

## Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

### Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung .....	1
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen .....	3
C. Stellungnahmen eingeladenen Verbände und Einzelsachverständiger	
Deutscher Gewerkschaftsbund .....	4
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände .....	7
Berlin Center of Corporate Governance Technische Universität Köln .....	11
Institut der deutschen Wirtschaft Köln .....	14
Prof. Dr. Martin Henssler .....	20
Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Franz Jürgen Säcker .....	27
Prof. Dr. Hanno Merkt .....	28
Dr. Sebastian Sick .....	37
Ludwig Ladzinski .....	43
Prof. Dr. Heinz-J. Bontrup .....	45
Michael Eberhard .....	52
D. Stellungnahmen nicht eingeladenen Verbände und Einzelsachverständiger	
Prof. Dr. Volker Rieble .....	57
Deutsches Aktieninstitut .....	60
Deutscher Führungskräfteverband (ULA) .....	65
dbb beamtenbund und tarifunion .....	67

**Deutscher Bundestag**  
**17. Wahlperiode**  
Ausschuss für Arbeit und Soziales  
(11. Ausschuss)

**14. April 2011**  
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487  
Fax: 36030  
Sitzungssaal: ☎33308  
Fax: 36332

## Mitteilung

### Tagesordnung

**64. Sitzung des  
Ausschusses für Arbeit und Soziales  
am Montag, dem 09. Mai 2011, 14:00 bis 15:00 Uhr  
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal 4.900**

Vorsitz: Abg. Katja Kipping (MdB)

#### **Einzigster Punkt der Tagesordnung**

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)  
Rechtsausschuss*

*Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*

**Demokratische Teilhabe von Belegschaften und  
ihren Vertretern an unternehmerischen  
Entscheidungen stärken**

(BT-Drucksache 17/2122)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 17/1413

b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)  
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*

**Unternehmensmitbestimmung lückenlos  
garantieren**

(BT-Drucksache 17/1413)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 17/2122

**Katja Kipping**  
Vorsitzende

Sachverständigenliste

Deutscher Gewerkschaftsbund

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Berlin Center of Corporate Governance Technische Universität Berlin

Institut der deutschen Wirtschaft Köln

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Franz Jürgen Säcker, Berlin

Prof. Dr. Hanno Merkt LL. M., Freiburg

Dr. Sebastian Sick LL. M., Düsseldorf

Ludwig Ladzinski, Herne

Prof. Dr. Heinz-J. Bontrup, Isernhagen

Ernst Michael Eberhard, Berlin

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)524**

5. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

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

Die Unternehmensmitbestimmung in deutschen Kapitalgesellschaften sorgt für richtiges Management und gute Unternehmensführung im Sinne nachhaltigen und sozial verträglichen Wirtschaftens. Sie ermöglicht die Kontrolle wirtschaftlicher Macht sowie eine gelebte Demokratie und fördert die rechtliche und wirtschaftliche Gleichstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die Mitbestimmung hat erheblich zu Wohlstand und sozialem Frieden in Deutschland beigetragen. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind die wichtigste Gruppe unter den Stakeholdern eines Unternehmens. Sie erbringen echte Wertschöpfung und investieren einen großen Teil ihres Lebens in ihr Unternehmen. Dementsprechend müssen sie auch an der Entwicklung und dem Erfolg ihres Unternehmens beteiligt werden.

Die Wirtschaftskrise hätte ohne die Mitbestimmung ungleich schlimmere Folgen für den Arbeitsmarkt und damit auch für die gesamte Gesellschaft gehabt.

Die Gesetze zur Mitbestimmung sind nicht nur ein Bestandteil der demokratischen und sozialen Rechtsordnung, ein wichtiges Instrument der Partizipation der Beschäftigten an Entscheidungen in Unternehmen, sondern ebenso ein Standortfaktor für Deutschland: Neuere Studien bestätigen, dass die

Mitbestimmung positive Effekte auf die Produktivität und die Innovationsfähigkeit ausübt.<sup>1</sup>

Die wesentliche Funktion der Mitbestimmung liegt jedoch nicht in ihrem unbestreitbaren ökonomischen Nutzen, sondern in der Aufhebung einseitig ausgeübter Herrschafts- und Leitungsbefugnisse durch die Beteiligung der von Entscheidungen betroffenen Arbeitnehmer/innen. Dies geschieht mit dem Ziel, die Interessen der Arbeitnehmer/innen zu berücksichtigen.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) spricht sich daher nachdrücklich für eine Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung aus.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der DGB die in dem Antrag der SPD Bundestagsfraktion unter der Überschrift „Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken“ enthaltenen Forderungen nach einer rechtlichen und wirtschaftlichen Gleichstellung zwischen Kapital und Arbeit durch eine Übernahme der in der Montanmitbestimmung bewährten Institution der „neutralen Person“ in das Mitbestimmungsgesetz sowie die Forderungen nach einer Reduzierung der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze und die Forderung nach Einführung eines gesetzlichen Mindestkataloges zustimmungspflichtiger Geschäfte.

<sup>1</sup> Vgl. Jirjahn, Uwe: „Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Ein Update, Arbeitspapier Nr. 186 der Hans-Böckler-Stiftung, 2010, S.39 ff.

Eine Weiterentwicklung der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung ist nicht nur eine in hohem Maße aktuelle gesellschaftspolitische Frage, sondern auch eine Antwort auf die Europäisierung des Gesellschaftsrechtes. Derzeit wird es sogenannten Scheinauslandsgesellschaften in Deutschland de facto ermöglicht, mitbestimmungsfreie Zonen in Deutschland zu schaffen. Daher begrüßt der DGB ebenfalls die sowohl im Antrag der SPD-Bundestagsfraktion als auch im Antrag der Fraktion DIE LINKE unter dem Titel „Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren“ enthaltene Forderung nach einer Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf die sogenannten Scheinauslandsgesellschaften.

## 2) Einführung eines gesetzlichen Mindestkataloges zustimmungspflichtiger Geschäfte

Der DGB unterstützt die Forderung des Antrages der SPD Fraktion nach einem gesetzlich vorgeschriebenen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte im Aufsichtsrat ausdrücklich. Zustimmungspflichtige Geschäfte sind Geschäfte, die nach Art und Umfang von besonderem Gewicht für das Unternehmen sind und der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen. Die Hintergründe für die Forderung nach einem gesetzlichen Mindestkatalog zustimmungspflichtiger Geschäfte haben bereits 2006 die Arbeitnehmervertreter in der Regierungskommission zur Zukunft der deutschen Unternehmensmitbestimmung treffend dargestellt:

„Die Diskussion um den Inhalt von Katalogen zustimmungsbedürftiger Geschäfte für den Aufsichtsrat ist seit der Einführung des Mitbestimmungsgesetzes eine Debatte um die Einflussmöglichkeiten im Rahmen der Mitbestimmung. Die Einführung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 war der Grund, dass die Kataloge in der Aufsichtsratspraxis vielfach eine geringere Bedeutung bekamen. Erst eine entsprechende Regelung im Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) von 2002 schuf die Pflicht zur Festlegung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Allerdings wurde darauf verzichtet, über das Gesetz inhaltliche Vorgaben zur Ausgestaltung der Kataloge zu machen, obwohl die Regierungskommission unter Leitung von Professor Baums 2001 empfohlen hatte: *„Hierzu sollten in der Gesellschaft oder in abhängigen Unternehmen getroffene Entscheidungen oder Maßnahmen zählen, die die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikopräsentation grundlegend verändern“*.<sup>2</sup>

Der Aufsichtsrat benötigt hier endlich eine klare gesetzliche Vorgabe auf ein Mitspracherecht bei zentralen unternehmerischen Entscheidungen, da die relevanten strategischen Entscheidungen oftmals nicht von den vorhandenen Katalogen abgedeckt werden. So weisen empirische Befunde beispielsweise darauf hin, dass (trotz eines gewissen Fortschritts in den vergangenen Jahren) erhebliche Defizite bei der „Mitentscheidung [des Aufsichtsrates] über wesentliche Aspekte der Unternehmensentwicklung (Organisations- und Führungsgrundsätze,

Maßnahmen der Konzernsteuerung) und insbesondere in den Feldern Personalplanung und Sozialmaßnahmen“ gibt.<sup>3</sup> Eine weitere empirische Studie kommt zu dem Ergebnis, dass Gründung, Erwerb, Veräußerung, Umwandlung oder Auflösung von Unternehmensteilen nur in 52 % der mitbestimmten Aktiengesellschaften dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates unterliegen.<sup>4</sup>

Auch und gerade als Lehre aus der Finanzkrise fordert der DGB daher, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer/innen in zentralen unternehmerischen Entscheidungen zu erweitern. Dies setzt einen gesetzlich vorgegebenen Katalog mitbestimmungspflichtiger Geschäfte voraus, der alle Maßnahmen der strategischen Ausrichtung des Unternehmens, darunter Betriebsschließungen, Standortverlagerungen und Unternehmensverkäufe umfassen sollte und gesetzlich vorzugeben ist. Dabei sind auch die positiven Erfahrungen des VW-Gesetzes zu berücksichtigen.

Zudem unterstützt der DGB den Vorschlag der SPD Bundestagsfraktion, dass es einer qualifizierten Minderheit von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder ermöglicht werden soll, den Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte zu ergänzen.<sup>5</sup>

## 3) Orientierung am Erfolgsmodell der Montanmitbestimmung

Die am weitesten entwickelten Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung sind im Montanmitbestimmungsgesetz von 1951 enthalten. Es gilt für Montanunternehmen (Bergbau, Eisen, Stahl) die mehr als 1.000 Mitarbeiter beschäftigen. Zwischen Arbeitnehmervertreter/innen sowie der Kapitaleseite herrscht eine echte Parität. Ein von beiden Seiten benanntes „neutrales Mitglied“ kann bei einem Stimmenpatt den Ausschlag geben.

Die in vielen Krisen bewährte Montanmitbestimmung, die in diesem Jahr ihren 60. Geburtstag feiert, ist eine Blaupause für die Zukunft. Die weitgehenden Umstrukturierungen bei Kohle und Stahl wären nicht möglich gewesen, wenn die Montanmitbestimmung keine sozialverträglichen Lösungen ermöglicht hätte. Gleichzeitig ist die Montanmitbestimmung durch ihre besondere institutionelle Wertschätzung von Partizipation, Vertrauen und Übernahme von Verantwortung eine Brücke in die Zukunft nachhaltiger Unternehmensführung. Der DGB fordert daher, wichtige Elemente der Montanmitbestimmung in das Mitbestimmungsgesetz zu übernehmen.

Daher sollte - wie auch von der SPD Bundestagsfraktion gefordert - das Mitbestimmungsgesetz von 1976 um die neutrale Person im Aufsichtsrat (bei gleichzeitiger Abschaffung des Doppelstimmrechtes des Aufsichtsratsvorsitzenden) ergänzt werden. Die neutrale Person im Aufsichtsrat bewirkt eine „echte Parität“ zwischen Arbeit und Kapital. Es ist nicht

<sup>2</sup> Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer in der Regierungskommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, S. 74.

<sup>3</sup> Jürgens, Ulrich/Lippert, Inge/Gaeth, Frank: Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, 2008, S.9.

<sup>4</sup> Vgl. Gerum, Elmar: Das deutsche Corporate Governance System, 2007, S.269.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch grundsätzlich Schmidt, Reinhard H./Spindler, Gerald: Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive 2008, S.329.

möglich, dass die Kapitalvertreter/innen die Arbeitnehmervertreter/innen einfach überstimmen. So werden Anreize für die Übernahme von Verantwortung, für eine sachliche Atmosphäre der Argumentation und für das Ringen um einen Kompromiss gesetzt. Die neutrale Person ist als Konfliktlösungsmechanismus dem Doppelstimmrecht im Mitbestimmungsgesetz weit überlegen, auch weil sie das Machtungleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit verringert und damit die Legitimation der Unternehmensführung erhöht.

Außerdem soll der Arbeitsdirektor (Personalvorstand) nach dem Mitbestimmungsgesetz wie in der Montanmitbestimmung nicht gegen den Willen der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat bestellt werden dürfen. Der stetige Anstieg der Wissensarbeit im Unternehmen erfordert motivierte, innovative und einsatzfreudige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dies macht eine Stärkung der mitbestimmten Personalarbeit notwendig. Die ebenfalls im Aufsichtsrat vertretenen „weiteren Mitglieder“ stellen eine Einbindung der Zivilgesellschaft sicher.

Eine Orientierung am Erfolgsmodell der Montanmitbestimmung legt auch nahe, die Schwellenwerte des Mitbestimmungsgesetzes auf das Niveau der Montanmitbestimmung abzusenken. Angesichts der seit 1976 angestiegenen Produktivität der Arbeitnehmer/innen in Deutschland spricht sich der DGB dafür aus, die Schwellenwerte für das Mitbestimmungsgesetz auf 1.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu verringern und diese um geeignete ökonomische Kriterien zu ergänzen. Die Schwellenwerte für das Erreichen der Drittelbeteiligung in Kapitalgesellschaften sollten auf 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gesenkt werden, eine bekannte Größe aus dem europäischen Bilanzrecht. Dazu sind auch in GmbHs alle Arbeitnehmer/innen in deutschen Betriebsstätten eines Konzerns (gleichgültig ob Vertrags- oder faktischer Konzern) zu berücksichtigen und nicht – wie bisher in der Drittelbeteiligung vorgesehen – nur die Beschäftigten der Muttergesellschaft.

#### **4) Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf die sogenannten Scheinauslandsgesellschaften**

Offenkundig sind im Schutzbereich der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland durch die Europäisierung des Gesellschaftsrechtes Lücken entstanden. Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nährt derzeit die Sorge um eine schleichende Flucht aus der Mitbestimmung, indem sie Möglichkeit der Gründung von (nicht mitbestimmten) Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz oder Zweigniederlassung in Deutschland bzw. deutschen Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär stärkt (sogenannte Scheinauslandsgesellschaft).

Die Umgehung der Mitbestimmung über den genannten Weg ist rechtlich umstritten. So vertritt der DGB die Position, dass die deutschen Mitbestimmungsgesetze bereits heute auf die Scheinauslandsgesellschaften anwendbar sind.

Weil Unternehmen mit ausländischer Rechtsform jedoch in der Praxis keine Arbeitnehmerbeteiligung

im AR haben, selbst wenn sie mehr als 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer/innen innerhalb Deutschlands beschäftigen, führt dies zu einer Benachteiligung eines Teils der Arbeitnehmer/innen. Dass Beschäftigte in solchen Gesellschaften im Gegensatz zu ihren Kolleginnen und Kollegen in Gesellschaften deutscher Rechtsform nicht über Mitbestimmungsrechte verfügen, ist ungerecht und undemokratisch.

Die Anzahl der Konstruktionen mit sogenannten Scheinauslandsgesellschaften in mitbestimmungsrelevanter Größenordnung ist von 2006 bis Oktober 2010 bereits von 17 auf 43 angestiegen.<sup>6</sup>

Diese Zahlen unterstützen die gewerkschaftliche Forderung einer Erstreckung des Mitbestimmungsgesetzes auf die sogenannten Scheinauslandsgesellschaften.

Der DGB begrüßt deshalb den Antrag der Fraktion der SPD sowie den Antrag der Fraktion DIE LINKE für eine Erstreckung der Mitbestimmungsgesetz auf Gesellschaften ausländischer Rechtsformen, die in Deutschland ansässig sind, um in diesem Punkt endlich Rechtssicherheit zu schaffen und den Schutzbereich der Unternehmensmitbestimmung für Beschäftigte in Deutschland zu sichern.

Zur europarechtlichen Zulässigkeit eines Gesetzes zur Erstreckung der Mitbestimmung auf ausländische Kapitalgesellschaftsformen folgerten bereits die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopfkommission II) in ihrem Bericht, dass der Gesetzgeber vom Gemeinschaftsrecht nicht daran gehindert sei, solche Unternehmen der Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sich die betriebliche Organisation, einschließlich der Arbeitnehmer/innen im Wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer/innen nicht nach dem Recht des Gründungsstaates ein Mitbestimmungsrecht haben.<sup>7</sup>

Auch die Rechtsprofessoren Manfred Weiss und Achim Seifert haben in einem aktuellen Rechtsgutachten gezeigt, dass ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz unter der Beachtung bestimmter Anforderungen mit der europäischen Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG vereinbar ist.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Vgl. Sick, Sebastian/Pütz, Lasse: Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, in: WSI Mitteilungen 1/2011, S. 34-40.

<sup>7</sup> Vgl. Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, 2006: S.34: „Erlaubt ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, wenn mit ihr ein legitimes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird, wenn sie ausländische Unternehmen nicht gegenüber inländischen diskriminiert und wenn sie durch „zwingende Gründe des Gemeinwohls“ gerechtfertigt ist. Zusätzlich muss die Beschränkung zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist. Zu den zwingenden Gründen des Gemeinwohls rechnet der EuGH auch die Interessen der Arbeitnehmer.“

<sup>8</sup> Vgl. Weiss, Manfred/Seifert, Achim: Der europarechtliche Rahmen für ein „Mitbestimmungserstreckungsgesetz“, in: ZGR 4/2009, S. 542-580

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)510**

2. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)****Zusammenfassung**

Die Umsetzung der Forderungen der Fraktionen von SPD und DIE LINKE würde die Isolierung des deutschen Mitbestimmungssystems in Europa vertiefen.

Die geforderte Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Kapitalgesellschaften ist mit den Vorgaben des europäischen Gerichtshofes nicht vereinbar. Sie widerspricht der Niederlassungsfreiheit. Der EuGH hat entschieden, dass einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründet wurde, die Rechtsfähigkeit auch dann erhalten bleibt, wenn sie ihren effektiven Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt. Ein Unternehmen, das diese Möglichkeit nutzt, macht Gebrauch von seiner Niederlassungsfreiheit, einer der zentralen Grundfreiheiten der Europäischen Union. Die Niederlassungsfreiheit darf auch mittelbar nicht dadurch eingeschränkt werden, dass nationale Anforderungen des Gesellschaftsrechts die freie Wahl des Sitzlandes behindern.

Die Mitbestimmung in Deutschland findet europaweit keinen Nachahmer, der europäische Gesetzgeber setzt auf ein grundlegend anderes System, das Vereinbarungslösungen bei der Mitbestimmung in den Vordergrund stellt. Durch eine Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung würde der Wirtschaftsstandort Deutschland nicht attraktiver für ausländische Unternehmen werden.

Insbesondere eine Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden in Kapitalgesellschaften, die unter das Mitbestimmungsrecht 1976 fallen, ist mit dem Grundgesetz und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar. Sie widerspricht ebenfalls eindeutig europäischen Regelungen, die für die SE ein solches Doppelstimmrecht als unverzichtbar konstituieren.

**Im Einzelnen**

Die Fraktion DIE LINKE fordert mit ihrem Antrag „Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren“ eine Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaften mit ausländischer Rechtsform.

Die Fraktion der SPD verlangt in ihrem Antrag „Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken“ neben dieser weitere darüber hinaus gehende Gesetzesänderungen:

- Die Einführung eines gesetzlichen Mindestkatalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen. Zudem soll eine qualifizierte Minderheit im Aufsichtsrat von einem Drittel seiner Mitglieder berechtigt sein, den Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte zu ergänzen.
- Die Schwellenwerte für das Mitbestimmungsrecht sollen von 2000 auf 1000, die für das Drit-

telbeteiligungsgesetz von 500 auf 250 abgesenkt werden.

- Das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden in Kapitalgesellschaften, die unter das Mitbestimmungsgesetz 1976 fallen, soll abgeschafft werden.

### 1. Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaften mit ausländischer Rechtsform

Auch wenn eine bestimmte Zahl der in Deutschland ansässigen Gesellschaften ausländische Gesellschaftsformen nutzen, bedeutet dies keine allgemeine Tendenz zur Mitbestimmungsumgehung. In Deutschland unterliegen etwa 700 Unternehmen dem Mitbestimmungsgesetz und weitere 1500 Unternehmen dem Drittelbeteiligungsgesetz. Die Zahl von 37 ausländischen Gesellschaften mit mehr als 500 Beschäftigten ist dagegen verschwindend gering – eine gesetzliche Sonderregelung erscheint bereits aufgrund dieser geringen Anzahl der potentiell betroffenen Unternehmen als überzogen. Es ist zudem davon auszugehen, dass bei diesen Gesellschaften bei der Entscheidung für eine Gesellschaftsform nicht die Frage der Mitbestimmung, sondern vor allem gesellschaftsrechtliche Vorteile einer ausländischen Gesellschaftsform wie z. B. das Erfordernis eines niedrigeren Mindestkapitals im Vordergrund standen.

Hinsichtlich einer möglichen Ausweitung der deutschen Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaftsformen geht die rechtswissenschaftliche Literatur ganz überwiegend davon aus, dass eine solche mit der europäischen Niederlassungsfreiheit und der dazu ergangenen Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs (insbesondere Rechtsachen Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic und Cartesio) nicht vereinbar ist. Nach den Grundsatzentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit steht fest, dass Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaats gegründet wurden, in Deutschland in ihrer ausländischen Rechtsform anzuerkennen sind und zwar selbst dann, wenn sie überwiegend oder gar ausschließlich in Deutschland tätig sind.

Aus Sicht des deutschen Rechts bleibt damit eine englische Private Limited Company (Limited) eine Limited und eine niederländische BESLOTEN VENNOOTSHAP (B.V.) eine B.V., ohne dass es darauf ankommt, wo die Gesellschaften geschäftlich aktiv sind. Es kommt grundsätzlich die sogenannte Gründungstheorie zur Anwendung, nach der die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse eines Unternehmens nach dem Recht zu beurteilen sind, nach dem es gegründet wurde. Die Reichweite des mittels der Gründungstheorie ermittelten ausländischen Gesellschaftsrechts (des sogenannten Gesellschaftsstatuts) umfasst alle Aspekte der gesellschaftsrechtlichen Verfassung des Unternehmens.

Dazu gehört auch die Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Leitungsorganen der Gesellschaft. Eine in Deutschland operierende Gesellschaft

aus einem EU- oder EWR-Staat darf daher nicht gezwungen werden, gesellschaftsrechtliche Strukturen einzuführen, die mit dem Recht des Gründungsstaats nicht kompatibel sind. Hierzu gehören auch Bestimmungen zur Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Es ist europarechtlich ausgeschlossen, den Geltungsbefehl der Deutschen Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung explizit auf Auslandsgesellschaften zu erstrecken.

