, a.a.O. (Anm. 21), 324.

³⁴ BVerfGE 50, 290, 371.

³⁵ Dazu z.B. einerseits *Manfred Löwisch*, Beschäftigungssicherung als Gegenstand betrieblicher und tariflicher Regelungen und von Arbeitskämpfen, DB 2005, 554 ff.; *Klaus-Stefan Hohenstatt/Nils E. Schramm*, Erstreikbarkeit von „tariflichen Sozialplänen“?, DB 2004, 2214 ff.; *Hermann Reichold*, Zulässigkeitsgrenzen eines Arbeitskamps zur Standortssicherung, BB 2004, 2814 ff.; andererseits *Jürgen Kühling*, Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit – Arbeitskampf aus Anlass von Standortentscheidungen, NZA 2005, 1017 ff.

³⁶ Vgl. dazu Interview mit *Friedhelm Farthmann*, in: Mitbestimmung 3/2006, 66 ff., 67.

³¹ Vgl. *Otto Ernst Kempen*, Das grundrechtliche Fundament der Betriebsverfassung, AuR 1986, 129; *ders.*, Grundgesetz, technischer Wandel und betriebliche Mitbestimmung, AuR 1988, 271; *Hermann Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995, 397 ff.

³² § 4 Abs. 3 und 4 Montanmitbestimmungsgesetz.

Tatsächlich betonen die Mitbestimmungskritiker seit langem, dass die unternehmerische Verfügungsbefugnis sich aus der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes ableite, weil die Anteilseigner das alleinige Risiko für den Verlust der von ihnen eingesetzten Mittel trügen.³⁷ Daher käme ihnen auch prinzipiell die alleinige Regelungsmacht zu. Mitentscheidungsbefugnisse der Arbeitnehmerseite hätten sich gegenüber dieser vorrangigen Eigentumsrechtsposition mit zusätzlichen besonderen Begründungen zu legitimieren. Seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1979³⁸ hat diese Argumentation entscheidend an Plausibilität eingebüßt. Kein Wunder also, wenn neuerdings die Normen des europäischen Primärrechts statt derjenigen des Grundgesetzes für diese Gedanken herhalten müssen:

„Die Kapitalverkehrsfreiheit garantiert jedem Investor in Art. 56 EG[V] das Recht, die maßgeblichen Entscheidungen des Unternehmens, an dem er mehrheitlich beteiligt ist, selber zu fällen und zu kontrollieren. Der Entzug der typischen, im Eigentum wurzelnden Entscheidungskompetenzen behindert die Ausübung der EG-rechtlichen Grundfreiheit [...]. Durch Art. 56 Abs. 1 EG[V] wird der freie Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten geschützt; alle Beschränkungen, die die Ausübung der Eigentümerbefugnisse substantiell beeinträchtigen, sind unzulässig. Eigentum ist immer auch Verfügungsmacht, und die staatlich veranlasste Einschränkung grundlegender Rechte der Eigentümer ist EG-rechtlich eine Behinderung der Kapitalverkehrsfreiheit.“³⁹

Aber auch in der – dieser Argumentation zu Grunde liegenden – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes⁴⁰ geht es um die Probleme des „Gesellschaftsrechts“, nicht um das eigentlich interessierende Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit.

Dieser prinzipielle Einwand erspart aber trotzdem nicht die Auseinandersetzung mit der Auffassung, dass die Europäisierung und Globalisierung der Märkte die Risiken der Anteilseigner extrem verschärft hätten, und dass daher den Anteilseignern die alleinige Entscheidungsbefugnis für die Planungen und Entscheidungen im Unternehmen zukommen soll.⁴¹ Eine solche Grundposition ist

allerdings nur dann überzeugend, wenn die Arbeitnehmer des Unternehmens nicht von vornherein schon gleichfalls ein originäres Risiko tragen, dass über die mögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausreicht und folglich vom Arbeitsentgelt nicht mit abgedeckt ist.

Wenn die behauptete Risikohöherung nicht allein dazu dienen soll, durch die ökonomische Hintertür die bereits vom Bundesverfassungsgericht⁴² positiv entschiedene Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Unternehmensmitbestimmung erneut zu diskutieren, wenn die ökonomische Diskussion als solche Ernst genommen werden soll, dann erledigt die Globalisierung die Mitbestimmung nicht, sie legitimiert sie vielmehr auf's Neue:

Zum einen ist die deutsche Unternehmensmitbestimmung kein nationaler Sonderweg, der nur Investitionen hemmt.⁴³ Zum anderen haben sich durch die Globalisierung die Risikostrukturen in Unternehmen radikal durch den Übergang zu einem Finanz-Kapitalismus verändert, dessen oberstes Ziel im Erreichen einer bestimmten (dauerhaften oder steigenden) Eigenkapitalrendite besteht, zu deren Erzielung auch kurzfristige Arbeitsplatzbedingungen und Beschäftigtenzahl angepasst und verändert werden.⁴⁴ Das hat dazu geführt, dass das arbeitsvertraglich vereinbarte Entgelt nicht mehr das erhöhte Risiko deckt. Insofern enthält die moderne Wirtschaftstheorie tatsächlich wichtige Argumente für die Mitbestimmung. Einschlägig ist insbesondere die Neue Institutionenökonomie. Von ihr wird die Frage der Partizipation, der sie an sich grundsätzlich sogar skeptisch gegenüber steht⁴⁵, vor allem anhand des Problems der unternehmensspezifischen Investitionen⁴⁶ bzw. der Spezialisierung der „assets“⁴⁷ (Vermögen, Anlagen, Fähigkeiten, usw.) diskutiert.⁴⁸ Die Aneignung z.B. unternehmensspezifischer Fähigkeiten führt dazu, dass der Wert eines Produktionsfaktors (hier: Arbeit) innerhalb der Kooperationsbeziehung eines Unternehmens höher ist als außerhalb.

In den 1960er und 1970er Jahren, als die grundlegenden Modelle der Neuen Institutionenökonomie entwickelt wurden, mochte es noch angehen, zwischen den Risikoträgern, nämlich den risikofreudigen Kapitalgebern und den eher sicherheitsfixierten Arbeitnehmern mit relativ

³⁷ Vgl. Josef Oelinger, „Mitbestimmung“, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 10, 6. Aufl. Freiburg 1970. Diese Argumente scheinen auch bei Di Fabio, a.a.O. (Anm. 22) wieder auf. Dazu nimmt bereits der Bericht der Sachverständigenkommission, a.a.O. (Anm. 25), 25 f.; ausführlich Stellung. Zur rechtlichen Grundlage unternehmerischen Handelns siehe auch Peter Badura/Fritz Rittner/Bernd Rütters, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz. Gemeinschaftsgutachten, München 1977, 190 ff. Grundlegend zu diesen Argumenten auch bereits Oswald von Nell-Breuning, Lohnarbeitsverhältnis und wirtschaftliche Mitbestimmung, in: ders., Mitbestimmung, Frankfurt am Main 1968, 59 ff.

³⁸ BVerfGE 50, 290.

³⁹ Franz Jürgen Säcker, Die Mitbestimmung – ein deutsches Modell für die Zukunft Europas oder ein Irrtum der Geschichte?, Vortrag vor dem Überseeclub am 8. März 2005, 8, im Internet unter: www.fu-berlin.de/iww/materialien/vortrag_saecker_mitbestimmung_8-3-05.doc.

⁴⁰ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13.5.2003, Rs. C-463/00 („Kommission/Spanien“), EuZW 2003, 536 ff., 539: „Eine Regelung, die den Erwerb von Beteiligungen einschränkt oder in anderer Weise die Möglichkeiten beschränkt, sich an der Verwaltung einer Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen, [...] stellt eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.“ Säcker selbst erkennt das, wenn er, a.a.O. (Anm. 39), das Urteil unter der Überschrift „Mitbestimmung und europäisches Gesellschaftsrecht“ behandelt.

⁴¹ In diese Richtung: BDA/BDI, a.a.O. (Anm. 14); von Werder, a.a.O. (Anm. 14).

⁴² BVerfGE 50, 290.

⁴³ Raiser (a.a.O. [Anm. 2], B 49 ff., insbesondere B 52 f., B 57) hat diese Behauptung in seinem DJT-Gutachten klar zurückgewiesen. Einen Überblick über den ökonomischen Forschungsstand gibt Rainald Thannisch, Die Effizienz der Mitbestimmung in ökonomischer Betrachtung, AuR 2006, 81 ff.

⁴⁴ Vgl. Paul Windolf (Hrsg.), Finanzmarkt-Kapitalismus, Sonderheft 45/2005, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Wiesbaden 2005.

⁴⁵ Die fabelhafte Einseitigkeit der Neuen Institutionenökonomie zeigt sich darin, dass die Probleme idiosynkratischer Investitionen im Handbook of New Institutional Economics (hrsg. von Claude Ménard/Mary M. Shirley, Berlin 2005) lang und breit abgehandelt werden, ohne dass auch nur ein Autor auf den 880 Seiten auf den Gedanken käme, dieses Problem auch als eines der Arbeitnehmerseite zu sehen und Partizipation als voice-Option in Betracht zu ziehen.

⁴⁶ Oft werden diese auch als idiosynkratische Investitionen bezeichnet.

⁴⁷ In der Terminologie der Neuen Institutionenökonomie: die sogenannte *asset specificity*.