Zudem ist die Anwendung der Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften aus praktischen Gründen oftmals gar nicht möglich. Bei Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland ist die Corporate Governance-Struktur in vielen Fällen mit der deutschen Mitbestimmung nicht kompatibel. Dies gilt beispielsweise bei der monistischen Board-Struktur – in diesen Fällen gibt es keine Aufsichtsräte im Sinne des deutschen dualistischen Systems, sondern Verwaltungsräte, die neben den Überwachungs- auch die Leitungsaufgaben im Unternehmen haben.

### 2. Einführung eines gesetzlichen Mindestkatalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen

Die Einführung eines gesetzlichen Mindestkatalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte ist aus ordnungspolitischen und dogmatischen Gründen abzulehnen. Ein gesetzlicher Mindestkatalog würde den unterschiedlichen Unternehmenssituationen nicht gerecht. Die konkreten Situationen sind bei den Unternehmen je nach Größe, Branche, Eigentumsverhältnissen etc. so unterschiedlich, dass ein Katalog nicht allgemeingültig gefasst werden kann. So rechtfertigen bspw. Investitionsentscheidungen oder Kreditaufnahmen bzw. -vergaben erst ab einer konkret festgelegten, die individuellen Gegebenheiten der Gesellschaft berücksichtigende Größenordnung den mit einem Zustimmungsvorbehalt verbundenen Eingriff in die gesetzlich garantierte Leitungsmacht des Vorstands. Ein allgemein gehaltener Katalog ist indessen nicht in der Lage, der in § 111 Abs. 4 Satz 1 und 2 AktG angelegten Bedeutungsgrenze aufsichtsratspflichtiger Geschäfte hinreichend Rechnung zu tragen. Er würde vielmehr als reine Formalie die Geschäftsführung hemmen, ohne den Aufsichtsrat in seiner Überwachungsfunktion tatsächlich zu stärken. Im Gegenteil würde ein gesetzlicher Zustimmungskatalog einen Aufsichtsrat möglicherweise dazu verleiten, es bei diesem bewenden zu lassen, ohne sich mit den Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens tatsächlich auseinanderzusetzen.

Ein solcher Katalog ist auch nicht notwendig, da dem Aufsichtsrat seit dem Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.07.2002 (Transparenz- und Publizitätsgesetz, TransPuG) ohnehin die gesetzliche Pflicht trifft, bestimmte Arten von Geschäften seiner vorherigen Zustimmung zu unterwerfen. Dies folgt aus der Ersetzung der Wörter „kann jedoch“ durch die Wörter „hat je-



doch“ in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Mit dieser Wortlautänderung ist klargestellt, dass der Aufsichtsrat über grundlegende Unternehmensentscheidungen nicht nur rechtzeitig informiert, sondern in diese auch eingebunden werden muss. Entsprechend legt das herrschende Schrifttum § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG weit aus und erachtet unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung jedes Geschäft von grundlegender Bedeutung für zustimmungsvorbehaltspflichtig. Dies gilt auch für die im SPD-Antrag beispielhaft aufgezählten Geschäfte einer Betriebsschließung, Standortverlagerung oder Unternehmensverkäufe, sofern sie für die Gesellschaft von grundlegender („zentraler“) Bedeutung sind. Kommt der Aufsichtsrat seiner gesetzlichen Zustimmungsvorbehaltspflicht nicht nach, kann er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen. Der Aufsichtsrat steht daher bereits nach geltendem Recht in der Pflicht, sich durch einen entsprechenden Vorbehaltskatalog oder durch Ad-hoc-Zustimmungsvorbehalte eine Vetoposition bei grundlegenden Unternehmensentscheidungen einzuräumen.

Das vorgeschlagene Recht einer qualifizierten Aufsichtsratsminderheit, den Katalog zustimmungsbedürftiger Rechtsgeschäfte zu ergänzen, ist systemwidrig. Der Aufsichtsrat überwacht den Vorstand für die Anteilseigner. Er bildet seinen Willen durch Beschlüsse der Mehrheit seiner Mitglieder. Wenn diese Mehrheit bestimmte Geschäfte des Vorstands für nicht zustimmungspflichtig erachtet, ist es nicht akzeptabel, dass eine Minderheit die Mehrheit überstimmen kann. Es bestünde ansonsten die Gefahr, dass eine Gruppe im Aufsichtsrat ihre Partikularinteressen verfolgen kann, die nicht im Interesse der Gesellschaft sind.

Die Bedenken gegen eine solche Regelung werden auch nicht dadurch relativiert, dass eine Mehrheit eine Genehmigung erteilen könnte: Wenn ein Zustimmungsvorbehalt besteht, muss der Vorstand die betroffenen Geschäfte für eine Aufsichtsratssitzung oder eine Zustimmung außerhalb einer Sitzung aufbereiten, Vorbereitungs- und Ladungsfristen abwarten und könnte erst anschließend die Maßnahme durchführen. Auch wenn die Zustimmung der Mehrheit regelmäßig erteilt würde, würde die Zustimmungspflicht – aufgrund eines Minderheitenvotums – zu deutlichen Erschwernissen bei der Durchführung von Geschäften und Maßnahmen führen und das Unternehmen gegebenenfalls lähmen.

### 3. Herabsetzung der Schwellenwerte für das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz

Eine Absenkung der Schwellenwerte für das Eingreifen des Mitbestimmungsgesetzes von 2000 auf 1000 und für das Eingreifen des Drittelbeteiligungsgesetzes von 500 auf 250 ist sachlich nicht begründet.

Die Absenkung des Schwellenwertes im Drittelbeteiligungsgesetz würde – besonders für

GmbHs mit 250 Arbeitnehmern – u.a. aufgrund der dann notwendigen Einrichtung von Aufsichtsräten einen nicht zu rechtfertigenden bürokratischen Aufwand bedeuten und gerade kleinere und mittlere Unternehmen mit unverhältnismäßigen Kosten und Aufwand belasten.

Die Diskussion einer Absenkung der Schwellenwerte für die Unternehmensmitbestimmung ist genauso überholt wie die starre gesetzliche Form der Mitbestimmung selbst. Gesetzlich notwendig sind flexible verhandlungsoffene Lösungen, die den Betroffenen passgenaue Regelungen ermöglichen.

### 4. Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden in Kapitalgesellschaften

Die Abschaffung des Doppelstimmrechtes des Aufsichtsratsvorsitzenden für alle Kapitalgesellschaften, die unter das Mitbestimmungsgesetz 1976 fallen, und damit eine Angleichung an das Montanmitbestimmungsgesetz, ist mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 1. März 1979 (1 BvR 532/77) die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976 wesentlich und grundlegend damit begründet, dass das Zweitstimmrecht des von Anteilseignerseite bestellten Aufsichtsratsvorsitzenden gewährleistet wird. Eine mit dem Vorschlag einhergehende faktische Ausweitung der Montanmitbestimmung, die sich allein aufgrund der besonderen historischen Situation zum Zeitpunkt ihrer Entstehung rechtfertigen lässt, ist daher verfassungsrechtlich – insbesondere im Hinblick auf die Eigentumsfreiheit – unzulässig.

Die Montanmitbestimmung ist nicht europakompatibel. Sie noch auszuweiten, widerspricht daher den Interessen an eine moderne für unsere europäischen und internationalen Partner akzeptable Form der Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

#### Fazit:

BDA und BDI haben bereits im Jahre 2004 den Bericht der gemeinsamen Kommission Mitbestimmung „Mitbestimmung modernisieren“ vorgelegt. Bestandaufnahme wie Lösungsvorschläge zur Modernisierung der Mitbestimmung aus diesem Bericht sind weiterhin aktuell. Auch im Rahmen der Biedenkopf-Kommission zur Unternehmensmitbestimmung haben die Vertreter von BDI und BDA konsensorientierte Vorschläge für eine durchgreifende Weiterentwicklung der Mitbestimmung gemacht. Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die fehlende Akzeptanz für das deutsche System der Mitwirkung der Arbeitnehmer in Leitungsorganen einer Gesellschaft unterstreichen diesen Veränderungsbedarf.

Ebenso wie ein großer Teil der Wissenschaft treten BDA und BDI für eine Öffnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung für Vereinbarungslösungen ein, die beispielsweise auch die Berücksichtigung ausländischer Belegschaften oder die Verhand-

lung über die Größe des Aufsichtsrats ermöglichen. Unternehmen und Arbeitnehmer müssen ein passgenaues Mitbestimmungssystem für das Unternehmen frei vereinbaren können. Kommt es nicht zu einer solchen Einigung, sollte der Gesetzgeber für diesen Fall nach europäischem Vorbild eine gesetz-

liche Auffanglösung bereitstellen. Für eine solche Auffanglösung bietet sich (zumindest bei dualer Leitungsstruktur) die Drittbeteiligung an, die sich auch in anderen Staaten der Europäischen Union findet.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)513**

2. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Berlin Center of Corporate Governance Technische Universität Berlin**

**Zusammenfassung (Executive Summary)**

Das Ziel, einer überzogenen Shareholder-Value-Orientierung der Unternehmensführung entgegenzuwirken, ist grundsätzlich zu begrüßen und liegt auf der Linie des Deutschen Corporate Governance Kodex, der im Jahr 2009 stärker auf den Stakeholder-Ansatz ausgerichtet worden ist. Die Annahme, dass sich das Regime der unternehmerischen Mitbestimmung bewährt hat und einen Standortvorteil darstellt, ist in dieser pauschalen Form jedoch nicht haltbar. Infolgedessen ist dem Versuch, die Qualität der Unternehmensführung durch eine Erweiterung der Mitbestimmung zu verbessern, mit Skepsis zu begegnen. Zielführender sind Anpassungen in den Anreizsystemen der Entscheidungsträger und namentlich eine Stärkung des für eine Marktwirtschaft zentralen Prinzips der ökonomischen Haftung.

**A. Ziele, Annahmen und Maßnahmen der Anträge****I. Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der SPD: Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)**

Der Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der SPD verfolgt im Kern das Ziel, „die alleinige Orientierung der Unternehmen an der Profitmaximierung“ (BT-Drucksache 17/2122, S. 1) zu verhindern und zu diesem Zweck die demokratische Teilhabe der Belegschaften zu stärken. Der Antrag beruht vor allem auf den Annahmen, dass die Verfolgung des Share-

holder-Value-Prinzips in den letzten Jahren eine der wesentlichen Ursachen einer „historisch niedrigen Lohnquote und der steigenden Armut“ markiert (ebenda, S. 1) und dass sich die Mitbestimmung bewährt hat: „Unternehmen mit ausgedehnter Mitbestimmung weisen eine gerechtere Einkommensverteilung auf, besitzen eine gute wirtschaftliche Attraktivität, verfügen über eine starke Weltmarktposition und der soziale Frieden ist weitestgehend sichergestellt.“ (ebenda, S. 3).

Vor diesem Hintergrund fordert der Antrag,

- die deutsche Mitbestimmung zur Verhinderung europarechtlich eröffneter Umgehungsstrategien auf weitere Unternehmen auszudehnen,
- einen gesetzlichen Mindestkatalog von Geschäften einzuführen, denen der Aufsichtsrat zustimmen muss,
- einer qualifizierten Minderheit von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder das Recht einzuräumen, diesen Katalog für das jeweilige Unternehmen zu ergänzen,
- die Schwellenwerte für das Mitbestimmungsgesetz 1976 von 2000 auf 1000 Beschäftigte und für das Drittelbeteiligungsgesetz von 500 auf 250 Beschäftigte zu halbieren und
- für alle Unternehmen im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes 1976 den Konfliktlösungsmechanismus der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden durch eine neutrale Per-

son nach dem Modell der Mitbestimmung in der Montanindustrie zu ersetzen.

## II. Antrag von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE: Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

Der Antrag von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE soll verhindern, dass die deutsche Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch Wahl einer hierfür geeigneten Rechtskonstruktion umgangen werden kann. Mit Blick auf diese Zielsetzung fordert der Antrag, die einschlägigen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften auch auf Unternehmen auszudehnen, die in einer ausländischen Rechtsform (aus einem Mitgliedstaat der EU) geführt werden, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland haben.

### B. Stellungnahme zu den Zielen, Annahmen und Maßnahmen der Anträge

Das Ziel des SPD-Antrags, einer überzogenen Shareholder-Value-Orientierung der Unternehmensführung entgegenzuwirken, ist grundsätzlich zu begrüßen. Dabei kann an dieser Stelle dahinstehen, inwieweit tatsächlich der Shareholder-Ansatz (und nicht auch andere Faktoren wie beispielsweise die Verschärfung des globalisierten Wettbewerbs) mitursächlich für die Absenkung der Reallohnquote sind. Das verstärkte Aufkommen des Shareholder-Value-Gedankens Anfang der 1990er Jahre hat zumindest in nicht wenigen Fällen eine übermäßig kurzfristige Orientierung der Unternehmensführung befördert und dysfunktionale Wirkungen zur Folge gehabt. Infolgedessen bietet sich eine Ablösung dieses – in hohem Maße von angelsächsischen Vorstellungen zur Unternehmensführung bzw. Corporate Governance geprägten – Managementkonzepts durch eine stärkere Stakeholder-Orientierung an, welche durch eine angemessene Berücksichtigung der Belange der verschiedenen Bezugsgruppen eines Unternehmens günstigere Bedingungen für eine nachhaltig erfolgreiche Wertschöpfung schafft. Ganz in diesem Sinne ist der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) im Jahr 2009 unter dem Eindruck der Finanz- und Wirtschaftskrise geändert und stärker auf den Stakeholder-Ansatz ausgerichtet worden. So führt der Kodex heute u. a. aus: „Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“ (Tz. 4.1.1 DCGK i. d. F. vom 26. Mai 2010).

Die Annahme, dass sich das Regime der unternehmerischen Mitbestimmung bewährt hat und einen Standortvorteil darstellt, ist in dieser pauschalen Form nicht haltbar. Die gegenwärtig geltenden Mitbestimmungsregelungen haben vielmehr eine Reihe von Vorteilen und Nachteilen, die in der Literatur hinreichend beschrieben worden sind. In Anbetracht der gemischten Stärken-Schwächen-Bilanz der Mitbestimmung überrascht es daher nicht, dass empirische Untersuchungen der Effizienzwirkungen dieser Partizipationsform zu uneinheitlichen und teils widersprüchlichen Ergebnissen kommen. Auf-

schlussreich ist mit Blick auf die Mitbestimmungskonsequenzen in der Praxis aber zumindest, dass viele der auch in der Öffentlichkeit besonders intensiv diskutierten Beispiele für Missmanagement (Hoch-Risikostrategien, Gehalts- und Abfindungsexzesse etc.) in paritätisch mitbestimmten Großunternehmen stattgefunden haben. Umgekehrt unterliegen die vielen kleineren und mittleren Unternehmen, die gerade in der Krise eine stabilisierende Wirkung entfaltet haben, einem geringeren Mitbestimmungsniveau. Vor diesem Hintergrund muss schon aus generellen Gründen dem Versuch mit Skepsis begegnet werden, die Qualität der Unternehmensführung durch eine Erweiterung der Mitbestimmung zu verbessern. Zielführender sind vielmehr Anpassungen in den Anreizsystemen und namentlich eine Stärkung des für eine Marktwirtschaft zentralen Prinzips der ökonomischen Haftung<sup>9</sup>, um Leitmaximen wie Stakeholder-Orientierung und Nachhaltigkeit des Wertschöpfungsprozesses in der Unternehmensführung stärker als bisher zu verankern.

Die in den beiden Anträgen geforderten konkreten Maßnahmen sind im Einzelnen wie folgt zu beurteilen:

Eine Ausdehnung der deutschen Mitbestimmung auf Unternehmen mit Verwaltungssitz in Deutschland, die in einer ausländischen Rechtsform geführt werden, ist – abgesehen von möglichen gesellschaftsrechtlichen Problemen – aus ökonomischer Sicht nicht empfehlenswert. Bei den möglichen Umgehungsstrategien handelt es sich letztlich um ein Problem des Wettbewerbs verschiedener Rechtssysteme. Dieses Problem kann nicht auf nationaler, sondern nur auf europäischer Ebene durch Schaffung grundsätzlich vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen (*level playing field*) gelöst werden.

Die Forderung nach einem gesetzlichen Mindestkatalog zustimmungspflichtiger Geschäfte erscheint angesichts der sachgerechten derzeitigen aktienrechtlichen Regelung nicht zielführend. Nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG hat die Satzung oder der Aufsichtsrat festzulegen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Hierdurch wird auf der einen Seite bereits sichergestellt, dass der Vorstand bestimmte wichtige Geschäfte nicht ohne Zustimmung des Überwachungsorgans durchführen darf. Auf der anderen Seite behalten die Satzung und der Aufsichtsrat aber auch die notwendige Flexibilität, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zu formulieren, der auf die spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft zugeschnitten ist. Dieser Gestaltungsspielraum ist vom Aufsichtsrat mit der nach §§ 93, 116 AktG gebotenen Sorgfalt im Unternehmensinteresse auszuschöpfen und sollte nicht aufgegeben werden.

Die Forderung, einer qualifizierten Minderheit von Aufsichtsratsmitgliedern das Recht zur unternehmensindividuellen Erweiterung des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte einzuräumen, sollte

<sup>9</sup> In den treffenden Worten von Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952), S. 279: „Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen.“

nicht umgesetzt werden. Anderenfalls könnte die betreffende Minderheit die Mehrheit im Überwachungsorgan majorisieren. Eine solche Konstellation verstößt gegen das demokratische Mehrheitsprinzip für Gremienentscheidungen und ist daher abzulehnen.

Eine Halbierung der Schwellenwerte für das Eingreifen des Mitbestimmungsgesetzes 1976 und des Drittelbeteiligungsgesetzes würde eine erhebliche Ausdehnung des Geltungsbereichs der unternehmerischen Mitbestimmung bewirken. Für eine große Zahl von Unternehmen würde neben die durchweg bewährten Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz zusätzlich das Regime der unternehmerischen Mitbestimmung treten, das gerade eher mittelständisch geprägte, auf Flexibilität angewiesene Unternehmen belasten kann. Ein solcher gesetzgeberischer Schritt würde daher vermutlich zu beachtlichen Ausweichreak-

tionen in Form von Rechtsstrukturwechseln und Standortverlagerungen führen.

Die Forderung, für alle Unternehmen im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes 1976 den Konfliktlösungsmechanismus der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden durch das Modell einer neutralen Person im Sinne der Montanmitbestimmung zu ersetzen, könnte zum einen verfassungsrechtlichen Bedenken (Schutz des Eigentums) begegnen. Zum anderen ist zu beachten, dass das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden in der Praxis eher selten eingesetzt wird. Üblich sind vielmehr auch bei anfangs kontroversen Sachverhalten einstimmige Entscheidungen, die nach vorliegenden empirischen Anzeichen häufig durch „Paketlösungen“ erreicht werden. Eine Abschaffung des Zweitstimmrechts könnte einer weiteren Verbreitung solcher Kompromisse, die nicht selten dem langfristigen Unternehmensinteresse zuwiderlaufen, Vorschub leisten.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)511**

2. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Institut der Deutschen Wirtschaft Köln****1. Grundsätzliche Bewertung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht**

Für die Bewertung der beiden Anträge zur Reform der Unternehmensmitbestimmung ist zunächst eine grundsätzliche Bewertung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland hilfreich. Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen ergibt sich anschließend auch die Bewertung der einzelnen eingebrachten Vorschläge.

**1.1. Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung in Deutschland nehmen Sonderstellung in Europa ein**

Das deutsche Modell der Mitbestimmung auf Unternehmensebene nimmt international eine Sonderstellung ein (Niederhoff, 2005; Raiser, 2006). In keiner anderen entwickelten Volkswirtschaft besitzen Arbeitnehmervertreter<sup>10</sup> in den höchsten Leitungsorganen einer Unternehmung so umfangreiche Mitsprachemöglichkeiten wie hierzulande. Nach Maßgabe des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 fällt die Hälfte der Sitze im Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft mit mehr als 2.000 Beschäftigten Vertretern der Arbeitnehmerseite zu. Mindestens zwei dieser Plätze sind für unternehmensexterne Gewerkschaftsrepräsentanten reserviert. In Unternehmen der Montanindustrie erhalten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite ebenso die gleiche Anzahl von Sitzen im Aufsichtsrat. Zusätzlich wird auf

Vorschlag des Aufsichtsrats ein „neutrales Mitglied“ berufen, wobei mindestens drei Vertreter der Arbeitnehmerseite zustimmen müssen.

Andere Länder in Europa, zum Beispiel Dänemark, Finnland, Österreich, Luxemburg und einige osteuropäische Beitrittsstaaten, legen gesetzlich hingegen maximal eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsrat fest. In Deutschland gilt eine Drittelbeteiligung noch in Kapitalgesellschaften mit 500 bis 2.000 Mitarbeitern nach Maßgabe des Drittelbeteiligungsgesetzes. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Union kennt für Unternehmen in der Privatwirtschaft überhaupt keine Mitsprache in den höchsten Leitungsorganen (vgl. Tabelle im Anhang).

Die Mitbestimmung in deutschen Aufsichtsräten nimmt zudem international eine Sonderstellung ein, weil den Vertretern auf Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite ohne jede Einschränkung die gleichen Rechte und Pflichten zustehen. Nach Maßgabe des Montanmitbestimmungsgesetzes kann dabei die Bestellung des Arbeitsdirektors als Mitglied der Geschäftsführung nicht gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter erfolgen. Dagegen sind in vielen der Länder, welche überhaupt eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene kennen, die Mitsprachemöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter bei der Bestellung und Abberufung des Vorstands eingeschränkt oder sogar aufgehoben. In den Beitrittsländern Mittel- und Osteuropas fehlen zudem sogar gänzlich gesetzliche Regelungen zu den Aufgaben des Aufsichtsrats oder etwaigen Berichtspflichten des Vorstands.

<sup>10</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden stets die männliche Form benutzt.