⁴⁸ Aus juristischer Perspektive setzt sich damit auseinander: Friedrich Kübler, Aufsichtsratsmitbestimmung im Gegenwind der Globalisierung, in: ders./Joachim Scherer/Joachim Treeck (Hrsg.), The International Lawyer, Freundesgabe für Wulf H. Döser, Baden-Baden 1999, 237 ff., 246 ff., insbesondere 249 f.

krisensicheren Arbeitsverträgen, zu unterscheiden.⁴⁹ Im Stadium der gegenwärtigen Globalisierung entspricht dieses Bild einer risikofreudigen und einer risikofeindlichen Gruppe nicht mehr den realen Gegebenheiten, da es kaum noch dauerhaft gesicherte (lebenslange) Arbeitsplätze gibt und auch plötzliche Senkungen der Nettoarbeitsentgelte keine Seltenheit sind.

Daraus folgt, dass die eine Gruppe im Unternehmen Kapital bereitstellt, während die andere Arbeitsenergie, Humankapital und Lebenszeit investiert.⁵⁰ Beide Gruppen tragen Risiko. Das Risiko der Arbeitnehmer kann in der Regel nicht gestreut werden, da man kaum mehreren Beschäftigungen zur Risikostreuung nachgehen kann (und oft nicht einmal darf). Die Frage stellt sich daher, warum bei grundsätzlich geteiltem Risiko nur eine Gruppe Entscheidungsrechte haben sollte? Aus einem Risikoansatz folgt heute zwangsläufig die Mitbestimmung.

Das jenseits aller „Ideologien“ auftretende objektive ökonomisch-juristische Problem des Risikos tritt noch deutlicher hervor, je länger Arbeitnehmer für ein Unternehmen arbeiten, wodurch ihre Humankapitalinvestitionen regelmäßig eine umso unternehmensspezifischere Ausprägung erfahren.⁵¹ Ihre hieraus resultierenden Bindungen und die Schwierigkeiten, einen gleich wertvollen Arbeitsplatz in einem neuen Beschäftigungsverhältnis zu finden, steigen. Die Kosten des Arbeitsplatzverlustes nehmen mit der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zu.

Der Arbeitnehmer ist als heute vielbeschworener „Humankapitalist“ einem leicht zu missbrauchendem Druck (durch Bildung firmenspezifischen Humankapitals, Alterung, Mobilitätskosten wie ein Hausverkauf, lokale Bindungen etc.) seitens des Arbeitgebers ausgesetzt. Die Neue Institutionenökonomie spricht hier folgerichtig von „hold-ups“, analog der Situation eines Raubüberfalls⁵² mit der Aufforderung die Hände zu heben („hands up“) und der Alternativen Geld (Lohnverzicht) oder Leben (Arbeitsplatz). Nachdem der Arbeitnehmer spezifische Investitionen getätigt hat, kürzt der Unternehmer den Lohn unter das vereinbarte Niveau, bleibt aber oberhalb der für den Arbeitnehmer zweitbesten Alternative, dem Verlassen des Unternehmens mit der Aussicht auf eine schlechter bezahlten Tätigkeit.

Die Folgen solcher *hold-up*-Strategien sind nicht nur ein Problem für die betroffenen Arbeitnehmer, sondern es entsteht oft auch ein Wohlfahrtsverlust für die gesamte Wirtschaft, da die Arbeitnehmer in Zukunft nur dann

spezifische Investitionen tätigen werden, wenn sie vor einer Abschöpfung der so genannten Quasirente geschützt werden. Die Quasirente bezeichnet die Differenz zwischen dem Wert einer Ressource bei der kombinierten Verwendung innerhalb einer Kooperationsbeziehung und ihrem Wert bei nächst bester Verwendung im Falle eines Scheiterns der Kooperationsbeziehung. Je unternehmensspezifischer die Humankapitalinvestition, desto größer ist der Anteil der Quasirente am Gesamtertrag und desto größer die Gefahr der Abschöpfung der Quasirente durch den Unternehmer.

Ökonomisch rational handelnde Arbeitnehmer werden ohne Schutz vor der Abschöpfung von Quasirenten nur Investitionen in allgemeines Humankapital tätigen, das vollständig auf dem Arbeitsmarkt einsetzbar ist. Der allgemeine Wohlfahrtsverlust besteht darin, dass es zu einer Unterinvestition in firmenspezifisches Wissen kommt. Peter Drucker zeigt in einem Beitrag mit dem Titel „Vom Kapitalismus zur Wissensgesellschaft“⁵³ eindrücklich, dass in der Wissensgesellschaft die zentrale Ressource „Wissen“ tatsächlich in zunehmend spezialisierter Form und nicht mehr in der traditionellen Form allgemeinen Wissens anfällt.

Die Ausbeutungsgefahr ist von der Arbeitnehmerseite aus betrachtet im Falle tendenzieller Vollbeschäftigung weniger virulent, da der Unterschied zwischen dem allgemeinen Arbeitsmarktlohn und dem firmenspezifischen Effizienzlohn aufgrund der Knappheitsentlohnung der Arbeit durch den Arbeitsmarkt bei Vollbeschäftigung geringer ausfallen dürften. Hinzu kommt, dass in Zeiten der Vollbeschäftigung auch ältere Arbeitnehmer Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben. Im Deutschland des Jahres 2006 sieht bei hoher Arbeitslosigkeit und Altersdiskriminierung die Lage anders aus: Mit jedem Tag, den ein nicht mehr ganz junger Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis „altert“, sinkt sein allgemeiner Marktwert, er unterliegt einer allgemeinen, täglich zunehmenden Abschreibung.

Diesen Gegebenheiten ließe sich theoretisch durch voll ausformulierte (Arbeits-)Verträge vorbeugen. Allerdings sind die meisten (Arbeits-)Verträge unvollständig, was angesichts der Zukunftsoffenheit nach den Erkenntnissen der ökonomischen Kontrakttheorie auch nicht anders zu erwarten ist. Dem nach Vertragsabschluss eintretenden Opportunismus wäre am einfachsten durch gesetzliche Bestimmungen zu begegnen, etwa durch ein Verbot der Ausbeutungssituationen. Allerdings können Gerichte nur schwer erkennen, wann eine solche vorliegt. Generelle Abfindungsregeln kranken daran, bei gesetzlicher Regelung zu niedrig auszufallen. Zukünftige Einkommensverluste adäquat abdeckende Abfindungen sind demgegenüber sehr kostspielig. Individuelle Verhandlungslösungen scheiden weitgehend aus, da bei Vertragsbeendigung die vertragliche Durchsetzungsfähigkeit der Arbeitnehmer gering ist. Kollektiver Widerstand in Form von Streiks wäre ganz im Sinne der Arbeitgeber, denen es schließlich um die dauerhafte Beendigung der Arbeitsbeziehung geht.

Es gibt prinzipiell nur zwei Möglichkeiten der Arbeitnehmer, auf die Ausbeutungsproblematik zu reagieren: erstens eine so genannte Ausstiegs-Option, d.h. die Mög-

⁴⁹ Kritisch zu dieser Unterscheidung bereits von *Nell-Breuning*, a.a.O. (Anm. 37), 59 ff.

⁵⁰ *Gerhard Schewe*, Unternehmensverfassung, Berlin 2005, erfasst diese komplementären Investitionen in einer interessanten „Koalitionstheorie der Unternehmensverfassung“.

⁵¹ Aus der zahlreichen Literatur zum Problem der idiosyncratischen Investitionen, der asset specificity und des hold-up-Problems siehe hier nur: *Oliver E. Williamson/Michael L. Wachter/Jeffrey E. Harris*, Understanding the employment relation: The analysis of idiosyncratic exchange, *Bell Journal* 6 (1975), 250 ff.; *Louis Putterman*, Asset specificity, governance, and the employment relation, in: Günter Dlugos/Wolfgang Dorow/Klaus Weiermair (Hrsg.), *Management under differing labour market and employment systems*, Berlin 1988, 45 ff.; *Armen A. Alchian*, Specificity, specialization, and coalitions, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 140 (1984), 34 ff.; *Eirik Grundtvig Furubotn/Steven N. Wiggins*, Plant closing, worker reallocation costs and efficiency gains to labor representation on boards of directors, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 140 (1984), 176 ff.

⁵² Den Ausdruck „Raubüberfall“ verwenden *Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn*, *Neue Institutionenökonomie*, 3. Aufl. Tübingen 2003, 101, ausdrücklich zur Übersetzung des englischen „hold-up“.

⁵³ In: *Peter F. Drucker*, *Post-capitalist society*, New York 1993. Dies ist auch der Tenor der Beiträge in: *Dale Neef* (Hrsg.), *The knowledge economy*, Boston 1998.

lichkeit, das Unternehmen zu verlassen und sich einen neuen Arbeitsplatz zu suchen. Zweitens eine Artikulations-Option⁵⁴, d.h. der Arbeitnehmer hat über das Mittel der direkten Kommunikation Mitbestimmungsrechte auf der Unternehmensebene, um so seine Interessen zu wahren – d.h. effektiv zu widersprechen. Die Mitbestimmung hat zunehmend auch die Aufgabe, über Beteiligungsrechte einen Schutz der Arbeitnehmer vor der Abschöpfung der Quasirente zu gewährleisten.

4. Fazit

Die Analyse der Unternehmensmitbestimmung hat zum einen gezeigt, dass sie als Teil der Koalitionsfreiheit gewährleistet, dass „die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen.“⁵⁵ Zum anderen ist ihr Ergebnis, dass die Unternehmensmitbestimmung ein modernes, flexibles und notwendiges Instrument bietet, um die Arbeitnehmer vor arbeitsmarktspezifischen Risiken zu schützen.