Nationale Regelsysteme entstehen vor dem Hintergrund unterschiedlicher Rechtstraditionen und Pfadabhängigkeiten, die aus dem Zusammenspiel mit anderen Institutionen und historischen Prozessen resultieren. Dies mag zwar die Existenz einer deutschen Sonderstellung bei der Unternehmensmitbestimmung erklären, ist jedoch für ihre Zukunftsfähigkeit in einer globalisierten, international verflochtenen Wirtschaft zweitrangig und für die wirtschaftspolitische Legitimation einer extensiven Mitbestimmung in den höchsten Leitungsorganen nicht hinreichend. Der zunehmend intensive Wettbewerb auf Güter- und Kapitalmärkten, die EU-Richtlinien zur Regelung transnationaler Fusionen und zur Errichtung der Europäischen Gesellschaft (S.E.) sowie die Niederlassungsfreiheit von Unternehmen mit ausländischer Rechtsform im Inland stellen die Institution Unternehmensmitbestimmung auf den Prüfstand. Nur wenn die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat positive wirtschaftliche Effekte für ein Unternehmen erzeugen würde, wäre ausgeschlossen, dass sie sich für hiesige Unternehmen als Standortnachteil erweist.

Vor diesem Hintergrund stimmen die Aussagen eines großen Anteils von Unternehmen, die an einer Befragung des IW Köln im Herbst 2006 teilgenommen haben, mit Sorge, nach denen die Unternehmensmitbestimmung mit Standortnachteilen verbunden wird (Stettes, 2007). Zwei Drittel der paritätisch mitbestimmten Unternehmen sahen in den gesetzlichen Mitbestimmungsregeln einen grundsätzlichen Nachteil für den Holdingstandort Deutschland. Unter den Unternehmen, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, war der Anteil mit 55 Prozent leicht geringer. Ferner vertraten 42,1 Prozent der antwortenden Unternehmen, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz von 1976 fallen, die Auffassung, dass sich die Unternehmensmitbestimmung für die Übernahme eines anderen Unternehmens im Inland als eher hinderlich auswirkt. Im Fall der Übernahme eines anderen Unternehmens im Ausland erwartete dies sogar fast jedes zweite (46 Prozent). Nachteile befürchtete die Mehrheit der Kapitalgesellschaften (52 Prozent) bei der Suche nach ausländischen Fusionspartnern. Der letzte Gesichtspunkt verdeutlicht, dass angesichts der in vielen europäischen Staaten völlig unbekanntem Unternehmensmitbestimmung und trotz der abgemilderten Auffangregelung in der Fusionsrichtlinie die Attraktivität deutscher Unternehmen für internationale Partner gefährdet ist.

Bedenklich stimmt zudem, dass in mehr als vier von zehn Unternehmen eine abschreckende Wirkung der Unternehmensmitbestimmung auf die Anlagebereitschaft von Eigenkapitalgebern befürchtet wurde. Diese Einschätzung wurde selbst von fast zwei Dritteln der Unternehmen geteilt, die der Unternehmensmitbestimmung eher ein positives Gesamtzeugnis ausgestellt hatten. Soweit die Antworten von Personen mit geschäftsleitenden Funktionen, aber ohne eigenes Eigenkapitalinvestment stammen, geben sie deren Einschätzungen und Erfahrungen wieder. Sind die antwortenden Personen gleichzeitig mit Eigenkapital an Unternehmen beteiligt, besagt deren Aussage auch etwas über die Bereitschaft, sich auch künftig und mit weiterem Eigenkapital zu engagieren oder Ausweichmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Die unternehmerische Mitbestimmung unterliegt damit der Gefahr, sich aus

dieser Perspektive für diese Unternehmen als Gründungs- und Wachstumsbremse zu erweisen.

### **1.2. Keine überzeugende ökonomische Legitimation für eine obligatorische Mitbestimmung auf Unternehmensebene vorhanden**

Jede Form von Mitbestimmung ist eine Beschränkung der Eigentumsrechte und der Vertragsfreiheit auf Seiten der Arbeitgeber bzw. der Unternehmen. Im Allgemeinen kann die Zuteilung umfangreicher Informationsrechte und die Mitsprache der Arbeitnehmer bei Entscheidungen in einem Unternehmen jedoch erstens dann sinnvoll sein, wenn die Beschäftigten betriebs- oder unternehmensspezifisches Humankapital – i.e. Kompetenzen und Fähigkeiten, die nur in einem bestimmten Unternehmen nutzbar sind – erworben und sie diese Investitionen aus eigenen Mitteln finanziert oder ermöglicht haben. Die Mitbestimmung dient hier dem Schutz von impliziten und expliziten Ansprüchen der Beschäftigten auf die Erträge dieser Investitionen und damit dem Erhalt der Bereitschaft, betriebs- bzw. unternehmensspezifische Qualifikationen zu erwerben. Die Partizipation an Informations- und Entscheidungsprozessen kann zweitens aber auch dann sinnvoll sein, wenn die Beschäftigten einen Informationsvorsprung gegenüber der Geschäftsleitung besitzen und sie dadurch zu einer schnelleren, flexibleren und letztlich besseren Entscheidungsfindung beitragen können. Mitbestimmung schafft vor diesem Hintergrund zusätzliche Erträge, indem sie die interne Kooperation in einem Unternehmen verbessert, eine schnellere und flexiblere Reaktion bei einer Veränderung im wirtschaftlichen Umfeld ermöglicht und die Unternehmensleitung und -kontrolle erleichtert.

Welche konkrete, spezifische Form der Mitbestimmung allerdings für ein bestimmtes Unternehmen geeignet ist, lässt sich aus diesen grundsätzlichen Überlegungen nicht ableiten. Daher bedarf das Handeln des Gesetzgebers auch in einer Sozialen Marktwirtschaft grundsätzlich einer besonderen ökonomischen Legitimation, wenn er wie hierzulande mit dem Drittelbeteiligungsgesetz, dem Montanmitbestimmungsgesetz und dem Mitbestimmungsgesetz von 1976, aber auch dem Betriebsverfassungsgesetz explizit spezifische Formen der Mitbestimmung vorschreibt. Staatliches Handeln muss zu einem ökonomischen Nutzen oder Wohlfahrtsgewinn führen, der ohne den staatlichen Eingriff nicht entstehen könnte. Anderfalls ist die Gefahr groß, dass der Gesetzgeber über das Ziel hinausschießt, die staatlichen Regelungen weder treffsicher noch effizient sind und damit die nachhaltige Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und Arbeitsplätzen gefährdet wird.

Weil betriebs- bzw. unternehmensspezifische Investitionen der Mitarbeiter diese in ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber führen könnten, wo Letzterer ein unausgewogenes ökonomisches Machtverhältnis zu Lasten des Beschäftigten ausnutzen könnte, werden betriebs- bzw. unternehmensexterne Regelungen als ein effizienter Ansatz erachtet, die Ansprüche der Beschäftigten zu schützen und damit die Investitionsbereitschaft der Mitarbeiter in betriebs- oder unternehmensspezifische Kompetenzen und Qualifikationen zu erhalten. Mit dem Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen und von Tarifverträgen sowie der Möglichkeit, einen Betriebsrat zu wählen und sich auf Basis des Betriebsverfassungsgesetzes in sozia-

len, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten vertreten zu lassen, existiert hierzulande im Verbund mit den Regelungen zum individuellen Kündigungsschutz und zu den Massenentlassungen bereits ein umfangreicher Schutz derartiger Ansprüche der Arbeitnehmer. Eine zusätzliche, isolierte Schutzfunktion der Mitbestimmung auf Unternehmensebene, die obligatorisch einsetzt, wenn ein Unternehmen mit bestimmter Rechtsform willkürlich definierte Beschäftigungsschwellenwerte überschreitet, ist daher unbegründet.

Ferner ist schwer vorstellbar, dass ein Unternehmen auf die Aktivierung von Informationsvorsprüngen oder von Entscheidungskompetenzen auf Seiten der Mitarbeiter verzichtet, wenn diese Form der Beteiligung erst die Voraussetzungen schafft, auf volatilen Märkten erfolgreich zu agieren. Die Eigentümer würden sich in diesem Fall selber schädigen. Beleg dafür, dass Unternehmen sich der effizienzfördernden Wirkung einer Beteiligung der Mitarbeiter an Informations- und Entscheidungsprozessen bewusst sind, ist die weite Verbreitung von freiwillig eingerichteten alternativen Formen der Interessenvertretung auf Betriebs- oder Unternehmensebene im Verbund mit direkten Formen der immateriellen und materiellen Mitarbeiterbeteiligung (vgl. z.B. Stettes, 2008 und 2010, Hauser-Ditz et. al., 2008). Es ist daher mehr als zweifelhaft, wenn der Gesetzgeber die Auffassung vertreten würde, besser über die Vorteilhaftigkeit der Mitsprache von Arbeitnehmern Bescheid zu wissen als die Unternehmen selber. Irrationalität auf Unternehmensseite vermutete und diese korrigierte, indem er per Gesetz eine Mitbestimmung im Aufsichtsrat für obligatorisch erklärt.

Um die Gefahr auszuschließen, dass die gesetzlichen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung einen ökonomisch unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentums- und Vertragsrechte der Unternehmen darstellen, müsste sich konsequenterweise in den betroffenen Unternehmen zwingend ein ökonomischer Mehrwert ergeben, der über den Nutzen des Schutzschirms hinausgeht, den die geltenden Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung, der individuellen Arbeitsverträge und der Tarifverträge im Verbund mit den Bestimmungen zum Kündigungsschutz aufspannen. Andernfalls wäre die zusätzliche Mitbestimmungsebene schlichtweg überflüssig.

Die relativ wenigen empirischen Studien, die die Auswirkungen der Mitbestimmung im Aufsichtsrat auf wirtschaftliche Kennzahlen der Unternehmen untersuchen, zeichnen insgesamt ein uneinheitliches Bild (vgl. die Literaturübersichten bei Jirjahn, 2010; Addison/Schnabel, 2009; Stettes, 2007). Einige Studien verzeichnen positive Effekte der Unternehmensmitbestimmung, eine Reihe konstatiert hingegen einen negativen Wirkungszusammenhang, während die Mehrzahl der Untersuchungen schließlich keinen statistisch abgesicherten Nachweis für eine positive oder negative Wirkung findet. Zusammengefasst bedeutet dies, dass vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen aus ökonomischer Sicht bisher der Nachweis ausgeblieben ist, der eine obligatorische Mitbestimmung auf Unternehmensebene aus wirtschaftlicher Perspektive legitimieren könnte.

## 2. Bewertung der vorgebrachten Erwägungsgründe in den beiden Anträgen

Beide Anträge verweisen in ihrer Begründung auf die gestiegene Anzahl von in Deutschland ansässigen Firmen, die sich aufgrund der Wahl einer ausländischen Rechtsform der Unternehmensmitbestimmung entziehen.

- Die insgesamt in beiden Anträgen aufgeführte Anzahl von Firmen – 37 – kann angesichts einer Gesamtzahl von 700 Unternehmen, die unter das Mitbestimmungsgesetz von 1976 fallen, und von weiteren ca. 1.500 Unternehmen, für die das Drittelbeteiligungsgesetz gilt, kaum als Beleg für die Ausbreitung einer mitbestimmungsfreien Zone gewertet werden. Zudem ist fraglich, inwieweit die gesetzlichen Regelungen der Unternehmensmitbestimmung überhaupt bei der Gründung der Gesellschaft in diesen Fällen irgendeine Relevanz gehabt haben.

Der Antrag der SPD-Fraktion stellt zudem unter der Überschrift „Gewinnmaximierung durch Lohnkostenminimierung“ fest, dass in Deutschland als einzigem Land in der Europäischen Union „die Reallöhne im Durchschnitt nicht gestiegen sind“, „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [...] am wachsenden Wohlstand real nicht mehr beteiligt [werden]“ und hierfür das Shareholder-Value verantwortlich sei, „das einzig und allein das Eigentümerinteresse nach raschen und hohen Profiten in den Mittelpunkt des unternehmerischen Wirtschaftens stellt“. Die Weiterentwicklung und Stärkung der Mitbestimmung gehöre daher zu den Lehren aus der Krise und sollte somit in zentralen unternehmerischen Entscheidungen erweitert werden.

- Grundsätzlich fällt die Aushandlung von Löhnen und Gehältern in die Domäne der Tarifparteien oder sie liegt auf individueller Ebene in den Händen des einzelnen Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers. Sie ist kein Gegenstand der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen. Dies gilt gleichermaßen für die Betriebs- wie für die Unternehmensebene. So schließt bspw. das Betriebsverfassungsgesetz Lohnverhandlungen und damit verbundene Aspekte explizit aus dem Geltungsbereich der betrieblichen Mitbestimmung aus, und zwar unabhängig von einer Bindung des Arbeitgebers an einen Tarifvertrag (§ 77, Abs. 3 BetrVG). Die Betriebspartner sollen ausdrücklich vertrauensvoll zum Wohl des Betriebs und der Arbeitnehmer zusammenarbeiten (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Verteilungskämpfe in Form von Auseinandersetzungen über die Höhe der Löhne und Gehälter können diese Kooperation gefährden. Letzteres gilt auch für die Kooperation von Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat. Zudem obliegt dem Aufsichtsrat die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen und nicht die Lohn- bzw. Gehaltspolitik des Unternehmens mitzugestalten. Folglich ist die Verknüpfung verteilungspolitisch motivierter Aspekte mit der (Unternehmens-) Mitbestimmung sachfremd.

In der Begründung des Antrags der SPD-Fraktion heißt es darüber hinaus, dass ohne das Engagement von Belegschaftsvertretungen die negativen Folgen der Wirtschafts- und Finanzkrise größer ausgefallen wären und daher Mitbestimmung zeitgemäßer denn je sei.



- Im Großen und Ganzen hat sich in der Krise die Funktionfähigkeit des Systems der industriellen Beziehungen in Deutschland bewährt. Im Verbund mit den Kurzarbeitregelungen leisteten die Tarifparteien durch Öffnungsklauseln und angemessene Tarifabschlüsse ebenso einen wichtigen Beitrag zur Beschäftigungssicherung wie die Betriebsparteien durch die umsichtige Umsetzung betrieblicher Instrumente. Die Beschäftigten leisteten einen Einkommensverzicht, während die Unternehmen trotz zum Teil dramatischer Auftragseinbrüche Arbeitsplätze erhielten und einen massiven Anstieg der Arbeitskosten in Kauf nahmen. Die gemeinsamen Anstrengungen erfolgten jedoch nicht nur in Unternehmen mit einem mitbestimmten Aufsichtsrat, sondern flächendeckend. Das Argument, der Unternehmensmitbestimmung sei es durch die „Kontrolle wirtschaftlicher Macht“ gelungen, die negativen Krisenfolgen zu begrenzen, überzeugt daher nicht, auch wenn die Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat in manchem Unternehmen einen Beitrag zur Überwindung der Krise leisten konnte. Im Gegenteil: Gerade das weitflächige Festhalten an ihren Mitarbeitern darf als Beleg gewertet werden, dass die meisten Unternehmensführungen sich keineswegs nur von unangemessenen kurzfristigen Gewinnmaximierungserwägungen leiten lassen, wie der Antrag suggeriert.

Der Antrag der SPD-Fraktion stellt ferner fest, dass die Unternehmensmitbestimmung ein Standortvorteil sei, weil sie Motivation und Produktivität der Mitarbeiter erhöhe und zum nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen beitrage. Mit der Volkswagen AG wird explizit ein Beispiel genannt.

- Im Abschnitt 1.2 der Stellungnahme wurde ausgeführt, dass Mitbestimmung im Allgemeinen sich wirtschaftlich positiv auswirken kann. Allerdings existieren für die Form der gesetzlich obligatorischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat hierfür keine hinreichenden Belege, mit denen eine Ausweitung der existierenden gesetzlichen Bestimmungen ökonomisch gerechtfertigt werden könnte. Selbst für den Fall, dass bei einem einzelnen Unternehmen der wirtschaftliche Erfolg bzw. eine starke Marktposition auch bzw. vor allem auf die Mitsprache von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zurückzuführen wäre, kann dies nicht als Rechtfertigung für einen staatlichen Eingriff angeführt werden, der weite Teile der Wirtschaft erfasst. Denn eine Vielzahl von deutschen Unternehmen besitzt auf ihren nationalen und internationalen Märkten eine starke Position und ist nachhaltig wirtschaftlich erfolgreich, ohne die Kriterien für eine Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu erfüllen.

Der Antrag der SPD-Fraktion stellt schließlich fest, dass die Umgehung der Unternehmensmitbestimmung den sozialen Frieden gefährde.

- Im Abschnitt 1.2 wurde darauf verwiesen, dass dort, wo sich der Beschäftigte aufgrund betriebs- oder unternehmensspezifischen Investitionen in ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber begeben könnte, ein umfangreicher Schuttschirm existiert, den unterschiedliche institutionelle Rahmenregelungen, insbesondere auf

dem Arbeitsmarkt aufspannen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass hierzulande Arbeitnehmer frei über die Wahl ihres Arbeitgebers und damit ihres Arbeitsplatzes entscheiden können. Zwar sind kooperative und vertrauensvolle Arbeitsbeziehungen ein wichtiges Element, um den sozialen Frieden zu fördern, dazu bedarf es aber nicht einer obligatorischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, wie unzählige Beispiele in Unternehmen dokumentieren, die nicht die Kriterien des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 oder der Montanmitbestimmung erfüllen.

### 3. Bewertung der Vorschläge beider Anträge

Die Umsetzung der beiden Anträge würden zu einer Stärkung der Sonderstellung der Unternehmensmitbestimmung in Europa und einer Ausweitung von Teilhabeansprüchen führen, die weder auf Basis einer grundsätzlichen Bewertung der Unternehmensmitbestimmung (Abschnitt 1) noch auf Basis der in beiden Anträgen genannten Begründungen (Abschnitt 2) zu rechtfertigen ist. Im Gegenteil: Sie liefe Gefahr, die Attraktivität des Standorts Deutschland für ausländische Investoren zu verringern und die Handlungsmöglichkeiten von Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland auf nationalen und internationalen Güter- und Faktormärkten einzuschränken.

#### 3.1. Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaften mit ausländischer Rechtsform

Wer die Vorzüge der deutschen Unternehmensmitbestimmung betont, müsste es auch dem Wettbewerb der Systeme überlassen, ob ihre Sonderstellung gerechtfertigt und ökonomisch tragfähig ist. Dazu müssten deutsche Unternehmen im Grunde eigentlich zunächst überhaupt in die Lage versetzt werden, effektiv an einem solchen Systemwettbewerb teilzunehmen. Erst wenn die Unternehmen auch de facto die Wahl zwischen verschiedenen Mitbestimmungsregimes haben, können sie sich für die aus ihrer Sicht jeweils effiziente und effektive Regelung entscheiden. Mit der Option, eine ausländische Rechtsform zu wählen, ist dies in Deutschland ansässigen Unternehmen zumindest beschränkt möglich.

Vor diesem Hintergrund ist es eigentlich grundsätzlich erforderlich, die Voraussetzungen zu schaffen, dass auch für die derzeit unter die gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen fallenden Unternehmen die Möglichkeit existiert, die für sie jeweils passgenaue Form der Unternehmensmitbestimmung zu wählen. Hierzu bietet sich die Öffnung der obligatorischen Unternehmensmitbestimmung in Deutschland für Vereinbarungslösungen an. Die gesetzliche Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung auf in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaften mit ausländischer Rechtsform würde hingegen dazu führen, dass in einer Welt schnellen Wandels und der Vielfalt die starre Form der Unternehmensmitbestimmung zementiert wird. Ein derartiges Beharren ist für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen kontraproduktiv.

#### 3.2. Einführung eines gesetzlichen Mindestkatalogs über zustimmungspflichtige Geschäfte

Die Einführung eines gesetzlich vorgeschriebenen Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte ist ein unange-

messener Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Aufsichtsrat und Hauptversammlung steht es frei, darüber zu entscheiden, ob und bei welchen Geschäften es aus ihrer Sicht sinnvoll erscheint, einen Zustimmungsvorbehalt bei Entscheidungen der Geschäftsführung vorzusehen. Nur auf diese Weise kann den spezifischen Bedingungen des jeweiligen Unternehmens angemessen Rechnung getragen werden. Ein gesetzlicher Katalog muss dies zwangsläufig verfehlen, da er für alle mitbestimmten Unternehmen gleichermaßen Geltung hätte. Die Folge wäre, dass vielerorts Entscheidungsprozesse verzögert und behindert würden, die Flexibilität verringert und damit die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze gefährdet würde.

Gleiches gilt für den Vorschlag, dass eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte durch eigene Vorschläge ergänzen kann. Die unternehmerische Freiheit wird in unzulässiger Weise eingeschränkt, wenn die Arbeitnehmerseite, deren Ansprüche auf einen Anteil an den erwirtschafteten Erträgen des Unternehmens vertraglich eindeutig festgeschrieben sind, einen Zustimmungsvorbehalt bei bestimmten Geschäften gegenüber der Anteilseignerseite durchsetzen kann, die ihrerseits lediglich Anspruch auf die verbleibenden Gewinne hat. Es liegt auf der Hand, dass dadurch für Partikularinteressen die Tür geöffnet wird, Entscheidungsprozesse zu verlangsamen und zu behindern. In letzter Konsequenz könnte hierdurch die Effizienz von Handlungsalternativen reduziert werden, die für das Wohl des gesamten Unternehmens eigentlich als optimal erachtet werden.

### 3.3. Absenkung der Schwellenwerte

Die Absenkung der Schwellenwerte auf 1.000 Beschäftigte im Rahmen des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 und 250 Beschäftigte im Rahmen des Drittelbeteiligungsgesetzes ist vor dem Hintergrund der Ausführungen in Abschnitt 1.2 sachlich nicht begründet. Unzweifelhaft ist, dass sie zu mehr Bürokratie und höheren Kosten der Aufsichtsratsarbeit in den betroffenen

Unternehmen führt. Dagegen ist ein zusätzlicher ökonomischer Nutzen, der mehr Bürokratie und höhere Kosten der Aufsichtsratsarbeit kompensiert, anzuzweifeln.

Zudem ist eine „mitbestimmungsfreie Zone“, i.e. keine (paritätische) Beteiligung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat, nicht mit dem Umstand zu verwechseln, dass die Beschäftigten in diesen Unternehmen keine Möglichkeit haben, an unternehmenspolitisch relevanten Entscheidungsprozessen zu partizipieren. Die Möglichkeit, unabhängig von der Rechtsform Betriebsräte zu wählen, die vielerorts existierenden alternativen Formen der Interessenvertretung und die direkte Beteiligung der Mitarbeiter über moderne Formen der Arbeitsorganisation stellen hierfür die geeigneten Plattformen bereit. Da zudem die Ansprüche der Beschäftigten bereits durch andere institutionelle Regelungen des deutschen Arbeitsmarkts ausreichend abgesichert sind und eine eigenständige Schutzfunktion der Unternehmensmitbestimmung nicht existiert, ist die Absenkung der Schwellenwerte nicht erforderlich.

### 3.4. Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden und Einführung eines neutralen Aufsichtsratsmitglieds für Unternehmen, die unter das Mitbestimmungsgesetz von 1976 fallen

Die Montanmitbestimmung als Form der Mitwirkung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat mag vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen erklärbar sein, Belege für die Existenz eines ökonomischen Nutzens, die eine Übertragung eines ihrer zentralen Elemente und damit verbunden den Wegfall des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden aus ökonomischer Perspektive rechtfertigen könnten, existieren nicht. Die Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung nach Maßgabe des Gesetzes von 1976 auf das Niveau der Montanmitbestimmung würde die Sonderrolle Deutschlands in Europa weiter verstärken und die Attraktivität des Standorts Deutschland für ausländische Investoren massiv gefährden.

Tabelle – Unternehmensmitbestimmung in Europa

Keine Mitbestimmung auf Unternehmensebene	Drittelbeteiligung	Paritätische Mitbestimmung	Sonstige Formen
Belgien*	Deutschland (bis 2.000 AN)	Deutschland (ab 2.000)	Dänemark ( ab 35 AN)
Frankreich*/**/**	Luxemburg (ab 1.000 AN)	Deutschland - Montanmitbestimmung (ab 1.000 AN)	Finnland (ab 150 AN)
Irland*	Österreich (ab 5 bzw. 300 AN)		Schweden (ab 25 AN)
Italien*	Slowakische Republik (ab 50 AN)		Niederlande****
Litauen*	Slowenien		
Polen**	Tschechien (ab 50 AN)		
Griechenland	Ungarn (ab 50 AN)		
Malta			
Portugal			
Spanien			
England			
Estland			
Lettland			
Zypern			

\* außer Staatsunternehmen \*\* außer ehemalige Staatsunternehmen \*\*\* bei Mitarbeiterbeteiligung am Eigenkapital von AG  $\geq$  3% \*\*\*\* Beteiligung an Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

Quelle: eigene Zusammenstellung auf Basis von Informationen des European Trade Union Institute for Research, Education, Health and Safety (ETUI-REHS), des European Industrial Relations Observatory (EIRO), von Andersen 2004, Kalls 2004, Niedenhoff 2005, Raiser 2006, Toiviainen 2004

#### Literatur

Addison, John T. / Schnabel, Claus, 2009, Worker directors : a German product that didn't export?, IZA Discussion Papers No. 3918, Bonn

Andersen, Paul-Krüger, 2004, Employees' Co-Determination in Danish Companies, in: Baums, Theodor / Ulmer, Peter (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der Eu-Mitgliedstaaten, Heidelberg, S. 11-24

Hauser-Ditz, Axel / Hertwig, Markus / Pries, Ludger, 2008, Betriebliche Interessenregulierung in Deutschland – Arbeitnehmervertretung zwischen demokratischer Teilhabe und ökonomischer Effizienz, Frankfurt/New York

Jirjahn, Uwe, 2010, Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung: Ein Update. Arbeitspapiere der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 186, Düsseldorf

Kalls, Susanne, 2004, Die Arbeitnehmermitbestimmung in Österreich in: Baums, Theodor / Ulmer, Peter (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der Eu-Mitgliedstaaten, Heidelberg, S. 95-124

Niedenhoff, Horst-Udo, 2005, Mitbestimmung im europäischen Vergleich, in: IW-Trends, 32.Jg., Nr. 2, S. 3-17

Raiser, Thomas, 2006, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen – Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag, München

Stettes, Oliver, 2007, Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat – Ergebnisse einer Unternehmensbefragung, in: IW-Trends, 34.Jg., Nr. 1, S. 17-30

Stettes, Oliver, 2008, Betriebsräte und alternative Formen der Mitbestimmung – Ergebnisse aus dem IW-Zukunftspanel, in: IW-Trends, 35. Jg., Nr. 3, S. 61-74

Stettes, Oliver, 2010, Verbreitung und ökonomische Effekte von Betriebsräten und alternativen Mitbestimmungsformen in der Industrie und deren Verbundbranchen, in: Sozialer Fortschritt, 59. Jg., Nr. 8, S. 199-209

Toiviainen, Heikki, 2004, Employees' Co-Determination in Finnish Companies, in: Baums, Theodor / Ulmer, Peter (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der Eu-Mitgliedstaaten, Heidelberg, S. 25-45

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)520**

3. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Prof. Dr. Martin Henssler, Köln**

**I. Gegenstand der Stellungnahme**

Die Anträge der Fraktion Die Linke (BT-Drucks. 17/1413) und der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/2122) zielen darauf ab, das deutsche Modell der Unternehmensmitbestimmung, das den Arbeitnehmern derzeit schon weltweit einmalige Beteiligungsrechte gewährt, noch weiter auszubauen. Obwohl das deutsche Mitbestimmungsmodell ein wichtiger und prägender Bestandteil des deutschen Arbeits- und Gesellschaftsrechts ist, überzeugen die unterbreiteten Vorschläge im Ergebnis nicht. Zwar ist das deutsche Mitbestimmungsrecht in verschiedener Hinsicht reformbedürftig. Die Vorschläge greifen indes nicht die wahren Problempunkte des Mitbestimmungsrechts auf. Sie verstoßen teils gegen das Territorialitätsprinzip, teils gegen deutsches Verfassungsrecht, ziehen kontraproduktive Effekte zum Nachteil der Arbeitnehmer nach sich und stehen zudem in klarem Widerspruch zu europarechtlichen Wertungen.

Bereits die in den Anträgen aus der Analyse der aktuellen Situation gezogenen Schlüsse können nicht überzeugen. Die Begründung des Antrags BT-Drucks. 17/2122 stellt einen Bezug zur Lohnentwicklung in Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Staaten dar und versucht aus der vergleichsweise unterdurchschnittlichen Entwicklung einen Bedarf für den weiteren Ausbau der Unternehmensmitbestimmung herzuleiten. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass Deutschland schon derzeit das am weitesten gehende Mitbestimmungsmodell

kennt, dieses aber die geschilderte Entwicklung gerade nicht verhindern konnte. Ganz offensichtlich waren es damit andere Faktoren, nicht dagegen die Unternehmensmitbestimmung, die in den übrigen EU-Mitgliedstaaten für die dortige Entwicklung der Arbeitslöhne gesorgt hat. Davon unabhängig zahlten nach den aktuellen Angaben des Statistischen Bundesamts (Destatis) Arbeitgeber im Jahr 2010 in der deutschen Privatwirtschaft 32 Prozent mehr für eine Stunde Arbeit als im Durchschnitt der Europäischen Union. Bei durchschnittlich 29,20 Euro für eine geleistete Arbeitsstunde lag das Arbeitskostenniveau in Deutschland damit im europäischen Vergleich nach Dänemark, Belgien, Schweden, Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden auf Rang sieben. Frankreich und Belgien kennen aber nach wie vor überhaupt kein mit dem deutschen Recht vergleichbares Modell der Unternehmensmitbestimmung (vgl. II.) und auch dasjenige der übrigen fünf Staaten bleibt deutlich hinter dem deutschen Mitbestimmungskonzept zurück. Auch dies spricht gegen einen Zusammenhang zwischen der Reichweite der Unternehmensmitbestimmung und dem Lohnniveau.

**II. Analyse der Rechtslage in Deutschland und Europa**

Die Vorstellungen, wie eine sachgerechte Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensleitung verwirklicht werden könnte, gehen derzeit in Europa

weit auseinander.<sup>11</sup> 14 europäische Staaten lehnen nach wie vor eine Mitbestimmung ganz oder nahezu vollständig ab<sup>12</sup>:

- **Belgien; Bulgarien; Griechenland; Großbritannien; Irland; Italien; Portugal; Spanien; Rumänien<sup>13</sup>, Estland; Lettland; Litauen; Malta und Zypern**

**Frankreich** kennt zwar für ausgewählte, nämlich derzeit oder früher im Eigentum der öffentlichen Hand stehende Unternehmen Arbeitnehmersitze in Führungsgremien.<sup>14</sup> Die Arbeitnehmer haben aber kein Stimmrecht<sup>15</sup>, so dass nicht von einer Mitbestimmung gesprochen werden kann.

Insgesamt 11 Länder haben Beteiligungsformen bis zur Drittelparität eingeführt:

- **Österreich** (bei jeder AG, bei GmbH ab 300 Arbeitnehmer); **Luxemburg** (ab 1000 Arbeitnehmer)<sup>16</sup>; **Niederlande** (ab 100 Arbeitnehmer, mindestens 16.000,- Euro Grundkapital und Einrichtung eines Betriebsrat)<sup>17</sup>; **Dänemark** (ab 35 Arbeitnehmer)<sup>18</sup>; **Finnland** (ab 150 Arbeitnehmer 20 % der Sitze)<sup>19</sup>; **Schweden** (ab 25 Arbeitnehmer zwei Vertreter, ab 1000 Arbeitnehmer drei Vertreter im Vorstand)<sup>20</sup>; **Ungarn** (ab 200 Arbeitnehmer)<sup>21</sup>; **Polen** (nur in staatlichen und privatisierten Unternehmen, sonst nicht)<sup>22</sup>; **Tschechien** (ab 50 Arbeitnehmer); **Slowakei** (ab 50 Arbeitnehmer); **Slowenien** (ab 50 Arbeitnehmer)<sup>23</sup>. Die Anforderungen an die Mindestbelegschaftsgröße sind dabei ganz unterschiedlich (zwischen 5 und 1000 Arbeitnehmer), nicht einmal ansatzweise lässt sich hier eine gewisse Tendenz erkennen.

Nur ein einziges Land kennt ein Beteiligungsmodell, das über die Drittelparität hinausgeht, nämlich **Deutschland**, das für Unternehmen mit mehr als 2000 Arbeitnehmern die paritätische Mitbestimmung kennt, §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Bis 2001 hatte auch Slowenien ein paritätisches Beteiligungsmodell; das slowenische Verfassungsgericht hat die Regelung aber für verfassungswidrig erklärt.

<sup>11</sup> Vgl. auch die Übersicht bei Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, Bericht der Wissenschaftlichen Mitglieder mit Stellungnahmen der Vertreter der Unternehmer und der Vertreter der Arbeitnehmer, 2006, Anhang 4 S. 89 ff, abrufbar unter [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Archiv16/Artikel/2006/12/Anlagen/2006-12-20-mitbestimmungskommission\\_property-publicationFile.pdf](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Archiv16/Artikel/2006/12/Anlagen/2006-12-20-mitbestimmungskommission_property-publicationFile.pdf) (20.12.2006).

<sup>12</sup> Vgl. auch *van het Kaar*, European Company Law (ECL) 2009, 55, 57 f. In diesen Staaten ist teilweise eine Unternehmensmitbestimmung in Staatsunternehmen etabliert.

<sup>13</sup> Vgl. *Stroinski/Stanuch*, European Company Law (ECL) 2009, 82, 86 f.

<sup>14</sup> Ausführlich *Carle*, European Company Law (ECL) 2009, 88 ff.

<sup>15</sup> *Carle*, European Company Law (ECL) 2009, 88, 90.

<sup>16</sup> Vgl. *van het Kaar*, European Company Law (ECL) 2009, 55, 57.

<sup>17</sup> Ausführlich *Phoelich*, European Company Law (ECL) 2009, 92 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Hansen/Werlauff*, European Company Law (ECL) 2009, 68, 72 f.

<sup>19</sup> Vgl. *Hansen/Werlauff*, European Company Law (ECL) 2009, 68, 73 f.

<sup>20</sup> Vgl. auch *Hansen/Werlauff*, European Company Law (ECL) 2009, 68, 71.

<sup>21</sup> *Stroinski/Stanuch*, European Company Law (ECL) 2009, 82, 85.

<sup>22</sup> *Stroinski/Stanuch*, European Company Law (ECL) 2009, 82 ff.

<sup>23</sup> *Stroinski/Stanuch*, European Company Law (ECL) 2009, 82, 85 f.

Schon dieser Befund zeigt, dass sich Deutschland mit einem weiteren Ausbau der Unternehmensmitbestimmung weit abseits der internationalen Standards entwickeln würde.

Der Verfasser dieser Stellungnahme ist ein überzeugter Anhänger des deutschen Konzeptes der Unternehmensmitbestimmung und verteidigt die Idee der Mitbestimmung auf internationalen Tagungen engagiert. Gerade denjenigen, die diese wichtige sozialpolitische Errungenschaft Deutschlands bewahren und weiterführen möchten, muss aber daran gelegen sein, die deutsche Mitbestimmung trotz der internationalen Herausforderungen attraktiv zu erhalten. Der Zwang, den ein nationaler Gesetzgeber auf die Verfassung der Unternehmen ausüben kann, wird in zunehmend internationalisierten Konzernen deutlich zurückgehen. Nationale Besonderheiten, deren Vorteile den internationalen Kapitalgebern, insbesondere den institutionellen Anlegern, nicht eingängig sind, fallen dann bei der Standortwahl negativ zu Buche. Sowohl das Mitbestimmungsgesetz 1976 als auch das Drittelbeteiligungsgesetz sind aber auf internationale Sachverhalte nur völlig unzureichend zugeschnitten. Unbefriedigend ist etwa, dass jene Arbeitnehmer, die in unselbständigen ausländischen Niederlassungen deutscher Unternehmen beschäftigt sind, nicht an der Aufsichtsratswahl beteiligt werden können. Die Gesetzesmaterialien zum MitbestG betonen sogar ausdrücklich, dass „die im Gesetzesentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Betriebe“ zustehen.<sup>24</sup> Dementsprechend ist in der Konzernholding der VW AG weder ein Arbeitnehmervertreter von SEAT noch ein Repräsentant der Skoda-Belegschaft vertreten. Das widerspricht evident dem europäischen Mitbestimmungskonzept, wie es dem Recht der SE, der SCE oder dem Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung zugrunde liegt.

### III. Einschränkung sog. Mitbestimmungsvermeidungsstrategien

#### 1. Die „Ausländische Kapitalgesellschaft & Co KG“

In der Begründung der beiden Anträge werden verschiedene Modelle genannt, über die in Deutschland tätige Unternehmen das deutsche Mitbestimmungsrecht vermeiden können,<sup>25</sup> und die Forderung erhoben, auch diese Rechtsformen in das deutsche Mitbestimmungsrecht einzubeziehen. Erwähnt wird zum einen die ausländische Kapitalgesellschaft und Co. KG. In der Tat greift § 4 MitbestG nicht, wenn als Komplementär einer GmbH & Co. KG eine ausländische Kapitalgesellschaft gewählt wird<sup>26</sup>. Es kann dann nämlich keine Zurechnung der in der KG beschäftigten Arbeitnehmer zur Belegschaft des ausländischen Komplementärs erfolgen. Die Anträge

<sup>24</sup> BT-Drucks. 7/4845, S. 4.

<sup>25</sup> Vgl. allgemein zu „Vermeidungsstrategien“ etwa *Götze/Winzer/Arnold ZIP* 2009, 245 ff; *Henssler RdA* 2005, 330, 332 f; *Rieble BB* 2006, 2018, 2019; *Nikoleyczik/Führ DStR* 2010, 1743, 1747 ff.

<sup>26</sup> *Binz/Mayer GmbH* 2003, 249, 257; *Müller-Bonnani GmbH* 2003, 1235, 1238 f; *Werner GmbH* 2005, 288, 293 f; Münch KommAktG/*Gach* § 4 MitbestG Rn. 3; *Raiser/Veil* § 4 MitbestG Rn. 5b; *HWK/Seibt* § 4 MitbestG Rn. 4; *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 4 MitbestG Rn. 11.

legen nicht offen, wie sie solche Gesellschaften in das deutsche Mitbestimmungsrecht einbeziehen wollen. Es liegt indes gar nicht in der Hand des deutschen Gesetzgebers, die Unternehmensverfassung des ausländischen Komplementärs zu regeln. Die gesetzliche Regelung der Zusammensetzung der Organe der ausländischen Gesellschaft ist dem Zugriff des deutschen Gesetzgebers entzogen. Der Vorschlag ist damit nicht umsetzbar.<sup>27</sup> Die KG selbst als Personengesellschaft dem Mitbestimmungsrecht zu unterwerfen, wäre dagegen ein Systembruch für das deutsche Mitbestimmungsrecht.

## 2. Ausländische Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz

Die zweite Vermeidungsstrategie betrifft die Wahl einer ausländischen Rechtsform, wobei die Gesellschaft zwar ihren Registersitz im Ausland, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland hat.<sup>28</sup> Die in beiden Anträgen vorgeschlagene Anwendung nationalen Mitbestimmungsrechts auf eine aus dem europäischen Ausland zuziehende Gesellschaft ausländischer Rechtsform ist anerkanntermaßen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Eine solche kann nach allgemeinen Grundsätzen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, zu denen nach allerdings bestrittener Auffassung auch der Arbeitnehmerschutz zu zählen ist.<sup>29</sup> Um europäischen Anforderungen an Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu genügen, müsste das deutsche Mitbestimmungsmodell jedoch außerdem

- (1) in nicht diskriminierender Weise angewendet werden,
- (2) geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten und
- (3) nur so weit gehen, wie es zur Erreichung des Zieles erforderlich ist.<sup>30</sup>

Zweifel kann man bereits an der diskriminierungsfreien Wirkung des deutschen MitbestG haben. In einem weit verstandenen Sinne ist dem deutschen Mitbestimmungsmodell die Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer nämlich immanent.<sup>31</sup> Nach

deutschem Mitbestimmungsrecht werden im EU-Ausland beschäftigte Arbeitnehmer, die bislang in einem Unternehmensorgan der ausländischen Gesellschaft vertreten waren, zwingend aus dem Aufsichts- oder Verwaltungsrat hinausgedrängt.

Ein einfaches Beispiel verdeutlicht die europarechtliche Brisanz einer Erstreckung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf ausländische Rechtsformen<sup>32</sup>: Eine niederländische Besloten Vennootschap (BV) mit 3000 Arbeitnehmern weltweit, davon 550 in Deutschland sei - entsprechend der in den Niederlanden seit dem 1.10.2004 geltenden Rechtslage<sup>33</sup> - drittelparitätisch mitbestimmt und verfüge deshalb über einen Aufsichtsrat, dem Vertrauenspersonen der Arbeitnehmer aus unterschiedlichen Ländern angehören.<sup>34</sup> Diese BV verlege nun ihren Verwaltungssitz nach Deutschland unter Beibehaltung ihrer Rechtsform, eine Möglichkeit, die nach den Entscheidungen des EuGH in Sachen *Überseering*<sup>35</sup> und *Inspire-Art*<sup>36</sup> unproblematisch ist. Unterwirft man diese Gesellschaft nunmehr dem deutschen Mitbestimmungsrecht<sup>37</sup>, so würde dies zwingend bedeuten, dass die Interessenvertreter aller ausländischen Arbeitnehmer aus dem Aufsichtsrat entfernt werden müssten, und allein die 550 deutschen Arbeitnehmer an der Wahl zu beteiligen wären. Die Interessen der großen Belegschaftsmehrheit aus dem EU-Ausland würden als unbeachtlich angesehen, ausländische Arbeitnehmer diskriminiert. Zieht man die Lehren aus aktuellen Fällen (etwa die Auseinandersetzung um die europäischen Standorte von Opel und Ford) und akzeptiert man, dass sich die Interessen der Arbeitnehmer unterschiedlicher Standorte internationaler Konzerne bei notwendigen Produktionskürzungen diametral widersprechen können, wird die Problematik der einseitig nationalen Sicht des deutschen Rechts überdeutlich. Vergleichbare Beispiele lassen sich mit Gesellschaften aus anderen Ländern bilden, die ebenfalls ein Mitbestimmungsmodell kennen. Besonders ärgerlich ist die Diskriminierung für die ausländischen Arbeitnehmer, wenn diese mit ihrer Unternehmensleitung eine vernünftige Vereinbarung getroffen haben, die ihnen - und Arbeitnehmern aus anderen Konzerntöchtern - bestimmte Sitze in den Unternehmensorganen der

<sup>27</sup> Ähnlich *Werner* GmbHHR 2005, 288, 294.

<sup>28</sup> Überblick bei MünchKommAktG/*Gach* § 1 MitbestG Rn. 14; *WWKK/Koberski* § 1 MitbestG Rn. 18 ff; *Raiser/Veil* § 1 MitbestG Rn. 14 ff; *HWK/Seibt* § 1 MitbestG Rn. 7 ff; *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 6 ff; ausführlich *Bartsch*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, 2006, S. 136 ff; *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 173 ff; *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007; zur rechtspolitischen Diskussion um die Mitbestimmungserstreckung *Weiss/Seifert* ZGR 2009, 542 ff mit umfangreichen Nachweisen zum Meinungsstand in Fn. 12.

<sup>29</sup> EuGH Slg. 2002, I-9919, Rn. 92 - *Überseering*; *Henssler*, GS Heinze, 333, 350; *Bayer* BB 2004, 1496, 1500; *Franzen* RdA 2004, 259, 262; *Thüsing* ZIP 2004, 381, 385; *Bartsch* (Fn 28), S. 173 ff; *Braun* (Fn 28), S. 176 ff; *Kisker* (Fn 28), S. 191 f; gegen die Annahme zwingender Allgemeininteressen *Eidenmüller* JZ 2004, 24, 28; *Müller-Bonanni* GmbHHR 2003, 1235, 1238; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 17.

<sup>30</sup> EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 - *Gebhard*; 30.09.2003, C 167/01, Rn. 133 - *Inspire Art*.

<sup>31</sup> Vgl. *Henssler* RdA 2005, 330, 332 f; *Habersack* AG 2007, 641, 648; *Hellwig/Behme* AG 2009, 261, 263 ff; *Meilicke*, GmbHHR 2003, 793, 805; *Kisker* (Fn 28), S. 180 ff.

<sup>32</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Fall bereits *Henssler* in: *Bitburger* Gesprächs Jahrbuch 2006/I, S. 83, 89.