Entgegen landläufiger Annahme gibt es derzeit auch keinen empirisch feststellbaren wirtschaftlichen Druck und keine rechtliche Veranlassung, die erfolgreichen Regelungsinstrumente der deutschen Unternehmensmitbestimmung grundlegend zu reformieren:

Die neuesten – unabhängigen – internationalen Untersuchungen zeigen vielmehr, dass Deutschland aus Investorensicht der attraktivste Investitionsstandort in Europa ist, weltweit rangiert er an dritter Stelle, nach den USA und China.⁵⁶ Auch als Sitzstaat für Holdinggesellschaften nimmt er in Europa die erste Position ein.⁵⁷ Unter ökonomischen Aspekten besteht daher kein Reformbedarf für die deutsche Mitbestimmung.

Unter rechtlichen Aspekten sind dagegen die Stellung der ausländischen Arbeitnehmer und die Geltung der deutschen Regelungen gegenüber der Sitzstaatentheorie des EuGH zu klären. Beides bedarf jedoch keiner fundamentalen Gesetzesänderung. Insbesondere gibt es keine Veranlassung für die vom DJT in seinem Beschlussantrag anempfohlene Übertragung des Verhandlungsmodells der SE auf die deutsche Mitbestimmung: Die auf europäischer Ebene gefundene Verhandlungslösung geht vor allem auf die Notwendigkeit eines Kompromisses unterschiedlicher europäischer Mitbestimmungskonzepte zurück.⁵⁸ Die Mitbestimmungsstatute auf nationaler Ebene einzuschränken oder auch das Gesetz auf nationaler Ebene durch eine Verhandlungslösung zu ersetzen, ist

durch europarechtliche Veränderungen daher nicht zu begründen und auch nicht erforderlich.

Die größere Flexibilität der europäischen Lösung geht tendenziell auf Kosten des Arbeitnehmerschutzes und der Verlässlichkeit institutionalisierter Prozessabläufe. Wer für Verhandlungslösung eintritt, gar für solche Lösungen gleichberechtigt neben dem gesetzlichen Mitbestimmungsstatut, sollte das nicht vergessen⁵⁹, zumal das Arbeitsrecht als Schutzrecht in aller Regel nicht dispositiv ist⁶⁰. Wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise ein Abweichen von zwingenden Schutzrechten des Arbeitsrechts erlaubt, dann ermächtigt er dazu ausschließlich die Tarifparteien⁶¹. Und das sogar für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer.⁶²

Mitbestimmung ist auch heute schon ohne Einführung einer „Verhandlungslösung“ flexibel: Bereits die erste „Biedenkopf-Kommission“ hat viele „vereinbarte Mitbestimmungsregelungen“ und verhandelte Mitbestimmungsstatute erwähnt.⁶³ Diese Praxis besteht bis heute fort. Verhandlungslösungen setzen aber vor allem voraus, dass die Verhandlungspartner jeweils ein eigenes Interesse an der Effizienz, der Angemessenheit und der Dauerhaftigkeit der Verhandlungsergebnisse haben.

Die Unternehmensvertreter besitzen ein solches Interesse, weil das Unternehmen unabhängig von der Person der Verhandelnden existiert und seine Bevollmächtigten gegebenenfalls auch später noch für Fehlleistungen heranziehen kann. Auf Arbeitnehmerseite werden die Vertreter im Verhandlungsgremium – der beispielsweise oft als Vorbild angeführten SE – dagegen ausschließlich für diese Verhandlungen gewählt. Solange sie keine permanente Legitimation besitzen, lässt sich dann auch kein entsprechend verantwortliches und seriöses Verhandlungsinteresse der Arbeitnehmerseite sichern. Da die Verhandlungslösung prinzipiell auf Dauer angelegt ist, muss auf Arbeitnehmerseite auch ein institutioneller Hintergrund vorgesehen sein, der unabhängig vom Wechsel der handelnden Personen fortbesteht und daher entsprechende Verantwortung und Interessen übernehmen kann. Nach Lage der Dinge, können dies nur die Gewerkschaften sein. Dies entspricht im Übrigen auch der grundrechtlichen Verankerung der Unternehmensmitbestimmung in Art. 9 Abs. 3 GG. Denkbare Vereinbarungen zur Unternehmensmitbestimmung sind deshalb als Tarifverträge auszugestalten.⁶⁴

Auch unter den Bedingungen eines globalisierten Wettbewerbs sind die Unternehmen heute vor allem auf

⁵⁴ Oft werden die beiden Optionen auch als *exit-* und *voice-*Option bezeichnet.

⁵⁵ BVerfGE 50, 290, 371.

⁵⁶ So die Ergebnisse der aktuellen Umfrage „Kennzeichen D 2006“, die das Wirtschaftsprüfungsinstitut Ernst & Young unter 1019 international tätigen Unternehmen durchgeführt hat – im Internet unter: [http://www.ev.com/global/download.nsf/Germany/Studie_Kennzeichen_D_2006/\\$file/Kennzeichen_D_2006.pdf](http://www.ev.com/global/download.nsf/Germany/Studie_Kennzeichen_D_2006/$file/Kennzeichen_D_2006.pdf).

⁵⁷ *Amerikanische Handelskammer in Deutschland und The Boston Consulting Group, Business Barometer 2005*, im Internet unter: http://www.amcham.de/fileadmin/user_upload/Presse/Studie_AmCham_Business_Barometer_2005.pdf.

⁵⁸ Sehr eindringlich beschrieben hat *Raiser*, a.a.O. (Anm. 2), B 32 ff., selbst, wie weit die SE „Vorbild“ (*Raiser*, a.a.O. [Anm. 2], B 67) sein kann: nur weil eine europaweite Verständigung – „angesichts der ... Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Beschlussfassung in Gesellschaften“ (Richtlinie 94/45/EG, Abl. L 254/64 vom 30.9.1994, Erwägungsgrund 5) – zwischen den Mitgliedsstaaten nicht möglich war, schuf man die Verfahrensstruktur der „Verhandlungslösung“.

⁵⁹ So wirbt *Raiser*, a.a.O. (Anm. 2), B 67, mit dem Argument, dass mit der Verhandlungslösung ein „alte[s], sowohl im Vertrags- als auch im Organisationsrecht vertraute[s] und bewährte[s] Prinzip des Verzichts auf zwingendes zugunsten dispositiven Rechts“ zur Anwendung komme.

⁶⁰ Statt vieler *ErFK/Preis*, München 2006, § 611, Rn. 258 ff.

⁶¹ Ausnahme von der Ausnahme: die §§ 612 bis 615 BGB die auch abweichende Gestaltung durch Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung (ausdrücklich) vorsehen.

⁶² Vgl. etwa §§ 622 Abs. 4 Satz 2 BGB, 13 Abs. 1 Satz 2 BUrlG, 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG; ausführlich dazu *Wolfgang Buschmann*, *Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht?*, FS Richardi, demnächst.

⁶³ *Bericht der Sachverständigenkommission*, a.a.O. (Anm. 25), 12 f. (Buch 19 f.). Vgl. auch § 3 BetrVG 2001.

⁶⁴ Zur Regelbarkeit von Unternehmensmitbestimmung durch Tarifverträge: *Raiser*, a.a.O. (Anm. 11), Einleitung, Rn. 55; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, a.a.O. (Anm. 23), Vorbemerkung, Rn. 7 ff. Neuerdings *Christoph H. Seibt*, *Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen: Rechtliche Grundlagen und Praxishinweise*, AG 2005, 413.

Rechtssicherheit, strategische Planbarkeit und langfristige verlässliche Rahmenbedingungen angewiesen. Eine stabile rechtliche Infrastruktur ist wesentliche Voraussetzung für die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmensstandorten. Gerade weil die Unternehmensmitbestimmung gesetzlich zwingend geregelt ist, bildet sie einen wesentlichen Bestandteil unserer rechtlichen Infrastruktur.⁶⁵

Wer heute ohne Not in dieses – keineswegs überholte und wohl auch nicht gänzlich unerfolgreiche⁶⁶ – Gesamtsystem der Arbeitnehmerpartizipation eingreifen will, muss nicht nur gute Gründe vorweisen können, die einen Eingriff in die Berufs- und Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer rechtfertigen, sondern er muss auch beachten, dass die fein austarierte Symmetrie zur sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es geht, nicht durcheinander gerät: Wenn das bestehende System der Unternehmensmitbestimmung – das bislang Beschränkungen der Tarifautonomie mit sich brachte – verändert wird, bedarf es auch einer neuen Vermessung der Tarifautonomie. Das was heute durch Einigung und Zusammenwirken geregelt wird, würde dann verstärkt durch Konflikte und Kampf bestimmt werden.⁶⁷

Otto Ernst Kempen / Helge Peukert / Marcus Kieper

⁶⁵ *Di Fabio*, a.a.O. (Anm. 22), versteht sie sogar als ein „Stück gewachsener Nationalkultur“.

⁶⁶ Siehe dazu die unter Anm. 56 und 57 angeführten neuesten internationalen Untersuchungen.

⁶⁷ Ebenso BVerfGE 50, 290, 371.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)435

3. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Heinz Hawreliuk, Mainz

I. Unbestritten gibt es den Bedarf für unternehmerische Aktivitäten anstelle eines nationalen Unternehmensrechtes ein Unternehmensrecht zu wählen, welches nationale Grenzen im Handeln überwindet. Insbesondere in einer durchgängigen verantwortlichen Leitung des Unternehmens ohne nationale Barrieren liegen ökonomische Vorteile.

Demgegenüber stellt sich für die Arbeitnehmer die Problematik, wie unter veränderten Rahmenbedingungen historisch national erworbene Rechte gesichert werden können. Hierauf keine Antworten zu geben produziert Vorbehalte und verhindert Identität. Insofern ist die Fortgeltung der Mitbestimmung auch in einem „europäischen“ Unternehmen von nicht zu unterschätzender ökonomischer Bedeutung.

Die Sicherung der Mitbestimmung entspricht auch dem Anspruch der Arbeitnehmer an demokratischer Teilhabe an der unternehmerischen Leitung und an Unternehmensentscheidungen, die für sie von existenzieller Bedeutung sind.

II. Unter diesem Aspekt ist es durchaus zulässig, zu hinterfragen, ob die bisherigen Regelungen zur Sicherung der Mitbestimmung in „europäischen“ Unternehmen eine optimale Lösung darstellen. Letztendlich ist mit der europäischen Aktiengesellschaft und der dort geregelten Sicherung der Mitbestimmung ein Kompromiss gefunden worden, der nunmehr als Leitlinie Wirkung entfaltet. Die zentralen Elemente zur Regelung der Mitbestimmung in einer SE finden sich in der „Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten“ wieder.

III. Diese nunmehr in nationales Recht umzusetzende Richtlinie wird in dem vorgelegten Gesetzesentwurf

den rechtlichen Vorgaben und den politischen Intentionen gerecht und ist daher zu unterstützen.

IV. Zu begrüßen ist, dass der Gesetzentwurf die Begriffe Arbeitnehmer, Leitung Arbeitnehmervvertretung und Mitbestimmung definiert, bzw. hierfür auf die entsprechenden nationalen gesetzlichen Bestimmungen und europäischen Regelung Bezug nimmt. Für die Praxis ergibt sich damit eine wünschenswerte Klarheit.

V. Absolute Übereinstimmung sollte darüber bestehen, dass das Bekenntnis zu Verhandlungen und zu praxisgerechten Lösungen, die beiden Seiten als Kompromiss akzeptieren sollen, einer Auffanglösung mit Mitbestimmungsrechten, die auf bereits erworbene Rechte aufbaut, bedarf.

Verhandlungen ohne Auffanglösungen degradieren das besondere Verhandlungsorgan der Arbeitnehmer zu Bittstellern. Damit würde keine Akzeptanz und keine tragfähige Basis für die betriebliche Praxis geschaffen und wäre somit auch kontraproduktiv für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens.

VI. Es ist durchaus ein Erfolg der deutschen Mitbestimmung, dass sowohl die innerbetrieblichen Arbeitnehmervvertreter als auch die Gewerkschaften in unternehmenspolitische Verantwortung eingebunden sind. Der Versuch, Gewerkschaften aus der unternehmenspolitischen Verantwortung zu entbinden, unterschätzt die langfristige nachteilige Wirkung für das Unternehmen.

Auch unter diesem Aspekt sollte an der Vertretung von Gewerkschaften bei Verhandlungen und Regelungen zur unternehmensrechtlichen Mitbestimmung festgehalten werden.

VII. Unzureichend werden die Probleme für die betriebsverfassungsrechtliche Praxis geregelt.

Dies bezieht sich insbesondere auf die überbetriebliche, d. h., Unternehmensebene, soweit damit gesetzlich Verpflichtungen des Arbeitgebers vorgegeben werden.

So wird zwar das Fortbestehen der nationalen Arbeitnehmervertretungsstruktur gesichert. Dennoch wird sich in der Praxis z. B. die Frage stellen, wie der Wirtschaftsausschuss eines (deutschen) Gesamtbetriebsrates sein Informationsverlangen gegenüber einer Leitung mit Sitz außerhalb Deutschlands (recht-

lich) durchsetzen kann. Insofern darf also nicht nur die Struktur einer Interessenvertretung gesichert werden. Vielmehr muss ebenso die Leitung eines (europäischen) Unternehmens den rechtlichen Verpflichtungen eines Arbeitgebers aus der deutschen Gesetzgebung nachkommen. Eine eindeutige gesetzliche Bestimmung hierzu fehlt.

Mainz, den 2. November 2006

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)432

2. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 6. November 2006 in Berlin zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus
verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -**

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Universität Bonn

Der Gesetzesentwurf ist in enger Anlehnung an die Regelungen des SEBG konzipiert und setzt im Wesentlichen die zwingenden Regelungen der Richtlinie 2005/56/EG um. Das ist gut so. Der Nutzen einer Ausschussanhörung ist oftmals begrenzt. Wer sich nicht auf das ihm Wesentliche beschränkt, der wird ohnehin nicht gehört. Daher im Folgenden nur vier Punkte, über die der Gesetzgeber nachdenken sollte.

I. Auffangregelung

Dreh- und Angelpunkt des Gesetzesentwurfs ist die Auffangregelung nach § 23: Grundsätzlich ist das Recht des Ziellandes der Verschmelzung maßgeblich, es sei denn, es wird eine abweichende Beteiligungsvereinbarung getroffen oder – wo eine solche Vereinbarung nicht erzielt wurde – dies würde zur Minderung des Mitbestimmungsniveaus führen. Hier greift dann das Vorher-Nachher-Prinzip: Das höchste Maß an Mitbestimmung setzt sich durch.

Das kann nicht überzeugen. Kann sich die Verhandlungsgruppe nicht mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit auf Abweichendes einigen, dann kommt es zu einer Beteiligung von Arbeitnehmervertretern, wie sie am günstigsten war in einer der beteiligten Gesellschaften; das bisherige Optimum in einer der Gesellschaften gilt also nach Verschmelzung auch für die neue Gesellschaft. Bereits ein beteiligtes Unternehmen, das der Mitbestimmung unterliegt, führt zur Mitbestimmung der neu gegründeten Gesellschaft, sofern die Anzahl seiner Arbeitnehmer den erforderlichen Schwellenwert überschreiten. Die Nachteile für deutsche Unternehmen sind damit offensichtlich: Die Auffanglösung muss für beide Seiten Anreize zur Verhandlung geben, sonst macht sie keinen Sinn. Sie sollte sich daher nicht an der deutschen Unternehmensmitbestimmung orientieren, sondern ein geringeres Level bieten, das Spielraum nach unten wie nach oben lässt. Dies war auch der Ansatz der *Davignon*-Gruppe, die den

Kompromiss der Verhandlungslösung auf europäischer Ebene für die SE vorbereitete.⁶⁸

Der von der Richtlinie vorgesehene Spielraum für den nationalen Gesetzgeber ist begrenzt. Das Vorher-Nachher-Prinzip ist grundsätzlich europarechtlich vorgeben. Gem. Art. 16 Abs. 3 lit. e) der Richtlinie i.V.m. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2001/86/EG können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass die Auffangregelung in Teil 3 des Anhangs der Richtlinie 2001/86/EG – also die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung keine Anwendung findet. Dies sollte man nutzen, und eigenständige Auffangregelungen formulieren – speziell für die durch die Verschmelzung gebildete Gesellschaft mit Sitz in Deutschland. Sinnvoll erschiene etwa die Drittelbeteiligung als *default rule*. Hierdurch würden Anreize zur Verhandlung geschaffen.⁶⁹ Ob dies europarechtlich tatsächlich zulässig ist, ist nicht ganz klar, denn, wo die Auffangregelung nicht greift, müsste – mangels abweichender Regelung – das nationale deutsche Mitbestimmungsrecht greifen. Das wäre dann wieder die weitestgehende Regelung. Versuchen sollte man es jedoch schon, für diese Fälle eigenständige Mitbestimmungsregelungen zu normieren, wenn man es denn will. Das wäre mutig und wohl nicht ohne europarechtliches Risiko, doch argumentativer Spielraum besteht.

Zudem sollte man auch sonst nicht strenger sein, als der europäische Gesetzgeber selber: In der Definition, wann eine Minderung der Mitbestimmung gegeben ist, heißt es im Entwurf, dass eine Minderung auch gegeben ist, wenn das Recht, Mitglieder in die entsprechenden Gremien zu wählen, zu bestellen, zu empfehlen oder abzulehnen, beseitigt oder eingeschränkt wird. Dies geht weiter als die Richtlinie, nach der es allein darauf ankommt, ob sich

⁶⁸ Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“ (with regard to the European company statute and the other appending proposals) abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm; dazu ausführlich insb. Heinze, AG 1997, 289-297.

⁶⁹ S. bereits Thüsing, ZIP 2004, 381.

das Verhältnis der Köpfe in dem entsprechenden Gremium geändert hat. Dabei sollte es auch im deutschen Recht bleiben – schon um kollisionsrechtliche Probleme mit den Umsetzungsgesetzen anderer EU-Mitgliedstaaten zu vermeiden. § 17 Abs. 4 ist daher entsprechend zu ändern.

II. Reichweite des Verhandlungsmandats

Die Auffangregelung ist also oftmals unbefriedigend. Umso wichtiger ist es, die Reichweite des Verhandlungsmandats zu bestimmen. Schon bei der SE ist dies unklar in seinen Grenzen. Das gleiche droht auch hier:

Unklar ist zunächst, ob auch die Größe des Aufsichtsrats verhandelt werden muss oder dies der einseitigen Festlegung durch die Kapitalanteileignerseite unterliegt. Letzteres scheint mir richtig, doch ist hierüber in Ansehung der Bildung der Allianz SE Streit entstanden. Zur Größe des Aufsichtsorgans, die innerhalb der durch § 17 Abs. 1 SEAG gesteckten Grenzen der Regelung durch die Satzung zugänglich ist, dominieren Stimmen, die sich für Vereinbarungsautonomie aussprechen.⁷⁰ Allerdings finden sich auch Stimmen, die eine entsprechende Autonomie ablehnen.⁷¹ Dies scheint mir aus vielerlei Gründen richtig, so dass eine entsprechende Klarstellung vorgenommen werden sollte. In § 22 Abs. 3 sollte es daher richtigerweise „Anteil“, nicht „Zahl“ lauten, auch wenn „Zahl“ auch der in der zugrunde liegenden Richtlinie benutzte Begriff ist.