<sup>33</sup> Vgl. *van het Kaar*, The Dutch system of enterprise-level workers' participation, abrufbar unter [http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file\\_uploads/microsoftword-netherlands\\_country\\_report\\_rev1104.pdf](http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file_uploads/microsoftword-netherlands_country_report_rev1104.pdf).

<sup>34</sup> Das niederländische Recht verbietet die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, die im Unternehmen selbst oder konzernverbundenen Gesellschaften beschäftigt sind, vgl. *Timmermann/Spanjaard*, in *Baums/Ulmer*, Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, S. 75, 86.

<sup>35</sup> EuGH Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614 - *Überseering*.

<sup>36</sup> EuGH Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331 - *Inspire Art*.

<sup>37</sup> So schon nach geltendem Recht *Birk* RIW 1975, 589, 595; *Franzen* RdA 2004, 262, 263; aA *Bayer* AG 2004, 534, 535; *Eberspächer* ZIP 2004, 173, 178; *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 16 f; *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3590; *Bartsch* (Fn 28), S. 134 ff; *Kisker* (Fn 28), S. 156 ff; *Hüffer* § 1 AktG Rn. 44; *Raiser/Veil* § 1 MitbestG Rn. 15a; *HWK/Seibt* § 1 MitbestG Rn. 8; *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 8a.

Holding sichert. Das deutsche Mitbestimmungsrecht nimmt in seiner Rigidität keine Rücksicht auf solche Vereinbarungen. Schon angesichts des Wettbewerbs, der bei drohenden Werksschließungen zwischen den Standorten herrscht, ist diese einseitig auf die Interessen der in Deutschland tätigen Arbeitnehmer ausgerichtete Regelung aus europäischer Sicht nicht akzeptabel.

Selbst wenn man einen Diskriminierungstatbestand verneinen will, so fehlt es jedenfalls an der Erforderlichkeit, gerade das deutsche Mitbestimmungsmodell zur Geltung zu bringen, wenn für die ausländische Gesellschaft bereits eine Form der Arbeitnehmerbeteiligung existiert.<sup>38</sup> Den einschlägigen europäischen Richtlinien - angefangen von derjenigen zur Einführung des Europäischen Betriebsrats<sup>39</sup> über die Richtlinien zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE<sup>40</sup> und der Europäischen Genossenschaft<sup>41</sup> bis hin zur Verschmelzungsrichtlinie<sup>42</sup> - lässt sich der Grundsatz entnehmen, dass eine Verhandlungslösung der strikten Anwendung eines starren gesetzlichen Mitbestimmungsmodells vorzuziehen ist. Die Verhandlungslösung ist aufgrund der Möglichkeit, maßgeschneiderte Lösungen für das mitbestimmte Unternehmen zu entwickeln, stets ein die Niederlassungsfreiheit weniger belastender Eingriff in die freie Unternehmensentscheidung über den Sitz der Gesellschaft.<sup>43</sup> Nur das Verhandlungsmodell ermöglicht zugleich die sachgerechte Einbeziehung aller Arbeitnehmer von ausländischen Standorten.

### 3. Monistisch organisierte Gesellschaften

Die zwingende Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechts auf sog. „formal ausländische“ Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, die nach dem monistischen board System organisiert sind, wäre zudem mit den zwingenden europäischen Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie nicht zu vereinbaren. Die Regelung in Art 16 Abs. 4 lit c der Verschmelzungsrichtlinie führt zwingend dazu, dass Unternehmen bei Wahl des monistischen Systems eine über die Drittelparität hinaus gehenden Mitbestimmung vermeiden können, wenn sie einen Registersitz in UK wählen.<sup>44</sup> Die 2007 in Kraft getretenen Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 (SI 2007/2974) des Vereinigten Königreichs sehen auf der Grundlage dieser Regelung in § 39<sup>45</sup> vor, dass die aufnehmende Gesellschaft (etwa eine englische plc. mit Verwaltungssitz in Deutschland) das Mitbestimmungs-

niveau für den Fall der Geltung der Anfangsregelung auf ein Drittel der „directors“ beschränken darf. Die Übertragung des Modells der paritätischen Mitbestimmung auf solche Gesellschaften kommt daher ohnehin nicht in Betracht.

### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Anwendung gerade des rigiden deutschen Mitbestimmungsmodells europarechtlich gesehen nicht erforderlich ist, um die hinter den Mitbestimmungsgesetzen stehenden Allgemeinwohlintressen zu verwirklichen. Wollte man daher tatsächlich das deutsche Mitbestimmungsrecht auf ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland erstrecken, so müsste zuvor das deutsche Recht grundlegend neu gestaltet werden (dazu VII.). Andernfalls wäre die Erstreckung europarechtswidrig.

Ausländische Gesellschaften, die nach dem angelsächsischen board-System organisiert sind, also keinen Aufsichtsrat haben, müssten ohnehin aufgrund zwingender europarechtlicher Vorgaben von der Regelung ausgeklammert bleiben.

## IV. Nicht regulierbare Ausweichstrategien

Nicht hinreichend deutlich wird in beiden Anträgen, dass selbst bei ihrer Umsetzung mitbestimmungsunwillige Unternehmen aufgrund der Internationalisierung der Wirtschaft weiterhin ganz einfache Vermeidungsstrategien haben, die selbst durch noch so rigide deutsche Regelungen nicht blockiert werden können: Nämlich die Verlagerung auch des Verwaltungssitzes in das Ausland oder die Gründung einer ausländischen Holdinggesellschaft als Konzernspitze für die in Deutschland angesiedelten Tochterunternehmen, deren Belegschaft unter den mitbestimmungsrechtlich relevanten Schwellenwerten liegt.

### 1. Rechtlich nicht verselbständigte Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften

Grundsätzlich lassen sich die rechtlich nicht verselbständigten Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger durch deutsche Mitbestimmungsgesetze – wie sie auch immer ausgestaltet sein mögen – nicht erfassen.<sup>46</sup> Insofern besteht ein grundlegender Unterschied zur betrieblichen Mitbestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes, die am Betrieb anknüpft. Die Unternehmensmitbestimmung knüpft dagegen zwangsläufig am Unternehmensträger an. Aufgrund der durch das Territorialitätsprinzip gezogenen Grenzen kann das deutsche Recht aber in die Unternehmensverfassung einer ausländischen Gesellschaft nicht eingreifen.<sup>47</sup> Bei einer bloßen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft fehlt zudem jede Rechtfertigung, dieser Gesellschaft gerade die deutsche Organstruktur aufzuzwingen. Der deutsche Gesetzgeber hätte auch überhaupt keine Handhabe, eine solche Regelung durchzusetzen, stünde eine entsprechende Vorgabe doch im Widerspruch zum maßgeblichen ausländischen Recht. Der deutsche Staat könnte allenfalls der Gesellschaft verbieten, sich in Deutschland niederzulassen und ihr die Eintragung der Zweigniederlassung in das deutsche

<sup>38</sup> Dazu *Eberspächer* ZIP 2008, 1951, 1955 f; *Franzen* RdA 2004, 257, 259 ff; *Weiss/Seifert* ZGR 2009, 542, 569 ff; *Bartsch* (Fn 28), S. 186 ff; *Braun* (Fn 28), S. 192 ff; *Kisker* (Fn 28), S. 197 ff.

<sup>39</sup> Richtlinie 94/45/EG ABl. Nr. L 254/64.

<sup>40</sup> Richtlinie 2001/86/EG ABl. Nr. L 294/22.

<sup>41</sup> Richtlinie 2003/72/EG ABl. Nr. L 207/25.

<sup>42</sup> Richtlinie 2005/56/EG v. 26.10.2005 ABl. EG L 310/1 v.25.11.05.

<sup>43</sup> *Henssler*, GS Heinze, 333, 353 ff; ebenso *Bayer* BB 2003, 2357, 2365 und AG 2004, 534, 538; *Sandrock* AG 2004, 57, 66; *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35 f und AG 2003, 661, 668; *Kisker* (Fn 28), S. 200 f, 224 f, 240 ff; aA *Weiss/Seifert* ZGR 2009, 542, 574; *WWKK/Koberski* § 1 MitbestG Rn. 25c.

<sup>44</sup> Dazu *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222, 228.

<sup>45</sup> „Where, following prior negotiation, the standard rules of employee participation apply, the UK transferee company may limit the proportion of directors elected, appointed, recommended or opposed through employee participation to a level which is the lesser of (a) the highest proportion in force in the merging companies prior to registration, and (b) one third of the directors.“

<sup>46</sup> Vgl. zur Unzulänglichkeit entsprechender Reformvorschläge *Bartsch* (Fn. 28), S. 128 ff.

<sup>47</sup> So auch *Kamp* BB 2004, 1496, 1498.

Handelsregister verwehren. Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre indes bei bloßen Zweigniederlassungen evident unverhältnismäßig. Würde jeder EU-Mitgliedstaat, in dem eine Zweigniederlassung unterhalten wird, Anforderungen an die Organstruktur der ausländischen Gesellschaft stellen, käme es ersichtlich zu aus europarechtlicher Sicht untragbaren Zuständen und zu einer Blockade grenzüberschreitender Tätigkeit. Der Vorschlag (BT-Drucks 17/2122), „die deutsche Mitbestimmung gesetzlich auf Unternehmen ausländischer Rechtsform mit ... Zweigniederlassung in Deutschland“ zu erstrecken, ist damit nicht umsetzbar. Derzeit werden in Deutschland nicht nur kleine Vertriebsniederlassungen, sondern Betriebe mit deutlich über 1000 Arbeitnehmern in der Form von solchen Zweigniederlassungen geführt. Beispiele bieten US-Firmen, wie FedEx, Mc Kinsey oder American Express.

## 2. Rechtspolitisch verfehelter Druck auf die Verlegung auch des Verwaltungssitzes

Angesichts solcher, durch den deutschen Gesetzgeber ohnehin nicht beeinflussbarer Vermeidungsstrategien erscheint es rechtspolitisch äußerst fragwürdig, ausländische Rechtsträger mit deutschem Verwaltungssitz der vorgeschlagenen strikten Regulierung zu unterwerfen. Denn der Effekt dieser Regulierung wäre ja lediglich, dass diese vom deutschen Mitbestimmungsrecht - zu Unrecht! - nicht überzeugten Gesellschaften veranlasst würden, nicht nur ihren Registersitz, sondern auch ihren Verwaltungssitz im Ausland zu wählen. Dieser Schritt ist für Unternehmen, die ohnehin schon über ihre Rechtsform einen Bezug zum Ausland haben, relativ klein. Deutschland würde als Verwaltungssitz von Unternehmen an Attraktivität verlieren. Entscheidungsprozesse würden komplett ins Ausland verlagert, zum Nachteil der Belegschaften und des Standorts Deutschland.

## V. Einführung der „echten Parität“

### 1. Rechtspolitisch verfehelter Anreiz zur „Flucht“ aus der AG in die SE

Der im Antrag BT-Drucks 17/2122 unterbreitete Vorschlag, eine „echte Parität“ durch eine neutrale Person im Aufsichtsrat einzuführen und gleichzeitig das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden für alle Kapitalgesellschaften abzuschaffen, die unter das Mitbestimmungsgesetz von 1976 fallen, widerspricht klar europarechtlichen Überlegungen<sup>48</sup>. Nach Art 42 SE-VO wählt das Aufsichtsorgan einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, der bei einem zur Hälfte mit Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsorgan aus dem von der Hauptversammlung der Aktionäre bestellten Mitgliederkreis stammen muss. Die Stimme des Vorsitzenden gibt in Pattsituationen den Ausschlag (Art 50 Abs. 2 SE-VO), um sicherzustellen, dass bei einer zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern gespaltenen Abstimmung immer die Anteilseignervertreter obsiegen.<sup>49</sup> Die hM

<sup>48</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken äußerte die Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Fn. 11), S. 44 f.

<sup>49</sup> Dazu *Henssler RdA* 2005, 330, 336.

im deutschen Schrifttum geht sogar davon aus, dass auch der Stellvertreter zwingend ein Anteilseignervertreter sein müsse.<sup>50</sup> Diese in einer europäischen Verordnung verankerten Vorgaben sind für den deutschen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der „deutschen“ SE zwingend.

Das bedeutet, dass der Vorschlag einen ganz kontraproduktiven Anreiz setzen würde, anstelle einer deutschen AG oder GmbH die Rechtsform der SE zu wählen. Das deutsche Mitbestimmungsmodell lässt sich auf diese Weise sicherlich nicht sichern. Vielmehr ist es schon derzeit so, dass die Attraktivität der deutschen AG schwindet. Eine wachsende Zahl der großen deutschen im Dax und M-Dax börsennotierten Unternehmen hat sich in den letzten Jahren bereits in eine SE umgewandelt (u.a. Allianz, BASF, Fresenius, MAN, Klöckner, SGL Carbon). Dieser Trend würde sich dramatisch verschärfen. Im Interesse des deutschen Mitbestimmungsrechts wäre es, die Attraktivität der AG wiederherzustellen, indem die von Europa eingeführte Verhandlungslösung auch auf die AG übertragen wird.<sup>51</sup> Es zeigt sich einmal mehr, dass in einem vereinten Europa nationale Alleingänge nicht nur dem europäischen Harmonisierungsgedanken widersprechen, sondern schlicht nicht mehr zielführend sind.

### 2. Die geringe Belastung der paritätischen Mitbestimmung durch das Zweitstimmrecht

Der Vorschlag berücksichtigt außerdem zu wenig, dass die Ausübung des Zweitstimmrechts in deutschen Unternehmen ausgesprochen unbeliebt ist und es nur in ganz seltenen Ausnahmefällen überhaupt eingesetzt wird. Das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden ist aus Arbeitnehmersicht sicherlich kein relevantes Problem, das eine einseitige Orientierung der Unternehmen am „shareholder value“ Gedanken gefördert hätte. Vielmehr kann sich kein Unternehmensleiter eines mitbestimmten deutschen Unternehmens über längere Zeit gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des Unternehmens halten. Der Aufsichtsratsvorsitzende der VW AG Ferdinand Piech hatte dies 2006 – gemünzt auf den damaligen VW-Vorstandsvorsitzenden Bernd Pischetsrieder – treffend so formuliert und dessen Abberufung erzwungen. Auch die aktuelle Situation bei der Wahl des neuen Opel-Vorstandsvorsitzenden Karl-Friedrich Stracke durch den Aufsichtsrat zeigt, welchen Einfluss die Arbeitnehmerbank ungeachtet des Zweitstimmrechtes hat. Die Arbeitnehmer konnten hier verhindern, dass künftig Entscheidungsebenen ins Ausland verlagert werden mit der Folge, dass die Arbeitnehmermitbestimmung an Bedeutung verloren hätte.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> KK-AktG/*Paefgen* Art 42 SE-VO Rn. 36; MünchKomm AktG/*Reichert/Brandes* Art 42 SE-VO Rn. 19; *Schwarz* Art 42 SE-VO Rn. 21.

<sup>51</sup> Vgl. dazu den Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZIP 2009, 885 – 899 (Bachmann, Baums, Habersack, Henssler, Lutter, Oetker, Ulmer).

<sup>52</sup> Weitere Beispiele aus der Praxis bei *Raabe*, Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 2010, S. 263 ff.



## VI. Erweiterung des Katalogs zustimmungspflichtiger Gesetze

Der Vorschlag der SPD Fraktion geht ferner dahin, einen gesetzlichen Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen – insbesondere Betriebsschließungen, Standortverlagerungen und Unternehmensverkäufe – im Aufsichtsrat einzuführen und gleichzeitig einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat von einem Drittel seiner Mitglieder das Recht einzuräumen, den Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte zu ergänzen.

Auch dieser Vorschlag überzeugt als zwingende gesetzliche Vorgabe nicht.<sup>53</sup> Zwar kann es in Unternehmen gute Gründe geben, solche Zustimmungskataloge einzuführen. Sie können insbesondere Gegenstand einer Mitbestimmungsvereinbarung sein, welche die Unternehmensleitung unter Zustimmung der Haupt-/Gesellschafterversammlung mit der Belegschaft schließt. In Verbindung mit der paritätischen Mitbestimmungsregelung führt ihre zwangsweise Einführung gegen den Gesellschafterwillen im Ergebnis aber zu einem verfassungsrechtlich nicht zulässigen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentumsrecht der Anteilseigner. Bei diesem Konzept wird der Aufsichtsrat funktionswidrig von einem Organ zur Kontrolle der Unternehmensleitung zu einem Organ, das die der Hauptversammlung zustehenden Grundsatzentscheidungen an sich ziehen und sodann blockieren kann. Es widerspricht aber fundamental der Funktion des Aufsichtsrats, wenn diesem Gremium erlaubt wird, Beschlüsse der Hauptversammlung zu konterkarieren. Ein von den Anteilseignern einstimmig gewünschter Verkauf einer Beteiligung könnte dann nämlich von „Nichteigentümern“ blockiert werden. Damit aber wäre das Eigentumsrecht der Aktionäre in einem entscheidenden Punkt aufgehoben. Den Anteilseignern könnte gegen ihren Willen die Übernahme unternehmerischer Risiken aufgezwängt und der Verkauf einer verlustbringenden Tochtergesellschaft verhindert werden. Die Anforderungen, die das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil<sup>54</sup> an eine mit dem Eigentumsrecht des Art. 14 GG zu vereinbarende Mitbestimmungsregelung aufgestellt hat, sind bei einem solchen Konzept der Entmündigung der Anteilseigner nicht mehr erfüllt.<sup>55</sup>

## VII. Notwendige Reformen

Anstatt das deutsche Unternehmensverfassungsrecht noch weiter zu bürokratisieren und weitere starre Regelungen einzuführen, erscheint es notwendig, die Unternehmensmitbestimmung dadurch zu fördern, dass sie für die Unternehmen attraktiver ausgestaltet wird. Die europäischen Regelungen zur SE und SCE haben mit der sog. Verhandlungslösung den Weg zu einer Mitbestimmungsregelung gezeigt, die besser auf die konkreten Bedürfnisse des Unternehmens und seiner Belegschaften zugeschnitten ist als ein zwingendes gesetzliches Einheitsmodell. So können

ganz im Sinne der beiden Fraktionsvorschläge Unternehmen, die nicht der Mitbestimmungspflicht unterliegen, motiviert werden, freiwillige Mitbestimmungsvereinbarungen mit ihren Mitarbeitern zu schließen. Außerdem könnten international tätige Unternehmen ein Mitbestimmungsmodell vereinbaren, das es erlaubt, die Gesamtbelegschaft in die Unternehmensmitbestimmung einzubeziehen. Der geschilderte Zwang zur Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer ist nicht mehr zeitgemäß. Nicht ohne Grund sind etwa die Niederlande als Holdingstandort weit beliebter als Deutschland, obwohl sie ebenfalls ein sehr weitreichendes, aber eben flexibles Mitbestimmungsmodell kennen. Die transparente Einführung der Verhandlungslösung drängt sich umso mehr auf, als dieses Konzept ohnehin schon mit dem MgVG – allerdings nur verdeckt – in das deutsche Gesellschaftsrecht eingeführt worden ist. Eine deutsche AG oder GmbH kann schon derzeit ihr Mitbestimmungsmodell mit der Belegschaft aushandeln, wenn sie eine ausländische Tochtergesellschaft auf sich verschmilzt. Nicht paritätisch mitbestimmte deutsche Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern sind also über diesen Umweg schon derzeit denkbar. Guter Gesetzgebung im Sinne der europäischen „better regulation“ Debatte und bewährter Deutscher Rechtskultur entspricht es, diese Rechtslage offen, transparent und rechtssicher zu gestalten.

## VIII. Zusammenfassung

1. Das deutsche Recht der Unternehmensmitbestimmung ist reformbedürftig. Es trägt der Internationalisierung der Wirtschaft zu wenig Rechnung. Zudem lässt es sich mit europäischen Wertungen nicht vereinbaren.
2. Sachgerecht erscheint eine Angleichung des Mitbestimmungsrechts an das europäische Modell. Dabei drängen sich zwei Aspekte aus der Sicht eines vereinten Europas geradezu auf: Zum einen der Vorrang der Verhandlungslösung, der ein für das Unternehmen maßgeschneidertes Mitbestimmungsmodell erlaubt und zum zweiten die Einbeziehung aller in der EU beschäftigten Arbeitnehmer in die Unternehmensmitbestimmung.<sup>56</sup>
3. Die aktuellen Fraktionsvorschläge ziehen demgegenüber eine noch stärkere Isolation des deutschen Mitbestimmungsrechts nach sich. Anstatt die gebotene Harmonisierung der europäischen Regelungen anzustreben, führen sie aufgrund ihres – die unternehmerische Vielfalt nicht achtenden – Zwangscharakters dazu, dass andere Mitbestimmungsvermeidungsstrategien noch zunehmen werden. Eine sinnvolle Reform sollte demgegenüber von der Einsicht geprägt sein, dass Unternehmen nicht gezwungen werden können, ihren Verwaltungssitz in

<sup>53</sup> Zurückhaltend auch die Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Fn. 11), S. 25 f.

<sup>54</sup> BVerfGE 50, 290.

<sup>55</sup> Vgl. zu diesen Voraussetzungen bereits Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, Einl. SEBG, Rn. 202 f.

<sup>56</sup> Vgl. den Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885 ff. Zur Frage der Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer im Arbeitskreisvorschlag Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791, 1793; Hommelhoff, ZIP 2009, 1785, 1786, These 7 und 11. Zu Problemen des Vorschlages Teichmann, ZIP 2009, Beilage zu Heft 48, 10, 14 ff., der daher die Einbeziehung des Europäischen Betriebsrates vorschlägt, S. 16 f. Für eine Verhandlungslösung auch Hellwig/Behme, AG 2000, 261, 271 f.