Insgesamt sollte deutlich gemacht werden, dass die Verhandlungsautonomie nicht weiter als die Satzungsautonomie der Gesellschaft gehen kann. Eine Mitbestimmungsvereinbarung muss sich innerhalb der durch das *zwingende Gesellschaftsrecht* gezogenen Inhaltsschranken bewegen. Vorbehaltlich ausdrücklicher Ermächtigungen beanspruchen deshalb namentlich die für den Satzungsgeber geltenden Inhaltsbeschränkungen auch für die zwischen den Leitungen und dem Mitbestimmungsvereinbarung zu treffende Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer Geltung. Das heißt nichts anderes, als dass für eine Mitbestimmungsvereinbarung von vornherein nur im Rahmen der dem Satzungsgeber eröffneten Satzungsautonomie Raum ist.⁷² Dieser Zusammenhang ist bereits im Gesetzesentwurf selbst angelegt. Indem nämlich § 22 Abs. 4 im Anschluss an Art. 12 Abs. 4 S. 1 und 2 SE-VO bestimmt, dass die Satzung der Gesellschaft nicht im Widerspruch zu der ausgehandelten Mitbestimmungsvereinbarung stehen darf und die Satzung daher gegebenenfalls an eine Mitbestimmungsvereinbarung anzupassen ist, trägt der Entwurf – in Anknüpfung an das Recht der SE – dem Umstand Rechnung, dass sich die Mitbestimmung in dem Aufsichtsorgan und

damit in einem der Regelung durch die Satzung zugänglichen und bedürftigen Teil der Organisation der Gesellschaft vollzieht. Dem wiederum entspricht es, dass diese Vereinbarung keine eigenständige Rechtsquelle ist, vielmehr erst mit Überführung in die Satzung den Charakter einer Rechtsquelle annimmt. Eine Überführung der Mitbestimmungsvereinbarung in die Satzung kommt aber von vornherein nur insoweit in Betracht, als die in Frage stehende Regelung überhaupt Gegenstand einer Satzungsbestimmung sein kann.

III. Besonderes Verhandlungsgremium

Die Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums folgt weitgehend dem Muster des SEBG. Es stellen sich daher dort wie hier dieselben Fragen:

Das Vorschlagsrecht der Gewerkschaft ist europarechtlich nicht geboten, ja fragwürdig. Eine Ausnahme von dem Erfordernis einer Legitimation ausschließlich durch die Belegschaft selbst ist auch da nicht zulässig, wo ein nationales Arbeitsrecht nur eine gewerkschaftliche Interessenvertretung kennt.⁷³ Wortlaut und Ziel der Richtlinie bietet für solche Bequemlichkeit keine Grundlage. So hat sich Großbritannien etwa beim Europäischen Betriebsrat dafür entschieden, dass das die Repräsentanten britischer Betriebe im besonderen Verhandlungsgremium durch unmittelbare Wahl der Arbeitnehmer getroffen werden und daher nicht die gewerkschaftlichen *job stewards* zuständig sind (s. Art. 13 *Transnational Information and Consultation of Employees Regulations 1999*). In Übereinstimmung damit wird es für richtlinienwidrig gehalten, dass das Wahlgremium nach § 8 Abs. 2 S. 2 SEBG auch solche Arbeitnehmer vertritt, die in ihren Betrieben oder Unternehmen keinen Betriebsrat gewählt haben. Diese Zurechnungsregel kann gegen die Vorgabe des Art. 3 Abs. 2 lit. b. Abschnitt 3 Richtlinie 2001/86/EG verstoßen, wonach in Unternehmen oder Betrieben, in denen ein Betriebsrat „unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer“ nicht vorhanden ist, die Arbeitnehmer „selbst Mitglied für das besondere Verhandlungsgremium wählen oder bestellen dürfen“.⁷⁴ Nichts anderes gilt vorliegend. Die unmittelbare Wahl wäre auch hier der richtige Weg.

Durch den Gesetzesentwurf nicht geklärt ist zudem, ob und inwieweit auch die Wahl zum besonderen Verhandlungsgremium angefochten werden kann bzw. wann sie nichtig ist. Angesetzt kann nach derzeitiger Konzeption allein bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Leitungs- oder Aufsichtsgremium selbst. Die Einzelheiten dieses Rechtsschutzes sind auch bei der SE nicht ausdrücklich geregelt. Die zutreffende, soweit ersichtlich allgemeine Meinung schlägt daher eine analoge Anwendung der Regeln zur Betriebsratswahl vor, wie es der Gesetzgeber des SEBG auch für die Wahl des SE-Betriebsrats weitgehend entsprechend in § 37 Abs. 2 SEBG angeordnet hat.⁷⁵ Vorliegend sollte die Lücke bereits der Gesetzgeber schließen und Hinweise geben. Die könnten auch die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung betreffen.

⁷⁰ Eingehend *Oetker*, ZIP 2006, 1113; *Schwarz*, SE-VO, 2006, Art. 40 SE-VO Rn. 82; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, § 13 Rn. 386; *Hennings*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 2005, Art. 4 SE-RL Rn. 28; *Fuchs*, ebenda, Art. 12 SE-VO Rn. 31 betreffend eine neue, nach Eintragung der SE getroffene Vereinbarung; ferner *Seibt*, AG 2005, 413, 422 f., dessen Hinweis auf die Begrenzung durch § 17 Abs. 1 SEAG wohl allein die Höchst- und Mindestzahl betrifft (vgl. aber auch *dens.*, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 67, 78 f.); wohl auch *Kraushaar*, BB 2003, 1614, 1618; unentschieden *Krause*, BB 2005, 1221, 1226.

⁷¹ *Kallmeyer*, AG 2003, 197, 199; *Reichert/Brandes*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Bd. 9/II, 2006, Art. 40 SE-VO Rn. 70; wohl auch *Ihrig/Wagner* BB 2004, 1749, 1755; unentschieden *Krause*, BB 2005, 1221, 1226.

⁷² Für die SE s. eingehend *Habersack*, AG 2006, 345, dessen Argumentation hier übernommen wird.

⁷³ Hierfür beim europäischen Betriebsrat DKK-*Däubler*, EBRG § 17 Rn. 14; *Blanke*, EBRG § 17 Rn. 7.

⁷⁴ MünchKommAktG-Jacobs, SEBG § 8 Rn. 7.

⁷⁵ S. MünchKommAktG-Jacobs, § 10 SEBG Rn. 6; *Grobys*, NZA 2005, 987; *Keinast* in Jannott/Frodermann, 13 Rn. 168. Ebenso beim Europäischen Betriebsrat die allg. Meinung DKK-*Klebe*, § 11 Rn. 11; *Henssler/Willemsen/Kalb-Giesen*, EBRG Rn. 27., jeweils m.w.N.

IV. Miscellanea

Aus den verbleibenden Fragen seien recht wahllos drei Punkte aufgegriffen:

Es sollte klargestellt werden, inwieweit eine fehlerhafte Mitbestimmungsvereinbarung ein Eintragungshindernis für die Gesellschaft sein kann. In Erläuterung zu § 6 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs heißt es: „Da die Durchführung eines ordnungsgemäßen Verhandlungsverfahrens vom Registergericht als Voraussetzung für eine Eintragung der Gesellschaft zu prüfen ist (Artikel 16 Abs. 3 der Richtlinie i. V. m. Art. 12 Abs. 2 der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft), liegt ein züiges und ordnungsgemäßes Verfahren im Interesse der beteiligten Gesellschaften“.⁷⁶ Kann bei fehlerhaftem Verfahren dann tatsächlich die Eintragung verweigert werden? Dies scheint mir allzu streng gedacht und dürfte – *sit venia verbo* - unzutreffend sein. Eine nicht ordnungsgemäße Konstituierung des bVG dürfte entsprechend dem Dargelegten nicht bereits für sich ein Eintragungshindernis sein. Voraussetzung für die Eintragung ist nicht die ordnungsgemäße Konstituierung, sondern die wirksame Konstituierung des bVG, nicht der ordnungsgemäße Abschluss einer Vereinbarung nach § 22, sondern der wirksame Abschluss. Ist die Konstituierung des bVG nicht nichtig, sondern allein anfechtbar, wurde die Konstituierung jedoch nicht innerhalb der Frist angefochten, ist die Konstituierung wirksam und damit taugliche Grundlage für das Ingangsetzen der Verhandlungsfrist und das konstituierte bVG tauglicher Partner einer Vereinbarung nach § 22.

Ebenso fehlt bislang der Hinweis, ob die erneute Aufnahme von Verhandlungen erforderlich ist, wenn durch eine Veränderung der Arbeitnehmerzahlen Schwellenwerte der Mitbestimmung nach nationalem Recht über- oder unterschritten werden. Für die SE ist das umstritten.⁷⁷ Eine „strukturelle Änderung“ liegt in einem solchen u.U. sehr langsamen und kontinuierlichen Wachsen oder Schrumpfen sicherlich nicht. Statt die Lösung in der allzu weiten Formulierung in § 22 Abs. 2 zu suchen - die versagt, wenn es hier zu einer entsprechenden Festlegung nicht kommt - sollte man daher zwingend festschreiben, wann es und dass es eben hier zu einer Anpassung kommen muss.

Ein Letztes: § 27 Abs. 2 des Entwurfs schreibt einen Arbeitsdirektor vor („Die Zahl der Mitglieder der Leitung beträgt mindestens zwei. Einer von ihnen ist für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig. Dies gilt nicht für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.“). Euroaprechtlich ist das nicht zwingend, und nach deutschem Recht nur systemstimmig, wenn die Gesellschaft ansonsten dem MitbestG unterfallen würde (denn das DrittelbeteiligungsG kennt keinen Arbeitsdirektor). Besser wäre es also, darauf zu verzichten.

⁷⁶ BT-Drucks. 16/2922, S. 49.

⁷⁷ S. Rieble, BB 2006, 2018.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
16. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 16(11)430

1. November 2006

Information für den Ausschuss

Stellungnahme des Deutschen Führungskräfteverbandes ULA

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten - Drucksache 16/2922 -

Wegen der oben genannten Anhörung wenden wir uns an Sie. Der Deutsche Führungskräfteverband vertritt die Interessen von rund 50.000 Führungskräften und Leitenden Angestellten.

Wie Sie der anliegenden Stellungnahme entnehmen, haben wir uns trotz erheblicher Bedenken gegen die europäische Verhandlungslösung nicht vollkommen gegen den vorliegenden Gesetzesentwurf ausgesprochen, weil er die bei der Europäischen Gesellschaft (SE) gefundenen Regelungen im Wesentlichen aufgreift.

Wir wollen jedoch an dieser Stelle, wie bereits mehrfach auch gegenüber den zuständigen Ministerien nachdrücklich geschehen, darauf hinweisen, dass das Problem des Gläubigerschutzes von wegziehenden Unternehmen insbesondere für Betriebsrentner unserer Auffassung nach unzureichend gelöst ist. Weder ist ihnen mit einer Sicherheitsleistung gedient, noch erfahren sie Schutz durch den Pensionssicherungsverein, sollten die Rentenzahlungen nach dem Wegzug des Unternehmens ausbleiben. Der Wegzug als solcher ist kein Insolvenzfall.

Gleichzeitig erlauben wir uns bei dieser Gelegenheit, den Blick auf die angekündigten Reformvorhaben der Sitzverlegungsrichtlinie und unter Umständen ja sogar der Reform der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu lenken.

Wir warnen hiermit ausdrücklich vor allzu großem Optimismus. Die Zukunft liegt unseres Erachtens nicht in verhandelten Mitbestimmungssystemen auf Unternehmensebene. Um nur eine der zahlreichen Ungereimtheiten herauszugreifen: Da die Verhandlungsparteien nach Lage des Entwurfes des MgVG frei darin sind, Regelungen zur Beendigung der Mitbestimmungsvereinbarung zu treffen, kann das jederzeit dazu führen, dass Mitbestimmung im Aufsichtsrat zur Farce wird. Sie findet nämlich künftig stets unter dem Damoklesschwert der Kündigung der Mitbestimmungsvereinbarung statt. Jede ernstere Auseinandersetzung im Aufsichtsrat kraft Vereinbarung kann zur Drohung mit dieser Kündigung führen. Das Mitbestimmungsgesetz 1976 bietet dagegen den starken Vorteil, weder kündbar zu sein, noch den innerbetriebli-

chen Minderheiten wie den Leitenden Angestellten die jederzeit angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten vorzuhalten.

Lassen Sie uns unsere Bedenken vor allem im Hinblick auf die anstehende sogenannte Sitzverlegungsrichtlinie bekräftigen. Es will uns nicht einleuchten, dass anlässlich einer so formalen Handlung wie der Verlegung des Sitzungssitzes eines reinen deutschen Unternehmens etwa nach London künftig deutsche Betriebsräte und Sprecherausschüsse mit einer deutschen Unternehmensleitung darüber sollen verhandeln müssen, wie künftig die Unternehmensmitbestimmung unter der Geltung englischen Rechts, wenn überhaupt, auszugestaltet ist. Es steht zu befürchten, dass sich das zwar als die Schaffung eines lukrativen Betätigungsfeldes für Berater entpuppt, jedoch dem eigentlichen Anspruch, bestandswahrende Mitbestimmungsverhandlungen zu ermöglichen, nicht gerecht wird.

Wir rufen die Regierungsfractionen deshalb dazu auf, Ihren bisherigen Kurs in Bezug auf verhandelte Mitbestimmungssysteme nochmals zu überdenken und gegebenenfalls insbesondere bei den Beratungen zur Sitzverlegungsrichtlinie auch zu korrigieren.

Anlage

- Die Stellungnahme basiert auf der Annahme, dass die Umsetzung der europäischen Verhandlungslösung weiterreichende rechtspolitische Bedeutung entfalten kann. Die Umsetzung sollte daher zu einem einheitlichen System der Verhandlungslösung im deutschen Recht führen. Dieses System sollte nach Ansicht des Deutschen Führungskräfteverbandes der doppelten Legitimation von Verhandlungsführer und Mitbestimmungsvereinbarung gleichermaßen hohes Gewicht beimessen.
- Der Deutsche Führungskräfteverband erkennt und begrüßt den Willen zur Schaffung eines einheitlichen Systems der Verhandlungslösung in den Umsetzungsakten zur Europäischen Gesellschaft, Europäischen Genossenschaft und nun der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

- Er bittet, die nachfolgenden Vorschläge in Hinsicht auf die Missbrauchsabwehr und den Gläubigerschutz zu prüfen. Die Vorschläge beruhen auf der Überzeugung, dass es in Umstrukturierungssituationen eine Parallelität der Interessen zwischen zumindest Teilen des Anteilinhaberverbandes und der Belegschaft gibt. Das gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsverfahren ist auf Transparenz angelegt. Es bewirkt mittelbar auch den Schutz aller Stakeholder. Aus dem Zweck der Schaffung von Transparenz kann es hergeleitet werden, in Gestalt von Fragerechten an den Verschmelzungsprüfer das interne Organisationswissen der Arbeitnehmervertretungen in den Prüfbericht des Verschmelzungsprüfers mit einzubeziehen. Dieser unten näher ausgeführte Vorschlag bezieht sich ersichtlich auf das Vorbild des französischen Rechts (vgl. Körner, NZA 2001, 2. 429 – 435, 433), das dem Comité d'entreprise weitreichende Informationsbefugnisse durch den Einsatz von Experten einräumt.
 - Weiterhin erhält der Deutsche Führungskräfteverband seine Kritik an der Begriffsbestimmung der Arbeitnehmervertretung unter Ausschluss der Sprecherausschüsse aufrecht.
- 1.) "Einheitlichkeit der Verhandlungslösung" – Verstärkung der Vorkehrungen gegen Rechtsformmissbrauch – Schutz der Betriebsrentner (§§ 24, 30 MgVG)**
- a) Der Deutsche Führungskräfteverband hält es grundsätzlich für folgerichtig, wenn das MgVG dem Art. 2 des SE-AG, d.h. dem SE-Beteiligungsgesetz inhaltlich weitgehend entspricht. Insbesondere ist vor dem Hintergrund des Art. 16 Abs. 4 c) RL 2005/56/EG die Konsequenz zu begrüßen, mit der § 24 Satz 2 MgVG die Regelung des 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG wieder aufnimmt.
 - b) An dem Entwurf fällt auf, dass er anders noch als § 43 SEBG und § 45 SCEBG und abweichend vom Grundgedanken der Einheitlichkeit der Verhandlungslösung kein Missbrauchsverbot mehr kennt. Es sollte im Sinne der Einheitlichkeit der Umsetzung dringend erwogen werden, auch im geplanten MgVG an einem Missbrauchstatbestand festzuhalten. Der vorhandene § 30 MgVG dürfte keine ausreichende Schutzvorkehrung darstellen.
 - c) aa) Der Deutsche Führungskräfteverband hält weiterhin fest, dass in einem umfassenden Konzept zum Schutz vor missbräuchlicher Verwendung der neuen europäischen Umstrukturierungsmöglichkeiten nicht nur auf die Abschreckungswirkung eines Missbrauchsverbots gesetzt werden kann. Das Element der Informationspflichten und –rechte könnte verstärkt und vor allem in frühen Phasen der Umstrukturierungsplanung in ein umfassendes Schutzkonzept einbezogen werden. In diesem Zusammenhang darf nämlich nicht außer Acht gelassen werden, dass die Gefahr missbräuchlicher Nutzung der neuen Gestaltungsmöglichkeiten durch die transnationale Verschmelzung sich nicht auf nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen beschränkt, an die sowohl § MgVG als auch § 43 SEBG und § 45 SCEBG anknüpfen.

Der Deutsche Führungskräfteverband weist daraufhin, dass die Einführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung geeignet ist, das bestehende Recht der Arbeitnehmermitbestimmung, das vor allem im Mitbestimmungsgesetz 1976 und im Drittelbeteiligungsgesetz geregelt ist, in weiterem Umfang zum Gegenstand von Verhandlungen zu machen, als dies auf den ersten Blick zu erwarten sein mag. Man kann mit überschaubarem finanziellen Aufwand aus unternehmenstaktischen Gründen Verschmelzungstatbestände schaffen oder damit drohen, sie zu schaffen, wenn anstehende unternehmenspolitische Entscheidungen auf begründeten Widerstand bei den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat stoßen.