- Deutschland zu behalten. Gerade für Familienunternehmen liegt es bei einer Überregulierung nahe, neben dem Registersitz auch den Verwaltungssitz ins Ausland, etwa in die Schweiz oder nach Österreich, zu verlagern (Beispiel: Speditionsunternehmen Kühne und Nagel). Solche Strategien können durch das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht aufgehalten werden. Vorrangiges Ziel muss es sein, die Attraktivität der Unternehmensmitbestimmung für die in Deutschland tätigen Unternehmen zu erhöhen.
4. Rechtlich nicht verselbständigten Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger können entgegen dem Reformvorschlag der SPD-Fraktion durch deutsche Mitbestimmungsgesetze – wie sie auch immer ausgestaltet sein mögen – nicht erfasst werden.
  5. Selbst wenn man entgegen einer in der deutschen Literatur verbreiteten Meinung die Erstreckung nationalen Mitbestimmungsrechts auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz grundsätzlich für zulässig erachten will, so wäre jedenfalls die Anwendung gerade des rigiden deutschen Mitbestimmungsmodells auf ausländische Gesellschaften europarechtlich gesehen nicht erforderlich, um die hinter den Mitbestimmungsgesetzen stehenden Allgemeinwohlinteressen zu verwirklichen. Die mit einer solchen Regelung verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre somit europarechtlich nicht gerechtfertigt. Vielmehr müsste das deutsche Mitbestimmungsrecht zuvor grundlegend durch Einführung einer Verhandlungslösung reformiert werden.
  6. Nicht sachgerecht, sondern geradezu kontraproduktiv erscheint es, deutschen Unternehmen im Sinne einer sog. „echten Parität“ Regelungen aufzuzwingen, die bei supranationalen Gesellschaften wie der SE eindeutig gegen zwingendes Europarecht verstoßen. Sie werden die derzeit schon zu beobachtende Flucht aus der deutschen AG in die SE noch verstärken und damit das deutsche Mitbestimmungsmodell schwächen.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)506**

2. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Berlin**

Auch wenn in anderen EU-Ländern oder in den USA<sup>57</sup> rechtmäßig gegründete Unternehmen ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen, richtet sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ihr gesellschaftsrechtliches internes Organisationsstatut weiterhin ausschließlich nach dem Recht des Gründungsstaates. Es ist daher nicht ohne Verletzung der EU-rechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit möglich, auf die nach ausländischem Recht gegründete juristische Person gesellschaftsrechtliche Normen der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden, die das Unternehmensinnenrecht der ausländischen Person abändern und damit englisches oder französisches Gesellschaftsrecht verletzen. Der deutsche Gesetzgeber hat keine Kompetenz, englisches oder französisches „GmbH“-Recht abzuändern, auch wenn die Gesellschaft in Deutschland ihren Verwaltungssitz hat. Deutschland kann daher nicht die Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes vorschreiben mit der Folge, dass die Gesellschaft z.B. entgegen englischem Gesellschaftsrecht agieren und einen obligatorischen Aufsichtsrat unter Beteiligung von Arbeitnehmern bilden muss.

So wie z. B. das englische Recht einer in Deutschland gegründeten und in England tätigen Gesellschaft nicht vorschreiben kann, **keinen** Aufsichtsrat zu bilden, kann umgekehrt das deutsche Recht auch nicht einer englischen Gesellschaft vorschreiben,

<sup>57</sup> Auch im Verhältnis zu den USA gilt die Gründungstheorie; vgl. Art. 25 Abs. 5 des Deutsch-US-amerikanischen Handelsvertrages 1954.

unter Verstoß gegen englisches Gesellschaftsrecht einen Aufsichtsrat zu bilden (vgl. näher dazu *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Bd. 10 IntGesR RdNr. 331 ff.).

Das Gesellschaftsrecht ausländischer Staaten kann vom deutschen Recht nicht aufgehoben oder modifiziert werden (von Sonderfällen wie Briefkastenfirmen, Pseudo-Foreign-Corporations einmal abgesehen). Nur die EU könnte im Rahmen ihrer Zuständigkeit supranationale Rechtsnormen erlassen, die dann – wie bei SE-Statut – für alle Staaten der EU verbindlich sind.

Denkbar wäre aber, dass Deutschland Unternehmen mit Verwaltungssitz in Deutschland durch Normen außerhalb des Gesellschaftsrechts vorschreibt, die Kompetenzen z.B. des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats zu erweitern, wenn beim Unternehmen kein Aufsichtsrat gebildet werden kann und es im Inland mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Dem zum Unternehmensrat erweiterten Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat könnten dann erweiterte Informations- und Beratungsrechte übertragen werden, die denen des obligatorischen GmbH-Aufsichtsrates entsprechen.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)514**

3. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Prof. Dr. Hanno Merkt, Freiburg**

**I. Einleitung**

Der Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages hat mit Schreiben vom 13. April 2011 um Stellungnahme zu den Anträgen der Fraktion DIE LINKE vom 21. April 2010 (BT-Drucks. 17/1413) und der Fraktion der SPD vom 16. Juni 2010 (BT-Drucks. 17/2122) zur Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung gebeten. Die beiden Anträge verfolgen zum Teil ähnliche Ziele:

**1. Die Anträge**

Bei dem Antrag der Partei **DIE LINKE** geht es darum, "die Unternehmensmitbestimmung lückenlos zu garantieren". Die Unternehmensmitbestimmung werde zunehmend unterlaufen, weil eine wachsende Zahl von großen Unternehmen nicht mehr die deutschen Rechtsformen der GmbH und der AG, sondern ausländische Rechtsformen nutzten, die mitbestimmungsfrei seien. Neuere Untersuchungen zeigten, dass die Umgehung der Mitbestimmung und die Gefahr der Flucht aus der Mitbestimmung zunehme. Daher müsse die Unternehmensmitbestimmung gesetzlich auch auf Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform, aber Verwaltungssitz in Deutschland erstreckt werden.

Der **SPD-Antrag** will "die demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken". Die Schwellenwerte für das Drittelbeteiligungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz seien vor dem Hintergrund steigender Produktivität nicht mehr zeitgemäß. Eine

Weiterentwicklung und Stärkung der unternehmerischen Mitbestimmung und eine Erweiterung in zentralen unternehmerischen Entscheidungen sei eine wichtige Maßnahme um die historisch niedrige Lohnquote und die steigende Armut in Deutschland zu bekämpfen. Erforderlich sei ein gesetzlich vorgegebener Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte, der alle Maßnahmen der strategischen Ausrichtung des Unternehmens umfasse. Eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel der Mitglieder des mitbestimmten Aufsichtsrats soll zudem den Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte erweitern dürfen. Darüber hinaus müssten mitbestimmungsfreie Zonen für Unternehmen ausländischer Rechtsform in Deutschland verringert werden. Dazu solle

- die Mitbestimmung auf Unternehmen ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz oder Zweigniederlassung in Deutschland bzw. deutsche Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär erstreckt werden,<sup>58</sup>
- ein gesetzlicher Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen eingeführt werden,
- die Schwellenwerte für das MitbestG auf 1.000 und für das DittelbG auf 250 Beschäftigte verringert werden
- und die rechtliche und wirtschaftliche Gleichstellung zwischen Kapital und Arbeit über "echte

<sup>58</sup> In diesem Sinne bereits der SPD-Parteitag Hamburg Oktober 2007, Beschluss Nr. 54.

Parität" durch eine neutrale Person im Aufsichtsrat und gleichzeitige Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden für alle Gesellschaften, die unter das MitbestG 1976 fallen, erzielt werden.

Diese Anträge werfen aus rechtlichem Blickwinkel insbesondere folgende Fragen auf:

1. Ist es rechtlich zulässig, die deutsche Unternehmensmitbestimmung durch zwingende Vorschriften des deutschen Rechts auf EU-Gesellschaften zu erstrecken, die nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründet sind, die ihren Verwaltungssitz und ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt aber ausschließlich im Inland haben?
2. Wie verhält es sich mit EU-Gesellschaften, die in Deutschland eine Zweigniederlassung haben?
3. Wie verhält es sich mit Kommanditgesellschaften, die einen Komplementär haben, der im EU-Ausland sitzt?
4. Wie verhält es sich bei den Fragen 1. bis 3., wenn die Gesellschaft nach US-amerikanischem Recht gegründet ist (Frage 1) bzw. wenn die Gesellschaft, deren Zweigniederlassung in Deutschland liegt, nach US-amerikanischem Recht gegründet ist bzw. wenn es sich bei dem Komplementär um eine US-amerikanische Gesellschaft handelt (Frage 3)?
5. Ist es rechtlich zulässig, die Schwellenwerte für das MitbestG auf 1.000 und für das DrittelbG auf 250 Beschäftigte herabzusetzen?
6. Ist es zulässig, die quasi-paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 durch eine "echte" paritätische Mitbestimmung mit einer neutralen Person im Aufsichtsrat und gleichzeitiger Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden zu ersetzen?

## 2. Zahlen zur Verbreitung der deutschen Unternehmensmitbestimmung und zum Problem ihrer Umgehung

Die Zahl der Gesellschaften mit mehr als 2.000 Beschäftigte, die also dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 unterliegen, lag nach einer von der Friedrich-Ebert-Stiftung in Auftrag gegebenen Studie im Jahre 2008 bei 694 (AG: 294, SE: 5, GmbH: 347, sonstige: 48).<sup>59</sup> Vergleichbare Zahlen zur faktischen Bedeutung des Drittelbeteiligungsgesetzes (mehr als 500 Beschäftigte) sind nicht verfügbar. Aktuelle Untersuchungen schätzen die Zahl auf etwa 1.500 Gesellschaften.<sup>60</sup> Insgesamt liegt danach die Zahl der mitbestimmten Gesellschaften in Deutschland geschätzt bei etwa 2.200.

Zur Problematik der Umgehung der Mitbestimmung werden in einer von der Hans-Böckler-Stiftung in

Auftrag gegebenen Studie von Sick/Pütz folgende Zahlen genannt: Die Zahl größerer Gesellschaften, die in ausländischer Rechtsform in Deutschland betrieben würden und der Mitbestimmung unterlägen, wenn sie statt dessen in deutscher Rechtsform betrieben würden, habe 2006 noch bei 17 gelegen. Ende Oktober 2010 seien es bereits 43 gewesen. Davon seien 16 Niederlassungen ausländischer Unternehmen in Deutschland. Die übrigen 27 seien Kommanditgesellschaften nach deutschem Recht mit einem ausländischen Komplementär.<sup>61</sup>

## II. Zu den Einzelfragen

### 1. Ist es rechtlich zulässig, die deutsche Unternehmensmitbestimmung durch zwingende Vorschriften des deutschen Rechts auf EU-Gesellschaften zu erstrecken, die nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründet sind, die ihren Verwaltungssitz und ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt aber ausschließlich im Inland haben?

Bei der Diskussion um die Reform der Mitbestimmung ist zwischen der betrieblichen und der unternehmerischen Mitbestimmung zu unterscheiden.

Die betriebliche Mitbestimmung ist im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelt und knüpft an die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung an, indem sie den Betriebsrat als Repräsentant der Arbeitnehmer an bestimmten Entscheidungen des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer unmittelbar betreffen wie z.B. an der Kündigung (§ 102 BetrVG), beteiligt. Es handelt sich daher um eine Form der arbeitsrechtlichen Mitbestimmung, d.h. sie ist dem Arbeitsrecht und nicht dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen. Demzufolge unterliegt sie nicht dem sogenannten Gesellschaftsstatut, also dem nationalen (Gesellschafts-) Recht, das für die Gründung und für die innere Organisation der Gesellschaft maßgeblich ist, welche den Unternehmensträger bildet. Vielmehr findet auch bei deutschen Betrieben einer Gesellschaft ausländischen Rechts die deutsche betriebliche Mitbestimmung Anwendung (sog. „Territorialprinzip“).<sup>62</sup> Das sollte in der Diskussion um die Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften nicht übersehen werden. Es trifft daher nicht zu, von einer pauschalen "Flucht" oder einer "Entziehung" aus der Mitbestimmung zu sprechen, wenn infolge der Verlegung des Rechtsträgers deutsche Betriebe nicht mehr von deutschen, sondern von ausländischen Gesellschaften getragen werden. Die deutschen betriebliche Mitbestimmung als die europaweit und international geläufige Form der Mitbestimmung findet also in allen hier diskutierten Fällen Anwendung.

Hingegen geht es bei der im MitbestG<sup>63</sup> geregelten unternehmensbezogenen Mitbestimmung um die

<sup>59</sup> Friedrich-Ebert-Stiftung, Perspektiven der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, April 2011, 1.

<sup>60</sup> Bayer, Drittelbeteiligung in Deutschland. Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2010 (abrufbar auf der Homepage der Hans-Böckler-Stiftung); Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 MitbestG Rdnr. 1 nennt für 2008 die Zahl von insgesamt 789 Gesellschaften.

<sup>61</sup> Sick/Pütz, Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 01/2011, 34-40.

<sup>62</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 387; Wachter, GmbHR 2004, 88, 92. Die betriebliche Mitbestimmung ist europarechtlich nicht zu beanstanden, vgl. Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 668.

<sup>63</sup> Die unternehmensbezogene Mitbestimmung ist für Unternehmen, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, in § 1 MitbestG v. 1976 (gleiche Anzahl von Aufsichtsratsmitglieder für Arbeitnehmer und Anteilseigner) und für Unternehmen, die mehr als 500, aber

Beteiligung der Arbeitnehmer an der Auswahl und der Kontrolle der Unternehmensleitung im Aufsichtsrat der Gesellschaft (vgl. §§ 84, 111 Aktiengesetz). Diese Form der unternehmerischen Mitbestimmung wird wegen ihrer gesellschafts- bzw. organisationsrechtlichen Bedeutung als Teil des Gesellschaftsrechts angesehen.<sup>64</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um die betriebliche, sondern ausschließlich um die unternehmerische, d.h. die gesellschaftsrechtlich vermittelte Mitbestimmung, denn die EG-rechtlichen Vorgaben, die den Druck auf das deutsche Modell ausüben, wirken über die Niederlassungsfreiheit auf das Gesellschaftsrecht. Die folgenden Ausführungen beschränken sich demgemäß auf die unternehmerische Mitbestimmung.

#### a) Keine Anwendung des MitbestG auf ausländische Gesellschaften

Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 MitbestG benennt ausdrücklich die Rechtsformen der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der GmbH und der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Nach ganz überwiegender Ansicht ist diese Aufzählung abschließend und schließt folglich eine Anwendung des MitbestG auf die nicht genannten ausländischen Gesellschaften aus.<sup>65</sup> Eine analoge Anwendung des § 1 Abs. 1 MitbestG auf ausländische Gesellschaften wird zu recht abgelehnt, da es angesichts des bewusst vom Gesetzgeber gewählten, abschließenden Wortlautes an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.<sup>66</sup>

Demzufolge müsste der deutsche Gesetzgeber tätig werden, um ausländische Gesellschaften der unternehmensbezogenen Mitbestimmung zu unterwerfen. Solange dies (noch) nicht erfolgt ist, können deutsche Unternehmer ausländische Gesellschaften mit dem Zweck gründen, die deutschen Mitbestimmungsregeln zu umgehen.<sup>67</sup>

---

nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, in §§ 76 ff. BetrVG v. 1952 geregelt (ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder sind Vertreter der Arbeitnehmer). Besondere Bestimmungen werden ferner für die Montanindustrie im Montan-MitbestG v. 1951 getroffen. Im Folgenden wird zwar nur vom MitbestG v. 1976 gesprochen, die jeweils erörterten Fragen stellen sich aber für die beiden anderen Gesetze gleichermaßen.

<sup>64</sup> Vgl. näher dazu Thüsing, ZIP 2004, 381, 387.

<sup>65</sup> OLG Stuttgart ZIP 1995, 1004; Junker, NJW 2004, 728, 729; Raiser, MitbestG, 4. Auflage, 2002, § 1 Rdn. 13 f.; Thüsing, ZIP 2004, 381, 382 mwN.

<sup>66</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 382 mwN; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 16 mwN; i.E. auch Schwark, AG 2004, 173, 178, wonach eine analoge Anwendung des MitbestG daran scheitert, dass ausländische Gesellschaftsformen ganz unterschiedlich strukturiert sind und sich von den deutschen Gesellschaftsformen, für die das MitbestG konzipiert wurde, zu sehr unterscheiden. Anders Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 146 ff; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 347f.

<sup>67</sup> Solange bei neu gegründeten Unternehmen die Schwellenwerte des MitbestG und des Betriebsverfassungsg (s.o. Fn 3) nicht erreicht werden, bestehen ohnehin keine Mitbestimmungsrechte. Allerdings könnte die fehlende Anwendbarkeit des MitbestG auf ausländische Gesellschaften in der Praxis erhebliche Bedeutung erlangen, wenn größere deutsche Unternehmen eine Holding oder eine Produktionsgesellschaft als konzernleitendes Unternehmen im EG-Ausland gründen; denn dadurch können sie der deutschen Unternehmensmitbestimmung an der Konzernspitze (§ 5 MitbestG) entfliehen, vgl. Schwark, AG 2004, 173, 177.

#### b) Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 1 MitbestG?

Wie dargelegt, ist die unternehmerische Mitbestimmung Teil des Gesellschaftsrechts und unterliegt demzufolge dem Personalstatut der Gesellschaft (sog. „Gesellschaftsstatut“), deren Organe von der Mitbestimmung betroffen sind.<sup>68</sup> Daher sind nach dem deutschen Internationalen Privatrecht im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht die deutschen Mitbestimmungsregeln, sondern die entsprechenden Regelungen des Gründungsstaates auf ausländische Gesellschaften anzuwenden, selbst wenn diese ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben und ausschließlich in Deutschland tätig sind.<sup>69</sup> Allerdings kann der Gesetzgeber im Wege einer „Sonderanknüpfung“ – oder über den „ordre public“-Vorbehalt des Art. 6 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch – in das Gründungsstatut eingreifen und ausländische Gesellschaften nationalen Regeln unterstellen.<sup>70</sup> Nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts kommt eine solche Sonderanknüpfung oder Analogie allerdings nur dann in Betracht, wenn die Mitbestimmungsregelungen und insbesondere die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats als Teil des deutschen ordre public betrachtet werden können, der das ausländische Recht überlagert und sich ihm gegenüber durchsetzt. Angesichts der hohen Anforderungen, die das Internationale Privatrecht insoweit aufstellt, lässt sich dies kaum zwingend begründen.<sup>71</sup> Es erscheint auch deshalb problematisch, weil die im Aufsichtsrat angesiedelte Mitbestimmung nicht unverändert auf ausländische Gesellschaften übertragbar ist, die monistisch verfasst sind und daher kein vom Geschäftsführungsorgan getrenntes Aufsichtsorgan haben.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Horn, NJW 2004, 894, 900; Kindler, in: MünchKomm, 3. Auflage, 1999, IntGesR Rdn. 451 mwN; Wachter, GmbHR 2004, 88, 92.

<sup>69</sup> Thorn, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auf., 2011, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rdnr. 6.

<sup>70</sup> Näher dazu Hammen, WM 1999, 2487, 2493; Junker, NJW 2004, 728, 729; Sandrock, AG 2004, 57, 62; Spindler/Berner, RIW 2003, 949, 951; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 17.

<sup>71</sup> BGH RIW 1982, 353.

<sup>72</sup> Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006, B 107.

### c) EU-rechtliche Grenzen

Der deutsche Gesetzgeber könnte, wie in den beiden vorliegenden Anträgen vorgeschlagen, ein Erstreckungsgesetz erlassen, das von den Gesellschaften, die zwar nach ausländischem Recht gegründet sind, die aber ihren Verwaltungssitz im Inland haben und die ihre gesamte Geschäftstätigkeit im Inland entfalten, eine Mitbestimmung entsprechend dem DrittelbG oder dem MitbestG einzurichten. Problematisch wäre eine solche Erstreckung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, Art. 54 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Der durch den Zwang zur Mitbestimmung bewirkte Eingriff in die Organisationsstruktur einer Auslandsgesellschaft ist geeignet, ihre Niederlassung im Inland zu erschweren und somit ihre Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Allerdings lässt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.<sup>73</sup>

Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit kann aus drei Gründen gerechtfertigt sein: die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 52 AEUV), die Verhinderung des Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit und den Schutz sonstiger zwingender Gründe des Gemeinwohls<sup>74</sup>.

Eine Erweiterung der Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften kann – wenn überhaupt – nur mit Hilfe des letztgenannten Grundes gerechtfertigt sein. Denn Art. 52 AEUV ermöglicht lediglich Maßnahmen der Gefahrenabwehr und folglich nicht die Ausweitung der Mitbestimmungsregeln<sup>75</sup>. Außerdem ist es nach der Rechtsprechung des EuGH gerade nicht als „Missbrauch“ der Niederlassungsfreiheit anzusehen, wenn ein Gründer sich unter den verschiedenen Gesellschaftsrechten dasjenige aussucht, das ihm für seine Zwecke als das vorteilhafteste erscheint;<sup>76</sup> somit darf er beispielsweise eine private limited company (plc) in Großbritannien zu dem Zwecke gründen, die strengeren Vorschriften des niederländischen Rechts hinsichtlich des Mindestkapitals<sup>77</sup> oder die deutschen Mitbestimmungsregeln zu umgehen.<sup>78</sup>

Eine Ausweitung der unternehmensbezogenen Mitbestimmungsregeln auf ausländische Gesellschaften könnte erfolgen, sofern zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dafür sprechen (sog. „immanente Grenze“ der Niederlassungsfreiheit). Daneben müssen drei weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Die nationalen Maßnahmen müssen in nichtdiskri-

minierender Weise angewandt werden, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.<sup>79</sup> Es ist nach der Rechtsprechung des EuGH möglich, dass der Schutz der Arbeitnehmer einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit rechtfertigt.<sup>80</sup> In der Literatur ist daher nun höchst umstritten, ob die Arbeitnehmerinteressen als zwingender Grund des Allgemeininteresses für das Bestehen der unternehmensbezogenen Mitbestimmung anzusehen sind: Die wohl überwiegende Ansicht verneint dies mit der Folge, dass der deutsche Gesetzgeber gehindert ist, ausländische Gesellschaften de lege ferenda den deutschen Mitbestimmungsregeln zu unterwerfen.<sup>81</sup>

Die unternehmensbezogene Mitbestimmung wurde 1976 aus drei Gründen geschaffen: Unternehmerische Entscheidungen sollen demokratisch legitimiert und kontrolliert werden („Demokratisierung“), die Arbeitnehmer sollen mitentscheiden dürfen, da sie von den unternehmerischen Entscheidungen direkt betroffen sind („Selbstbestimmung“) und die wirtschaftliche und politische Macht des Eigentums an Produktionsmitteln soll gebunden werden („Machtkontrolle“).<sup>82</sup>

Dass die Mitbestimmung ein vom Europarecht anerkanntes Allgemeininteresse darstellt, ergibt sich beispielsweise aus Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV, wonach die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auch im Bereich der Mitbestimmung ergänzen soll, obwohl bisher von dieser Gesetzgebungskompetenz noch nicht Gebrauch gemacht wurde.<sup>83</sup> Allerdings ergibt sich daraus nur, dass die Mitbestimmung als ein Allgemeininteresse dem AEUV bekannt ist, nicht aber, ob es sich um ein solches von besonderer Bedeutung („zwingende Gründe“) handelt.