- bb) Der Deutsche Führungskräfteverband regt daher an, Schutzinstrumente zu prüfen, die auch die frühen Planungsphasen einer Verschmelzung erfassen.
 - (1) Die Interessen der Anteilinhaber werden durch das Institut der Verschmelzungsprüfung durch einen neutralen Verschmelzungsprüfer geschützt. Diesem Institut der Prüfung des Verschmelzungsberichts durch einen Verschmelzungsprüfer liegt erkennbar ebenso der Gedanke des Schutzes aller Stakeholder zugrunde. Das ergibt sich aus den Gegenständen, zu denen der Verschmelzungsplan Angaben enthalten muss, namentlich aus § 122 c Abs. 2 Nr. 4 und 10 UmwG-E und aus der Pflicht, den Verschmelzungsbericht auch den Arbeitnehmervertretern gem. § 122 e UmwG-E zugänglich zu machen.
 - (2) Fraglich ist, ob Reflexwirkungen des Schutzes, den dieses Prüfungserfordernis unmittelbar in der Rechtsbeziehung zu den Anteilinhabern gewährt, nicht auch vermehrt Arbeitnehmern zuteil werden können. Anteilinhaber, insbesondere Kleinanleger, haben ein Interesse daran, dass Auslöser von aufwändigen und teils auch riskanten Verschmelzungen nicht vornehmlich verdeckte Bestrebungen des Vertretungsorgans sind, mitbestimmungsrechtlichen Pflichten auszuweichen. Insofern besteht eine Interessensparallelität zwischen Anteilinhabern und Arbeitnehmern. Insbesondere aus der Sicht von Kleinanlegern und Minderheitsaktionären ist daher ein stets hoher Bedarf an Information und Transparenz gegeben. Darum ist sicherzustellen, dass Anteilinhaber Verschmelzungsverträgen nur auf der Basis möglichst vollständiger Faktenkenntnis zustimmen. Dieser Informationsbedarf ist nur unter Miteinbeziehung der Arbeitnehmervertreter, insbesondere des Know-hows der Leitenden Angestellten, zu decken.
 - (3) Es lässt sich daher aus dem Zweck der Verschmelzungsprüfung selbst ein Sonderfragerecht der in den beteiligten oder betroffenen Gesellschaften oder deren Tochtergesellschaften bestehenden Arbeitnehmerver-

tretungen einschließlich der Sprecherausschüsse herleiten:

Wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür glaubhaft gemacht werden können, dass der Verschmelzungsplan zu § 122c Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 10 Umwandlungsgesetz keine oder unzureichende Angaben über Umstände enthält, die das Vertretungsorgan bei der Planung der Verschmelzung bestimmt haben, haben die Arbeitnehmervertretungen einschließlich der Sprecherausschüsse in den beteiligten und den betroffenen Gesellschaften und Tochtergesellschaften das Recht, dem Verschmelzungsprüfer Fragen zu stellen. Der Verschmelzungsprüfer hat diese Fragen im Wortlaut in den Prüfbericht aufzunehmen und zu beantworten oder die Gründe zu benennen, die einer Antwort entgegenstanden.

cc) Es ist davon auszugehen, dass durch derartige Fragen Arbeitnehmeranliegen nur in begründeten Fällen vor das Forum der Anteilsinhaber getragen werden. Ebenso ist davon auszugehen, dass bereits die Pflicht des Verschmelzungsprüfers zur wortlautgetreuen Veröffentlichung der Fragen im Prüfungsberichts disziplinierende Vorwirkung auf die Mitglieder des Vertretungsorgans entfalten wird. Insgesamt kann erwartet werden, dass eine solche systemkonforme Erweiterung des Instituts der Verschmelzungsprüfung auf die Einbeziehung von Stakeholderinteressen in das gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsverfahren eine effektive und vor allem auf frühe Planungsstadien vorwirkende Hürde gegen Versuche darstellt, die transnationale Verschmelzung missbräuchlich einzusetzen.

d) Im Zusammenhang mit der angeregten Verbesserung des Informationsregimes während des Verfahrens der transnationalen Verschmelzung möchte der Deutsche Führungskräfteverband nochmals darauf aufmerksam machen, dass er in seiner Stellungnahme vom 09. Dezember 2005 zum SCEG im Hinblick auf den Gläubigerschutz gem. § 13 SE-EG, § 11 SCEG Bedenken geäußert hat, ob mit diesen Vorschriften den Besonderheiten der betrieblichen Altersvorsorge insbesondere der Direktzusage ausreichend Rechnung getragen ist. In Bezug auf § 122j UmwG sind diese Bedenken zu erneuern. Angeregt sei aus diesem Grund § 122c Abs. 2 Nr. 4 UmwG-E künftig wie folgt zu fassen:

„die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung **und die betriebliche Altersvorsorge**“

mit entsprechenden Folgen für den Prüfungsumfang des Verschmelzungsprüfers.

2.) Zur Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums (§§ 8, 10 MgVG)

Zur Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums ist anzumerken, dass die Leitenden Angestellten nur selten die Chance erhalten werden, ihre Belange selbst unmittelbar im Besonderen Verhandlungsgremium zu vertreten. Denn die Regelung des § 8 Abs. 4 des MgVG in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 4 MgVG

führt dazu, dass der Wahlvorschlag eines Sprecherausschusses nur in den Fällen berücksichtigt wird, in denen der Anteil der späteren Belegschaft aus Deutschland mehr als sechzig Prozent beträgt.

Bereits bei der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft hatte der Deutsche Führungskräfteverband darauf hingewiesen, dass durch diese eingeschränkte Repräsentationschance der Leitenden Angestellten auch wichtiges unternehmenspolitisches Know-how für die Beratungen im Besonderen Verhandlungsgremium nicht erschlossen wird.

Infolge der geringen Repräsentationschance im mächtigen Verhandlungsgremium ist zugleich die Gefahr umso größer, dass die Vertretung der Leitenden Angestellten in der ausgehandelten Form der Unternehmensmitbestimmung gänzlich entfällt.

3.) Zur Begrifflichkeit Arbeitnehmervertretung und Schutzlücken für Sprecherausschüsse im Falle der sogenannten „Herausverschmelzung“ (§§ 2, 29 MgVG)

Bereits während der Beratungen zur Europäischen Gesellschaft wurde vom Deutschen Führungskräfteverband angeregt, die Begriffsbestimmung bezüglich insbesondere des jetzigen § 2 Abs. 6 MgVG (Arbeitnehmervertretungen) so zu formulieren, dass auch die Sprecherausschüsse erfasst sind.

Wäre dies der Fall, dann würde die systematisch nicht erklärbare Schutzlücke in § 29 MgVG nicht entstehen. Es nicht einzusehen, warum zwar deutsche Betriebsräte im dort erwähnten Fall einer „Herausverschmelzung“ weiterbestehen sollen, Sprecherausschüsse jedoch nicht. Zumindest muss daher in § 29 MgVG der erste Halbsatz dahin geändert werden, dass „Regelungen und Strukturen über die Arbeitnehmervertretungen **und Sprecherausschüsse** einer beteiligten Gesellschaft mit Sitz im Inland, ..[fort]bestehen.“

Im Zuge des Erlasses des MgVG sollte daher auch § 2 Abs. 6 des SE-BG oder doch zumindest § 47 Abs. 2 SE-BG entsprechend geändert werden.

Unter Verweis auf die Ausführung unter 1.) ist in diese Kritik auch § 122 e UmwG-E mit einzubeziehen.

4.) Zur Begrenzung der rechtspolitischen Bedeutung der Richtlinienumsetzung in der Gesetzesbegründung - Bewusst verhandlungslose Hereinverschmelzung (§ 23, 25 MgVG)

Weiterhin scheint ein Widerspruch zwischen § 23 Abs. 1 Nr. 3 MgVG und dem Verfahren der Sitzverteilung zu bestehen. Der Sinn der auf Art 16 Abs. 4 a) der Richtlinie 2005/56/EG zurückzuführenden Vorschrift besteht darin, die Schwierigkeiten abzukürzen, die mit Mitbestimmungsverhandlungen verbunden sein mögen. Dennoch soll nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf in diesen Fällen einer bewusst verhandlungslosen Verschmelzung ein Besonderes Verhandlungsgremium gebildet werden. Allein zur Feststellung der Sitzverteilung wird es normalerweise nicht der aufwändigen Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums bedürfen. Im Sinne der Aufwandsverringerung kann die Gründung eines Besonderen Verhandlungsgremiums in aller Regel auf die Fälle des § 23 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MgVG beschränkt werden.

Der Entwurf überträgt die Ermittlung der auf das Inland entfallenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gemäß § 25 Abs. 3 MgVG einem besonderen Wahlgremium. Wenngleich sich dieses Vorgehen aus der Einheitlichkeit der Umsetzung der Verhandlungslösung herleitet, wirft der Vorschlag doch zumindest in bestimmten Konstellationen die Frage der Praktikabilität auf.

Dies betrifft bei den Hereinverschmelzungsfällen insbesondere die Verschmelzung zur Aufnahme. Denn die aufnehmende Gesellschaft ist vor und nach der Verschmelzung eine Gesellschaft deutschen Rechts. Sie wird, wenn der Sitz in Deutschland liegt, zumeist der Seniorpartner mit einem entsprechend hohen Anteil an Sitzen für inländische Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sein. Es wird bei den Arbeitnehmern auf Unverständnis stoßen, wenn alleine durch eine Verschmelzung nachhaltige Eingriffe in den Wahlmodus für Aufsichtsratsmitglieder ausgelöst werden, obwohl die Anwendung der Auffanglösung und damit im Grundsatz die Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung von vorneherein unstrittig war. Es läge daher eher nahe, für die inländischen Vertreter das Mitbestimmungsgesetz 1976 bzw. das geltende Drittelbeteiligungsgesetz entsprechend anzuwenden. Anderenfalls ist auch die Gefahr nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber selbst einen Anreiz dafür setzt, Verschmelzungstatbestände vorwiegend oder gar ausschließlich deshalb zu schaffen, um beispielsweise der aufwändigen Aufsichtsratswahl zu entgehen.