Gegen die Anerkennung des von der Mitbestimmung bezweckten Arbeitnehmerschutzes als zwingendes Allgemeininteresses spricht, dass eine europäische Angleichung der Mitbestimmungsregeln bislang angesichts der unterschiedlichen Auffassung der Mitgliedstaaten nicht stattgefunden hat, einige Staaten – wie z.B. Großbritannien, Spanien und Portugal – gänzlich auf solche Regelungen verzichteten<sup>84</sup> und Deutschland im Hinblick auf Qualität und Umfang der Mitbestimmung in Europa eine Alleinstellung

<sup>73</sup> EuGH – Centros – a.a.O., Rdn. 34; EuGH – Inspire Art – a.a.O., Rdn. 133.

<sup>74</sup> EuGH – Überseering – NJW 2002, 3614 = AG 2003, 37 Rdn. 89, 92; vgl. dazu auch Schwark, AG 2004, 173, 178.

<sup>75</sup> Hammen, WM 1999, 2487, 2495; Sandrock, AG 2004, 57, 66; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 18; Windbichler/Bachmann, in: Festschrift für Bezzenberger, 200, S. 797, 803; Zimmer, BB 2000, 1361, 1365; Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 668, wonach die Rechtfertigung jedenfalls an der Erforderlichkeit scheitert; mit ähnlicher Argumentation auch Schwark, AG 2004, 173, 178; a.A. Bayer, BB 2003, 2357, 2365; Kieninger, ZGR 1999, 724, 744 ff; Kindler, NJW 2003, 1073, 1079; Thüsing, ZIP 2004, 381 ff.

<sup>76</sup> Vgl. Junker, NJW 2004, 728.

<sup>77</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 386 f.

<sup>78</sup> Vgl. Schwark, AG 2004, 173. Eine Übersicht über die Mitbestimmungsregeln in den Mitgliedstaaten der EU findet sich bei Köstler/Büggel, The European Company and the Company Law and existing legislative provision for employee participation in the EU member states, Report der Hans Böckler Stiftung, Brüssel, 2003, S. 70 ff.

<sup>73</sup> EuGH – Überseering – NZG 2002, 1164.

<sup>74</sup> EuGH – Centros – NJW 1999, 2027 Rdn. 24, 34; Sandrock, AG 2004, 57, 65 f.

<sup>75</sup> Näher dazu Sandrock, AG 2004, 57, 65.

<sup>76</sup> EuGH – Centros – NJW 1999, 2027 = AG 1999, 226 Rdn. 26 f.

<sup>77</sup> EuGH – Inspire Art – AG 2003, 680 = GmbHR 2003, 1260 Rdn. 98.

<sup>78</sup> Näher dazu Sandrock, AG 2004, 57, 65; Schwark, AG 2004, 173, 178.

zukommt.<sup>85</sup> Dem wird entgegengehalten, dass die Anerkennung eines Allgemeininteresses durch die EU nicht davon abhängen könne, inwieweit die einzelnen Mitgliedstaaten den Schutz eines Allgemeininteresses bisher schützen.<sup>86</sup> Dieser Einwand erscheint zwar in gewisser Hinsicht berechtigt, da es denkbar ist, dass Großbritannien ein schutzwürdiges Interesse der Arbeitnehmer, im Unternehmen mitzubestimmen, gänzlich vernachlässigt. Allerdings ergibt sich daraus zumindest, dass die meisten Mitgliedstaaten den Schutz der Arbeitnehmer durch Mitbestimmung als nicht in diesem Maße zwingend ansehen. Im übrigen ist bislang nicht überzeugend begründet, dass eine so umfangreiche Mitbestimmung wie in Deutschland „erforderlich“ ist.

Hinzu kommt, dass die Drittelmitbestimmung nur in Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten und die quasiparitätische Mitbestimmung nur in Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten und damit nur partiell gewährleistet wird. Die Gesamtzahl der Unternehmen in Deutschland wird für das Jahr 2004 mit knapp über 2.953.000 angegeben.<sup>87</sup> Die Gesamtzahl der mitbestimmten Unternehmen wird - wie eingangs dargelegt - auf etwa 2.200 geschätzt. Die Zahl der mitbestimmten Unternehmen liegt in Deutschland mithin deutlich unter 1 %. Daraus wird gefolgert, dass die zu schützenden nationalen Gründe des Gemeinwohls so gewichtig nicht sein können.<sup>88</sup>

Darüber werden Bedenken gegen die Eignung der unternehmerischen Mitbestimmung zur effektiven Kontrolle des Vorstands durch den Aufsichtsrat geäußert. In der Praxis habe sich beispielsweise gezeigt, dass im Aufsichtsrat bestimmte wichtige Fragen ungern im Beisein der Arbeitnehmer diskutiert werden.<sup>89</sup> Dem widerspricht die Gegenansicht mit dem Hinweis darauf, dass sich aus der Gesetzgebungskompetenz des Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV ergebe, dass das Europarecht die Mitbestimmung als grundsätzlich geeignet ansehe.<sup>90</sup> Dies wird von anderen wiederum als ein schwaches Gegenargument angesehen, da erstens von dieser Gesetzgebungskompetenz noch nicht Gebrauch gemacht wurde (s.o.) und zweitens aus der Gesetzgebungskompetenz der EU keinerlei Rückschlüsse auf die Geeignetheit der deutschen Mitbestimmungsregeln in ihrer konkreten Form gezogen werden könne. Überdies lasse sich aus dem Kriterium Erforderlichkeit ableiten,

dass einer Verhandlungslösung als dem milderen Mittel der Vorrang vor einer zwingenden Lösung gebühre.<sup>91</sup> Hier sei zu bedenken, dass auf EU-rechtlicher Ebene inzwischen das Modell der Mitbestimmung auf Vereinbarungsgrundlage im Vordringen begriffen sei, so etwa beim Europäischen Betriebsrat nach der EBR-Richtlinie sowie beim Mitbestimmungsregime sowohl der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE) als auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Sei auf diese Weise die Unternehmensmitbestimmung auch nach deutschem Recht, das zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergangen sei,<sup>92</sup> in erheblichem Umfang Verhandlungssache, könne nicht mehr argumentiert werden, dass zur effektiven Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen allein ein gesetzlich zwingende Modell geeignet und erforderlich sei.

Im Übrigen dürfe ein nationales Mitbestimmungsrecht nur eingreifen, wenn die Auslandsgesellschaft nicht bereits kraft ihres Gründungsrechts einem vergleichbaren Mitbestimmungsstandard unterliege.<sup>93</sup> Hier nun ergibt sich für die Befürworter eines Erstreckungsgesetzes ein argumentatives Dilemma. Wer, wie etwa die Gewerkschaften sowie ihnen nahe stehende Institutionen<sup>94</sup> und Autoren<sup>95</sup> den Standpunkt vertritt, die deutsche unternehmerische Mitbestimmung sei keineswegs in ihrem Umfang und in ihrer Qualität einzigartig, sondern bewege sich in einem größeren Feld vergleichbarer nationaler Modelle, der müsste hier konsequenterweise zu dem Schluss kommen, dass eine Erstreckung im Falle von ausländischen Gesellschaften aus jenen EU-Mitgliedstaaten am Kriterium der Erforderlichkeit scheitere.

Des weiteren führt die überwiegende Ansicht an, dass die Mitbestimmung zunehmend als Hindernis für das Zusammenwachsen internationaler Unternehmen und als Standortnachteil für Deutschland empfunden wird, da ausländische Investoren deutschen Unternehmen wegen der unbekanntenen Mitbestimmung misstrauten.<sup>96</sup> Dieser Umstand spricht zwar nicht gegen die Bedeutung der Mitbestimmung als Mittel des Arbeitnehmerschutzes. Er kann aber wohl im Rahmen der Prüfung der „Erforderlichkeit“ mitberücksichtigt werden.

Aus diesen Gründen geht die wohl überwiegende Ansicht davon aus, dass die Ausweitung der deutschen Mitbestimmungsregeln einen nicht gerechtfertigten

<sup>85</sup> Deutschland ist der einzige Mitgliedstaat, indem eine Parität von Arbeitnehmern und Anteilseignern vorgesehen ist, vgl. Schwark, AG 2004, 117; vgl. dazu auch Horn, NJW 2004, 893, 900; Zimmer, BB 2000, 1361, 1365.

<sup>86</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 386.

<sup>87</sup> Angaben nach <http://de.wikipedia.org/wiki/Unternehmen>.

<sup>88</sup> Eidenmüller, ZIP 2002, 2232, 2242; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 17; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1917; a.A. Thüsing, ZIP 2004, 381, 386.

<sup>89</sup> Veit/Wichert, AG 2004, 14, 18; näher zu den Mängeln der deutschen Mitbestimmungsregeln auch Sandrock, AG 2004, 57, 60 f.; von betriebswirtschaftlicher Seite wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Aufsichtsratsmitglieder häufig nicht ausreichend qualifiziert und zu sehr an Partikularinteressen orientiert seien, um die dem Aufsichtsrat zugewiesene Überwachungsaufgabe effizient wahrzunehmen, vgl. von Werder, AG 2004, 166 ff. und 171; BDA/BDI, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004; Berliner Netzwerk Corporate Governance.

<sup>90</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 386 f.; siehe dazu bereits oben bei Fn 19; ebenso wohl Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>91</sup> Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006, B 109; a.A. Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>92</sup> Wißmann, in: Fitting/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2008, Vorbemerkung Rdnr. 63.

<sup>93</sup> Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006, B 109.

<sup>94</sup> Friedrich-Ebert-Stiftung, Perspektiven der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, April 2011, 1.

<sup>95</sup> Sick/Pütz, Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 01/2011, 34-40; Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>96</sup> Horn, NJW 2004, 893, 900; Kirchner, AG 2004, 197; Sandrock, AG 2004, 57, 61; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 17 mwN.



tigten Eingriff in die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) darstellen würde.<sup>97</sup>

#### d) Praktische Hindernisse für eine Ausweitung der Mitbestimmung

Eine Ausweitung der Mitbestimmungsregeln auf ausländische Gesellschaften durch den deutschen Gesetzgeber stehen aber nicht nur diese rechtlichen Hindernisse entgegen, sondern es bestehen auch praktische Hindernisse.

Es würde zunächst rein rechtstechnisch nicht einfach sein, für ausländischen Gesellschaften – insbesondere da diese in der Regel monistisch strukturiert sind, d.h. keinen Aufsichtsrat haben – eine Unternehmensmitbestimmung nach deutschem – dualistischem – Vorbild einzuführen<sup>98</sup>. Ausgeschlossen ist jedenfalls, eine ausländische Gesellschaft zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten zu verpflichten, eine deutsche Tochtergesellschaft zu gründen<sup>99</sup>; denn dies würde wiederum der Rechtsprechung des EuGH in den eingangs genannten Entscheidungen zuwiderlaufen und gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV verstoßen<sup>100</sup>. Die Mitbestimmung könnte aber möglicherweise innerhalb des einen Leitungsorganes durch eine Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern realisiert werden<sup>101</sup>. Außerdem wird vorgeschlagen, dieses Problem ähnlich wie bei der GmbH zu lösen, bei der im Fall der Überschreitung der Schwellenwerte ein Aufsichtsrat zu bilden ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 6 MitbestG).<sup>102</sup> Die letztgenannte Gestaltung erscheint aber unpraktikabel, weil das anwendbare Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates in aller Regel keine Vorschriften bereit hält, die dem Aufsichtsrat Kontrollbefugnisse einräumen, so dass dann deutsches und ausländisches Organisationsrecht nebeneinander anzuwenden wäre.

Es kommt ein noch weitaus grundsätzlicherer Einwand hinzu. Die Kontrolle und Überwachung des Managements findet in jenen Ländern, die dem monistischen Modell folgen, durch alternative Instrumente und Institutionen statt, etwa durch eine vergleichsweise aktivere Hauptversammlung, durch institutionelle Investoren, durch den Kapitalmarkt,

durch eine behördliche Kapitalmarktaufsicht oder durch prozessuale Vorkehrungen. Zudem ist die betriebliche Mitbestimmung in vielen dieser Länder in anderer Weise aufgebaut und ausgestaltet. Die Einpflanzung eines deutschen mitbestimmten Aufsichtsrats liefe Gefahr, dieses austarierte System des Interessenschutzes empfindlich zu stören.<sup>103</sup> Insbesondere bestände die Gefahr, dass ausländische Gesellschaften, die mit dem mitbestimmten Aufsichtsrat des deutschen Rechts belastet würden, gegenüber deutschen Gesellschaften schlechter gestellt würden. Die "resultierenden Folgeprobleme eines mitbestimmungsrechtlichen Implantats"<sup>104</sup> beschränken sich mithin keineswegs auf die technische Umsetzung, sondern reichen weit in materielle und Wertungsfragen hinein.

#### e) Ergebnis

Dem deutschen Gesetzgeber dürfte es daher nicht möglich sein, die deutschen Mitbestimmungsregeln auf Gesellschaften, die nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründet worden sind, die aber ihren Verwaltungssitz und ihren Geschäftsbetrieb in Deutschland haben, auszuweiten.

### 2. Wie verhält es sich mit EU-Gesellschaften, die in Deutschland eine Zweigniederlassung haben?

Die bisherige Diskussion zur Abwendung der Gefahr einer Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung wurde in Bezug auf sogenannte Scheinauslandsgesellschaften geführt. Dabei handelt es sich bekanntlich um Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet wurden, die aber ihren Verwaltungssitz im Inland haben und ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen auf das Inland beschränken oder doch konzentrieren. Eine ausländische Gesellschaft, die im Inland über eine Zweigniederlassung verfügt, ist keine Scheinauslandsgesellschaft. Insofern begegnet sie nicht den Bedenken, denen eine Scheinauslandsgesellschaft begegnet.

Wollte man hingegen alle Gesellschaften, die eine Zweigniederlassung in Deutschland haben, allein aus diesem Grund zwingen, einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden, wäre dies in Bezug auf Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten ein eindeutiger Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Darüber hinaus würde ein organisationsrechtlicher Eingriff in solchen Fällen auch aus der Sicht des Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts höchst problematisch, weil dem deutschen Gesetzgeber insoweit eine aner kennenswerte Gesetzgebungskompetenz fehlt, da insoweit das Territorialitätsprinzip gilt, das die Gesetzgebungsgewalt gegenüber ausländischen

<sup>97</sup> Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 MitbestG Rdnr. 9; Binz/Mayer, GmbHR 2003, 249, 257; Eidenmüller, ZIP 2003, 2233, 2242; Forstthoff, DB 2002, 2471, 2477; Kallmeyer, DB 2002, 2521, 2522; Müller-Bonani, GmbHR 2003, 1235, 1237; Ulmer, JZ 1999, 662, 663; Paefgen, DB 2003, 487, 491; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918; a.A. Kindler, NJW 2003, 1073, 1078.

<sup>98</sup> Nur das deutsche und das niederländische Gesellschaftsrecht kennen eine Trennung von Leitungs- und Aufsichtsorgan, während die übrigen Mitgliedstaaten ein einheitliches Verwaltungsorgan vorsehen, vgl. Veit/Wichert, AG 2004, 14, 18 mwN.

<sup>99</sup> So der Vorschlag von Roth, IPRax 2003, 117, 125; vgl. auch Zimmer, BB 2003, 1, 6 f.

<sup>100</sup> Hammen, WM 1999, 2487, 2493; Junker, NJW 2004, 728, 729; Ulmer, JZ 1999, 662, 663.

<sup>101</sup> Vgl. Thüsing, ZIP 2004, 381, 383; Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 160. Dem liegt zugrunde, dass gegen eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern an der Unternehmensleitung nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, sondern ihnen in der Regel auch die Fachkompetenz fehlen wird, vgl. Schwark, AG 2004, 173, 176 mwN.

<sup>102</sup> Thüsing, ZIP 2004, 381, 383; diese Möglichkeit erwähnt auch Zimmer, BB 2000, 1361, 1365; ebenso Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>103</sup> Dagegen läßt sich entgegen Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542 nicht einwenden, dass unternehmerische Mitbestimmung weit über die betriebliche Mitbestimmung hinausgeht. Denn eine betriebliche Mitbestimmung in einer Unternehmensverfassung, die keine unternehmerische Mitbestimmung kennt, wird notwendigerweise anders konzipiert sein und anders wirken und daher Gefahr laufen, in Zusammenwirkung mit einer aufgepöppelten unternehmerischen Mitbestimmung Dysfunktionalitäten auszulösen bzw. zu einer stärkeren Belastung als eine kombinierte betrieblich/unternehmerische Mitbestimmung nach deutschem Modell führen.

<sup>104</sup> Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland auf das inländische Territorium beschränkt.<sup>105</sup>

### 3. Wie verhält es sich mit Kommanditgesellschaften, die einen Komplementär haben, der im EU-Ausland sitzt?

Die unternehmerische Mitbestimmung ist nach geltendem Recht auf bestimmte Kapitalgesellschaftsformen beschränkt (§ 1 MitbestG). Die Kommanditgesellschaft ist hingegen eine Personengesellschaft, die dem MitbestG nicht unterliegt, und zwar gleichviel, wie viele Beschäftigte sie hat.<sup>106</sup> Vorgesehen ist lediglich, dass bei der Kapitalgesellschaft und Co. KG eine Zurechnung der Beschäftigten der Kommanditgesellschaft zur Kapitalgesellschaft erfolgt, sofern die besonderen Voraussetzungen nach § 4 MitbestG erfüllt sind. Eine Erstreckung der unternehmerischen Mitbestimmung auf Personengesellschaftsformen ist bislang nicht ernsthaft diskutiert worden, weil insofern ganz offensichtlich kein Raum und auch kein Bedarf gesehen wurde. Und es ist auch nicht ersichtlich, warum etwas Abweichendes für Kommanditgesellschaften mit einem ausländischen Komplementär gelten soll. Der Vorschlag des SPD-Antrags steht in der Diskussion mithin isoliert da.

### 4. Wie verhält es sich bei den Fragen 1. bis 3., wenn die Gesellschaft nach US-amerikanischem Recht gegründet ist (Frage 1) bzw. wenn die Gesellschaft, deren Zweigniederlassung in Deutschland liegt, nach US-Recht gegründet ist bzw. wenn es sich bei dem Komplementär um eine US-amerikanische Gesellschaft handelt (Frage 3)?

Im Verhältnis Deutschlands zu den USA gilt für die Anerkennung von Gesellschaften Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags vom 29. Oktober 1954.<sup>107</sup> Danach gilt insoweit die Gründungstheorie: Gesellschaften, die nach dem Recht des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteils. Dies gilt auch für die Organisationsverfassung und mithin auch für die Frage der unternehmerischen Mitbestimmung. Daraus folgt nach herrschender Auffassung, dass Gesellschaften, die nach US-amerikanischem Recht gegründet sind, aber in Deutschland ihren Verwaltungssitz und ihren Geschäftsbetrieb haben, in Deutschland anzuerkennen sind und nicht der unternehmerischen Mitbestimmung unterworfen werden dürfen.<sup>108</sup> Der Unterschied zu den Scheinauslandsgesellschaften innerhalb der EU liegt nun darin, dass hier die Rechtsprechung des EuGH, nach der unter gewissen engen Voraussetzungen eine Erstreckung der Mitbestimmung zulässig ist, keine Anwendung findet. Das bedeutet, dass eine Erstreckung ohne Weiteres einen Verstoß gegen das Freundschaftsabkommen darstellen würde und dass mithin eine Erstreckung nur im Wege der Änderung des Abkommens möglich wäre.

<sup>105</sup> Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 MitbestG Rdnr. 7 mwN.

<sup>106</sup> Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 MitbestG Rdnr. 3.

<sup>107</sup> BGBl. 1956 II 487.

<sup>108</sup> Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 MitbestG Rdnr. 10.

Der im Schrifttum vereinzelt geäußerte Gedanke, der dem Abkommen zugrunde liegende Gedanke der Inländergleichbehandlung gestatte gerade, US-amerikanische Gesellschaften wie deutsche Gesellschaften der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung zu unterwerfen,<sup>109</sup> geht fehl. Inländergleichbehandlung bedeutet, dass die US-amerikanische Corporation so, wie sie nach US-Recht gegründet ist, also ohne unternehmerische Mitbestimmung, der deutschen Gesellschaft, gleichviel ob mitbestimmt oder nicht, gleich zu stellen. Auch der Hinweis auf den Zwang zur Einführung eines Prüfungsausschusses (audit committee) nach dem Sarbanes-Oxley Act führt nicht weiter,<sup>110</sup> weil er übersieht, dass der Prüfungsausschuss unproblematisch ohne nennenswerte Friktionen in deutsche Kapitalgesellschaftsverfassung eingefügt werden kann, dass er daher optional nach deutschem Recht seit langem existiert und zum festen Repertoire der Strukturelemente deutscher Publikums-Kapitalgesellschaften zählt, während ein mitbestimmter Aufsichtsrat im US-amerikanischen Corporation Law ein vollkommener Fremdkörper ist.

### 5. Ist es rechtlich zulässig, die Schwellenwerte für das MitbestG auf 1.000 und für das DrittelbG auf 250 Beschäftigte herabzusetzen?