Der Deutsche Führungskräfteverband spricht sich als Vertretung der Leitenden Angestellten dafür aus, jedenfalls keine über die anstehende Umsetzung hinausgehenden Konsequenzen aus dieser Umsetzungsentcheidung abzuleiten oder auch nur die Basis für solche Interpretationen zu legen. Er nimmt deshalb nicht ohne Irritation die Begründung zu § 25 Abs. 3 MgVG zur Kenntnis.

Der Begründungstext setzt sich nicht mit der Auffälligkeit auseinander, dass ein Besonderes Verhandlungsgremium gar nicht in seiner Funktion als Verhandlungsgremium gegründet werden soll, sondern nur um eine ganz andere Funktion wahrzunehmen. Das Besondere Verhandlungsgremium hat hier allein den Zweck, als Kurationsorgan für die Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu dienen. Aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbands sollte dieser Bruch mit den allgemeinen Regeln zur Ermittlung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer deutschen Gesellschaft in der Gesetzesbegründung erstens offen und deutlich bezeichnet werden.

Außerdem fordert der Deutsche Führungskräfteverband, dass sich nicht nur aus dem Gesamtzusammenhang der Gesetzesbegründung erschließen lässt, dass sich die dem deutschen Mitbestimmungssystem fremde Entscheidung für ein Besonderes Verhandlungsgremium nur durch den Grundgedanken der Einheitlichkeit der Umsetzung der europäischen Verhandlungslösung erklärt. Sie muss jedoch in keiner Weise zwingender Bestandteil einer allgemeinen Verhandlungslösung sein. Um hier zu weit reichenden Gesetzesinterpretationen und etwaigen späteren Analogieschlüssen von vorneherein die Basis zu nehmen, wünschte man sich an dieser Stelle deutlich präzisere

Auskünfte über die Motive des Gesetzgebers bzw. der Entwurfsverfasser.

Der Deutsche Führungskräfteverband äußert als Vertretung der Leitenden Angestellten jedenfalls rein vorsorglich erhebliche Bedenken und kündigt Widerstand dagegen an, das Prinzip aufzugeben, dass die Arbeitnehmervertreter in der Unternehmensmitbestimmung von der Belegschaft im Wege der Urwahl bzw. von Delegierten gewählt werden können. Die integrative Funktion, die die Unternehmensmitbestimmung derzeit in Bezug auf alle Arbeitnehmergruppen hat, wird aufs Spiel gesetzt, wenn in Zukunft eine Sonderform der „betrieblich geprägten Unternehmensmitbestimmung“ in Gesellschaften nach grenzüberschreitender Verschmelzung neben der bekannten Form der Unternehmensmitbestimmung aufgebaut wird.

5.) **Antrag auf Neuverhandlung als Schutz der Pluralität und Schutz von Arbeitnehmerminderheiten – Prinzip der doppelten Legitimation (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 MgVG)**

Eine Verallgemeinerung der „Verbetrieblichung“ der Unternehmensmitbestimmung, bei der an die Stelle des SE-Betriebsrates das Besondere Verhandlungsgremium tritt und sich die Verhandlungsführer auf eine abgeleitete Legitimation stützen müssen, lehnt der Deutsche Führungskräfteverband ab.

Stattdessen sollte nach Ansicht des Deutschen Führungskräfteverbandes der Eigenart der Mitbestimmungsverhandlung und –vereinbarung dadurch stärker Rechnung getragen werden, dass das Prinzip der doppelten Legitimation zur Geltung gebracht wird.

Der Deutsche Führungskräfteverband interpretiert den § 18 Abs. 3 SE-BG als einen Ansatzpunkt für den Gedanken der doppelten Legitimation von Verhandlungsführer und Verhandlungsergebnis im bereits geltenden Recht. Denn wenn ein SE-Verhandlungsgremium den einschneidenden Beschluss des Abbruchs oder der Nichtaufnahme von Verhandlungen gem. § 16 Abs. 1 SE-BG fasst, so ist die Belegschaft nicht auf alle Zeit an die Folgen dieses Beschlusses gebunden. Vielmehr kann eine relevante Minderheit nach zwei Jahren den Antrag auf Wiederaufnahme der Verhandlungen stellen.

Er bittet zu prüfen, ob nach dem Vorbild des § 18 Abs. 3 SE-BG, in Anlehnung auch an § 86a BetrVG das Prinzip der doppelten Legitimation wie folgt verwirklicht werden kann:

Nach einer angemessenen Frist von drei Jahren, in der sich die Mitbestimmungsvereinbarung bewähren kann und die auch den Verhandlungsführern in der Verhandlungssituation selbst genügend Verhandlungsspielraum belässt, soll eine relevante Minderheit von 5 Prozent der Arbeitnehmer ein gesetzliches Antragsrecht auf Neubildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums und Neuverhandlung erhalten. Die Wirksamkeit des Antrags ist an die Vorlage konkreter Änderungsvorschläge und deren Begründung zu knüpfen. Beschließt das Besondere Verhandlungsgremium, dem Antrag nicht zu entsprechen, so hat es die Ablehnung zu begründen.

Dieses Antragsrecht versteht sich als legitimierende Kontrollmöglichkeit zum Schutz von Minderheiten, deren Interessen möglicherweise im Besonderen Ver-

handlungsgremium nicht mit am Tisch vertreten sind. Es führt als reines Antragsrecht nicht dazu, dass Minderheiten „den Betrieb lahm legen“ können und es umgeht auch die Schwierigkeit der Überrepräsentation struktureller Minderheiten in Verhandlungsgremien. Vielmehr erfüllt es seinen wesentlichen Zweck bereits dann, wenn es zwar kaum je zu einem derartigen Antragsverfahren kommt, weil alle Beteiligten weniger den Antrag als solches fürchten als vielmehr die Unruhe. Einer Minderheit wird durch diese rechtsförmige Ausgestaltung der Verhandlungslösung, ohne auf das Erstverhandlungsverfahren selbst durchgreifen zu müssen, nämlich die reale Chance eröffnet, ein berechtigtes Anliegen unternehmensöffentlich zu machen. Gleichzeitig verschafft dieses Recht die Gelegenheit, auf gegebenenfalls vorhandene Defizite der Mitbestimmungsvereinbarung hinzuweisen. Es entspricht damit in allen Punkten dem Grundgedanken der europäischen Verhandlungslösung, d.h. der Prozeduralisierung der Mitbestimmung.

In einem vertieften Sinn lässt sich die Schaffung einer derartigen legitimierenden Kontrollmöglichkeit auch aus dem Institut der Mitbestimmungsvereinbarung selbst herleiten. Sie entfaltet nicht in der gleichen Weise wie herkömmliches Kollektivrecht normative Wirkung. Sie geht in gewisser Weise sogar darüber hinaus. Denn sie steckt den institutionellen Rahmen ab, in dem künftig betriebliches Kollektivrecht soll geschaffen werden können. Deshalb verlangt dieses Institut nicht nur danach einmalig mit einer hohen Legitimation ausgestattet zu sein. Vielmehr gleicht die Mitbestimmungsvereinbarung darin einer Verfassung, die fort-dauernd als legitim auf Akzeptanz stoßen muss. Deshalb muss es für die von der Vereinbarung betroffenen Arbeitnehmer auch relevante Kontrollmöglichkeiten nach Abschluss der Vereinbarung geben. Im übrigen ist auch dies als Schutz gegen Missbrauch einer einmaligen Verhandlungssituation zu begreifen.

So schafft das Prinzip der doppelten Legitimation den nötigen Ausgleich zwischen Gestaltungsfreiheit im Namen der Belegschaft und Kontrolle und Rückkoppe-

lung an die Belange einer plural verfassten Arbeitnehmerschaft.

Es kompensiert damit teilweise den jetzt feststellbaren, nicht unerheblichen demokratischen Mangel der europäischen Verhandlungslösung im Vergleich zu Betriebs- und Sprecherausschussverfassung und auch zum Mitbestimmungsgesetz 1976 und dem Drittelbeteiligungsgesetz. Dieser Mangel besteht darin, dass es anders als bei allen anderen Organen der Mitbestimmung für Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit gibt, den nur indirekt gewählten Mitgliedern des Besonderen Verhandlungsgremiums die Wiederwahl in ihr Amt als Mitglied des Besonderen Verhandlungsgremium wegen Unzufriedenheit mit der Amtsführung zu versagen.

Für den Anteilseignerverband ist im übrigen das Prinzip der doppelten Legitimation von Verhandlungsführer und Verhandlungsergebnis dadurch bereits verwirklicht und gewährleistet, dass er gemäß § 122g Abs. 1 UmwG-E die Zustimmung zur Verschmelzung unter dem Vorbehalt erteilen kann, die Mitbestimmungsvereinbarung im Sinne von § 22 MgVG zu bestätigen.

Dagegen ist es aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbandes unzureichend, wenn sich das Recht auf Neuverhandlungen gem. § 22 Abs. 1 Nr. MgVG und vor allem das dabei anzuwendende Verfahren nur aus der Mitbestimmungsvereinbarung selbst ergeben soll. Insbesondere mit dem Recht, das Verhandlungsverfahren und damit letztlich auch die künftigen Verhandlungsparteien festzulegen, bekommen die „Erstverhandler“ ein unangemessenes Gestaltungsmonopol in die Hand. Diese Befugnisse gehen auch über das hinaus, was § 21 Abs. 3 und 4 des SE-BG vorsehen und sind damit nicht über das Prinzip der Einheitlichkeit der Umsetzung der europäischen Verhandlungslösung geboten, wobei im übrigen in die vorstehende Kritik auch § 21 Abs. Nr. 6 SE-BG einzubeziehen ist.