Diese Frage stellt sich unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Sie ist nicht einfach zu beantworten, da sich das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil von 1979 nicht explizit zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Schwellenwerthöhe geäußert hat.<sup>111</sup> Allerdings ist der Entscheidung die Grundtendenz zu entnehmen, dass das Mitbestimmungsgesetz die unternehmerische Mitbestimmung in einer Weise ausgestaltet, die es unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie der Anteilseigner (Art. 14 Grundgesetz), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Art. 1 Grundgesetz), der Berufsfreiheit (Art. 12 Grundgesetz) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz) und dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz) als "noch" mit der Verfassung vereinbar ansieht. Daraus wird man schließen können, dass substantielle Verschärfungen der Unternehmensmitbestimmung im Einzelfall verfassungsrechtlich bedenklich sein könnten. Zwar wird man in einer Halbierung der Schwellenwerte für das MitbestG und das DrittelbG eine solche substantielle Verschärfung sehen können. Doch gälte eine solche Verschärfung nicht zulasten solcher Anteilseigner, deren Anteilsrecht bereits von der Mitbestimmung betroffen ist, sondern sie träfe Anteilseigner in Gesellschaften, die bislang nicht von der Mitbestimmung betroffen waren. Das nun die Ausweitung der Mitbestimmung auf die Rechtsträger kleinerer Unternehmen diese und ihre Anteilseigner in einer verfassungsrechtlich bedenklichen Weise belaste oder dass diese Ausdehnung grundsätzlich bzw. systematisch den substantiellen Bestand dessen, was in seiner Gesamtheit den Wert der Beteiligung an einem Unternehmens-träger ausmacht, stärker als bei größeren Unternehmensträgern und damit verfassungsrechtlich rele-

<sup>109</sup> So Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>110</sup> So wiederum Weiss/Seiffert, ZGR 2009, 542.

<sup>111</sup> BVerfG NJW 1979, 699.

vant beeinträchtigen würde,<sup>112</sup> lässt sich abstrakt nicht sagen.

Zu berücksichtigen ist hier ferner, dass für die Schwelle der quasi-paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 in der Vorbereitung des MitbestG die Sachverständigenkommission der Bundesregierung in der Tat die Schwelle von 1.000 Arbeitnehmern diskutiert hat und dass sich ein Teil der Kommission schließlich für diese niedrigere Schwelle aussprach, wenngleich sich schließlich die Schwelle von 2.000 durchzusetzen vermochte.<sup>113</sup> Jedenfalls unter verfassungsrechtlichem Gesichtspunkt erscheint eine Halbierung der Schwellenwerte daher nicht bedenklich.

**6. Ist es zulässig, die quasi-paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 durch eine "echte" paritätische Mitbestimmung mit einer neutralen Person im Aufsichtsrat und gleichzeitiger Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden zu ersetzen?**

Hiergegen bestehen hingegen durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken. Das BVerfG hat in seinem bereits zitierten Mitbestimmungsurteil von 1979<sup>114</sup> ausgeführt, dass trotz der gleichen Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem MitbestG keine eigentliche Parität besteht. Zwar lassen die Regelungen der §§ 29 und 31 MitbestG erkennen, dass bei allen Abstimmungen im Aufsichtsrat zunächst eine - zumindest teilweise - Einigung zwischen den Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer erzielt werden soll. Doch vermag im Konfliktfall diejenige Seite den ausschlaggebenden Einfluss auszuüben, die den Aufsichtsratsvorsitzenden stellt und damit dessen Zweitstimme nutzen kann (§ 29 Abs. 2, § 31 Abs. 4 MitbestG). Dieses Übergewicht ist auf Grund des in § 27 MitbestG vorgeschriebenen Verfahrens über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden den Anteilseignern eingeräumt, sofern deren Aufsichtsratsmitglieder von den ihnen gesetzlich zustehenden Möglichkeiten zur Durchsetzung ihres Willens Gebrauch machen. Das Übergewicht, welches das Gesetz der Anteilseignerseite einräumt, kann im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten wenn nicht verstärkt, so doch abgesichert werden. Darüber hinaus begünstigen die Vorschriften über die Zusammensetzung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat (§ 7 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MitbestG) und über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder einerseits der Anteilseigner (§ 8 MitbestG in Verbindung mit §§ 133 ff. Aktiengesetz), andererseits der Arbeitnehmer (§§ 9 ff. MitbestG) tendenziell ein geschlosseneres Abstimmungsverhalten und damit stärkere Durchsetzungsmöglichkeiten der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat.

Auf beim faktischen Konzern sieht das BVerfG zwar die Durchsetzung des Konzernwillens durch die

Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen als möglicherweise erschwert. Rechtlich kann aber die Konzernleitung den Konzernwillen notfalls mit Hilfe der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden des abhängigen Unternehmens durchsetzen.

Bei alledem betont das BVerfG die besondere Bedeutung des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit. So hat die paritätische Mitbestimmung in diesem Bereich nicht zur Funktionsunfähigkeit der Unternehmen geführt. Wenn das Mitbestimmungsgesetz mit der Zweitstimme des Vorsitzenden jedenfalls im Regelfall sogar ein leichtes Übergewicht der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat vorsieht, muss deshalb nach Auffassung des BVerfG die Annahme vertretbar erscheinen, dass seine Regelungen nicht zur Funktionsunfähigkeit der erfassten Unternehmen führen werden.

Dies führt zu dem Schluss, dass ein Verzicht auf das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden außerhalb des ganz engen und infolge der spezifischen Situation in der Montanindustrie<sup>115</sup> nicht analogisierbaren Geltungsbereichs der vollparitätischen Mitbestimmung nach dem Montan-MitbestG verfassungsrechtlich unzulässig wäre.

**IV. Gesamtergebnis**

1. Es wäre unzulässig, Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet sind, die aber ihren Verwaltungssitz und ihren Geschäftsbetrieb in Deutschland haben, im Wege eines Erstreckungsgesetzes der deutschen Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG zu unterwerfen.
2. Ebenso wäre es unzulässig, eine ausländische Gesellschaft, die eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhält, allein aus diesem Grund der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG zu unterwerfen.
3. Unzulässig wäre es ferner, eine deutsche Kommanditgesellschaft, die über einen ausländischen Komplementär verfügt, allein deswegen der Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG zu unterwerfen.
4. Gesellschaften, die nach US-amerikanischem Recht gegründet sind, aber in Deutschland ihren Verwaltungssitz und ihren Geschäftsbetrieb haben, sind in Deutschland ohne weiteres anzuerkennen und dürfen nicht der Unternehmensmitbestimmung unterworfen werden.
5. Jedenfalls unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten begegnet eine Halbierung der Schwellenwerte von 2.000 Arbeitnehmern für die quasi-paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG und von 500 Arbeitnehmern für die Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG keinen durchgreifenden Bedenken.
6. Ein Verzicht auf das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden außerhalb des ganz engen und infolge der spezifischen Situation in der

<sup>112</sup> So die Diskussion bei Einführung des MitbestG 1976, siehe Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, 1978, Einleitung Rdnr. 54.

<sup>113</sup> Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, 1978, Einleitung Rdnr. 42.

<sup>114</sup> BVerfG NJW 1979, 699.

<sup>115</sup> Seibt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 Montan-MitbestG Rdnr. 2.

Montanindustrie nicht analogisierbaren Geltungsbereichs der voll-paritätischen Mitbestimmung nach dem Montan-MitbestG wäre verfassungsrechtlich unzulässig.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)525**

5. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf**

**I. Grundsätzliche Anmerkungen**

Während der letzten Wirtschaftskrise hat das deutsche Modell der Mitbestimmung mit Aufsichtsrat und Betriebsrat einmal mehr seine Vorteile bewiesen und zu einer sozialpartnerschaftlichen Krisenbewältigung beigetragen. Die Auslöser der Krise werden dagegen unter anderem in allzu kurzfristiger Renditeorientierung und der dadurch verursachten Bereitschaft übergroße Risiken einzugehen, gesehen. Internationale Konkurrenz um Kapital, ehrgeizige Renditeforderungen von Finanzinvestoren und ein Abbau strategischer Unternehmensbeteiligungen zugunsten reiner Finanzanlagen ergänzt durch eine kapitalmarktorientierte Gesetzgebung, haben in vielen Kapitalgesellschaften zu einer einseitigen Ausrichtung am Shareholder Value auf Kosten von Arbeitnehmerinteressen geführt.<sup>116</sup> Dieser Fokus wird dem Interessen- und Risikogeflecht des Unternehmens als ein sozialer Verbund nicht gerecht und widerspricht dem Ziel einer nachhaltigen Unternehmensführung. Die Verengung auf die Interessen der Anteilseigner ist schon allein wegen der zunehmenden Bedeutung der Humanressourcen in der Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft nicht zeitgemäß. Nach dem Aktienrecht sind Vorstand und Geschäftsführung eigentlich seit jeher

<sup>116</sup> Spindler, Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Oktober 2008, abrufbar unter [http://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_gutachten\\_spindler\\_2008.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gutachten_spindler_2008.pdf).

zu einer Unternehmensführung verpflichtet, die gleichberechtigt neben den Interessen der Anteilseigner die Anliegen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit berücksichtigt.<sup>117</sup> Ein Resultat der Finanzkrise war immerhin, dass auch der Deutsche Corporate Governance Kodex das pluralistische Unternehmensinteresse als Leitungsmaxime im Gegensatz zu einseitiger Shareholder-Value-Maximierung bestätigt hat. So heißt es in der Präambel:

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

Und Ziff. 4.1.1 lautet:

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

Ein zentrales Korrektiv gegen einseitige Shareholder-Value-Maximierung und für eine nachhaltige Unternehmensführung ist die Stärkung der Mitbestimmung. Denn die Arbeitnehmer haben ein essentielles Interesse am langfristigen Bestand des Unternehmens und dessen Arbeitsplätzen und

<sup>117</sup> Spindler, Fn.1.

können somit ein Korrektiv zu allzu kurzfristiger Renditeorientierung bilden.<sup>118</sup> Die betrieblichen Arbeitnehmervertreter kennen insbesondere die unternehmensinternen Abläufe (internes Organisationswissen) und bringen so betriebsinternes Know-How in den Aufsichtsrat ein. Die Gewerkschaftsvertreter ergänzen dies sinnvoll durch einen überbetrieblichen Blickwinkel und bringen wertvolle Branchenkenntnisse ein.<sup>119</sup> So tragen Arbeitnehmervertreter nicht zuletzt maßgeblich zu einer für die gute Corporate Governance notwendigen Diversität im Aufsichtsrat bei (vgl. Ziff. 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex). Nicht zuletzt aus diesem Grund führte *Blackstone*-Geschäftsführer *Studzinski* beim *Weltwirtschaftsforum in Davos 2011* die aktuelle Stärke der deutschen Wirtschaft gerade auch auf die Arbeitnehmerpräsenz in den Aufsichtsräten großer Unternehmen zurück: „Das ist zwar ungewohnt für Manager, aber es bringt eine Menge neuer Sichtweisen ein“. Offenbar wird Deutschland die Rolle einer Modellökonomie zugeschrieben.<sup>120</sup>

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

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

Inkonsistenzen des historisch gewachsenen Mitbestimmungssystems sollten behoben werden, damit eine einheitliche, widerspruchsfreie Anwendung der Mitbestimmung gewährleistet ist und zugleich Umgehungsmöglichkeiten vermieden werden. Die Europäisierung mit der Zielvorgabe eines gemeinsamen Binnenmarkts (Art. 3 EUV) bietet stetig neue Herausforderungen für die Unternehmensmitbestimmung, weil die AG und die GmbH mit originär europäischen Kapitalgesellschaftsmodellen (SE, SCE, EWIV) und aufgrund der Möglichkeit zur Sitzverlegung mit ausländischen Rechtsformen (Ltd., B.V. etc.) konkurrieren. Mitbestimmungsvermeidung ist zwar kein neues Phänomen. Die Möglichkeiten dazu sind aber durch das europäische Recht vergrößert. **Angesichts dieser veränderten Rahmenbedingungen gilt es das Mitbestimmungssystem national zu schützen und in Europa für generelle Standards der Mitbestimmung einzutreten.**

<sup>118</sup> Horn, Gustav/Kamp, Lothar/Krieger, Alexandra/Joebges, Heike/Sick, Sebastian /Tober, Silke, Gesamtwirtschaftliche Stabilität durch bessere Regulierung - Vorschläge für eine Neuordnung der Finanzmärkte, IMK-Report Nr. 36, März 2009.

<sup>119</sup> Jürgens/Lippert/Gaeth, Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, 2008.

<sup>120</sup> Financial Times vom 27.1.2011, Amerika träumt den German Dream; siehe auch FAZ vom 26.1.2011, Die Amerikaner feiern in Davos die deutsche Mitbestimmung.

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

Nach den Grundsatzentscheidungen des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art ist ein Zuzug von Gesellschaften möglich, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurden. Der EuGH verbietet die sitzrechtliche Anknüpfung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und lässt das ausländische Gesellschaftsrecht des Gründungsstatuts zur Anwendung kommen (Herkunftslandprinzip).<sup>121</sup> Entsprechendes galt für US-amerikanische Kapitalgesellschaften schon seit jeher aufgrund einer im Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA vom 29. Oktober 1954 verankerten Ausnahme (Art XXV Abs. 5 Satz 2).<sup>122</sup>

Die Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH für die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat sind rechtlich umstritten. Zwar sprechen gewichtige Argumente für eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf die beschriebenen Scheinauslandsgesellschaften, war es doch Zweck des auf deutsche Gesellschaften begrenzten Wortlauts, nur Unternehmen mit tatsächlichem Sitz im Ausland von der Mitbestimmung auszunehmen.<sup>123</sup> Die herrschende Ansicht lehnt jedoch eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf Scheinauslandsgesellschaften ab, weil der Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze nur deutsche Unternehmensformen enumerativ einbeziehe. Daher findet in der Praxis die Mitbestimmung im Aufsichtsrat auf ausländische Rechtsformen keine Anwendung.

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

**Seit 2006 (im Rahmen der Biedenkopf-Kommission) bis Oktober 2010 ist die Anzahl der Unternehmen, die aufgrund der Wahl einer Konstruktion mit ausländischer Rechtsform aus dem Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung herausfallen, obwohl sie mehr als 500 und teilweise bis zu 15.000 Arbeitnehmer innerhalb Deutschlands beschäftigen, von 17 auf 43**

<sup>121</sup> EuGH vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (Centros); EuGH vom 5.11.2002, RS. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Überseering); EuGH vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331 (Inspire Art); ebenso EuGH vom 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (SEVIC Systems AG).

<sup>122</sup> BGH, Urteil vom 29.1.2003 - VIII ZR 155/02.

<sup>123</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/4845, S. 4; Bayer, AG 2004, S. 535.

**gestiegen.**<sup>124</sup> Hiervon sind die Arbeitnehmer in- und ausländischer Konzerne wie *Air Berlin*, *UPS* oder *H&M* genauso betroffen wie die von großen deutschen Familienunternehmen wie der Drogerie-marktkette *Müller*. Die Nutzung ausländischer Rechtsformen wird in zwei rechtlichen Konstruktionen relevant: Einerseits geht es um Kapitalgesellschaften ausländischen Rechts, die in Deutschland direkt mittels Zweig- oder Hauptniederlassung tätig werden. Andererseits – und die derzeitige Beratungspraxis scheint diese Gestaltungsweise zu bevorzugen – geht es um deutsche Kommanditgesellschaften, die als persönlich haftenden Gesellschafter eine ausländische Rechtsform nutzen (z. B. Ltd. & Co. KG). Die Zulässigkeit letzteren Modells war schon seit jeher auch bei den Gerichten umstritten,<sup>125</sup> hat aber durch die Rechtsprechung des EuGH neue Bestätigung und Erleichterung gefunden.

Anhand des Beispiels der Tochter des schwedischen Textilhändlers *H&M*, die von einer GmbH zu einer B.V. & Co. KG just zu dem Zeitpunkt wechselte, als die Arbeitnehmer einen mitbestimmten Aufsichtsrat forderten, wird deutlich, dass es Unternehmen gibt, die zielgerichtet Umgehungsstrategien nutzen. Ähnlich verlief die Wahl der Rechtsform einer B.V. & Co. KG bei *Esprit*. Der Vorstandsvorsitzende von *Air Berlin* nannte die Vermeidung der Mitbestimmung offiziell als Grund für die Rechtsform der PLC & Co. KG. Noch augenscheinlicher werden Umgehungstendenzen, wenn die Nutzung ausländischer Rechtsformen offenbar Teil einer breiteren Strategie ist, indem innerhalb von Konzernen bereits Zweit- oder Drittgesellschaften in mitbestimmungsrelevanter Größe mit ausländischer Rechtsform gegründet wurden (so bei *Air Berlin*, *H&M* und *QVC*).<sup>126</sup>

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

**Unabhängig davon, welches die Gründe für die Rechtsformwahl sind, führt dies zu einer Benachteiligung eines großen Teils der Arbeitnehmer in Deutschland, wenn sie in den beschriebenen Fällen anders als Arbeitnehmer in Kapitalgesellschaften deutscher Form keinen Anspruch auf Repräsentation bei unternehmerischen Entscheidungen haben. Ein konsistentes Mitbestimmungsrecht müsste jedoch alle Unternehmen erfassen, die ihren organisatorischen Mittelpunkt in Deutschland haben.**<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Zur gesamten Empirie, zu weiteren betroffenen Unternehmen und zur Gesamtdarstellung siehe Sick/Pütz, Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 1/2011, S. 34. Artikel hier in der Anlage beigelegt.

<sup>125</sup> Gegen die Zulässigkeit der Eintragung einer Ltd. & Co. KG zuletzt: AG Bad Oeynhausen, Beschluß v. 15.3.2005 – 16 AR 15/05, GmbHR 2005, S. 692. Schlichte, DB 2006, S. 87 mit weiteren Nachweisen.

<sup>126</sup> Sick/Pütz, WSI-Mitteilungen 1/2011, S. 34 ff.

<sup>127</sup> Vgl. Teichmann, Verhandelte Mitbestimmung für Auslandsgesellschaften, ZIP 2009, S. 1787.

Wenngleich eine zuweilen behauptete Erosion der Mitbestimmung angesichts von 681 mitbestimmten<sup>128</sup> und ca. 1500 drittelbeteiligten Gesellschaften<sup>129</sup> nicht bestätigt werden kann, verdeutlicht die Zunahme von 17 auf 43 Fälle in nicht einmal fünf Jahren aber die Notwendigkeit, die gesetzliche Lücke zu schließen und für eine konsistente Anwendung des Mitbestimmungssystems zu sorgen und so Rechtssicherheit herzustellen und die Benachteiligung eines Teils der Arbeitnehmer in Deutschland zu beenden.

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

Der deutsche Gesetzgeber kann mit der **herrschenden Meinung** des rechtswissenschaftlichen Schrifttums ausländische Kapitalgesellschaftsformen in das deutsche Mitbestimmungsmodell ohne Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit gesetzlich einbeziehen, soweit die Anwendung der Regelungen in nicht diskriminierender Weise erfolgt, sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sind und sie zur Erreichung des Ziels eines Schutzes der gesetzlichen Mitbestimmungsordnung vor einer Umgehung geeignet und erforderlich sind (Gebhard-Formel).<sup>130</sup> Eine solche gesetzliche Ausgestaltung erscheint möglich, jedenfalls wenn sie diejenigen Unternehmen einbezieht, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben. Der EuGH nennt den Schutz der Arbeitnehmer als möglichen zwingenden Grund des Allgemeinwohls.<sup>131</sup> Indem das Europarecht die Mitbestimmung auf der Ebene des Primärrechts (Art. 153 Abs. 1 f. AEUV = Art. 137 Abs. 1 f. a.F. EG) sowie des Sekundärrechts (Richtlinien zu SE, SCE, grenzüberschreitende Verschmelzung) einbezieht, bestätigt aber schon der EU-Gesetzgeber selbst die Unternehmensmitbestimmung als ein zwingendes Allgemeininteresse, das die Niederlassungsfreiheit einschränken kann. Dass zugleich die betriebliche Mitbestimmung eine andere Funktion hat und so die Beteiligung an Entscheidungen im Aufsichtsrat nicht ersetzen kann, liegt auf der Hand. Die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung konstatierten somit auch in ihrem Votum 2006: „*Sie sind allerdings – in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum –*

<sup>128</sup> Ehrenstein, Die Mitbestimmung 5/2011, S. 61.

<sup>129</sup> Bayer, Drittelbeteiligung in Deutschland, 2009, abrufbar unter: [http://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_drittelbeteiligung.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mbf_drittelbeteiligung.pdf).

<sup>130</sup> EuGH vom 30.11.1995 – Rs. C – 55/94, Slg. 1995, I – 4165 (Gebhard), Rz. 37.

<sup>131</sup> EuGH vom 5.11.2002, RS. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Überseering), Rz. 92.

überzeugt, dass der deutsche Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich nicht daran gehindert ist, solche Unternehmen jedenfalls dann der Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sich ihre betriebliche Organisation einschließlich Arbeitnehmer im Wesentlichen im Inland befindet und diese Arbeitnehmer nicht nach dem Recht des Gründungsstaats ein Mitbestimmungsrecht haben.“<sup>132</sup>

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang erscheint auch, dass bereits 2003 die von der EU-Kommission eingesetzte High Level Group of Company Law Experts sich dafür ausgesprochen hat, Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland der hiesigen Unternehmensmitbestimmung zu unterwerfen.<sup>133</sup>

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

Dass eine **Umsetzung einer solchen Mitbestimmungserstreckung auf ausländische Kapitalgesellschaftsformen auch praktisch möglich ist** und auch bei monistischen Gesellschaftsformen wie der britischen Limited ohne Aufsichtsrat funktionieren kann, indem eine Differenzierung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren erfolgt, zeigt schon die erfolgreiche Integration der Mitbestimmung in die monistische SE. Diese Konstruktion findet bei der *Puma SE* nunmehr ihren ersten Anwendungsfall. Eine weitere mögliche Variante bietet die Verankerung einer Pflicht auch für monistisch strukturierte ausländische Gesellschaften, einen Aufsichtsrat entsprechend der Vorschriften des Aktiengesetzes einzurichten – wie dies im Übrigen auch bei der GmbH (Aufsichtsratspflicht ab 500

Arbeitnehmer) bekannt ist. Möglich wäre es auch, den betroffenen Unternehmen ein Wahlrecht zwischen den beiden Lösungsmodellen einzuräumen. Verwiesen werden kann an dieser Stelle auf die ausführliche Erörterung des Themas bei Weiß/Seifert sowie bei Bayer.<sup>134</sup>

Sinnvoll wäre es, im Zuge einer solchen Regelung den **im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern** des Unternehmens jedenfalls das passive Wahlrecht zum Aufsichtsrat einzuräumen, wie dies die Gewerkschaften bereits im Rahmen der Biedenkopf-Kommission vorgeschlagen haben. Dieses Angebot an Belegschaften im Ausland wäre problemlos und unabhängig von einer europäischen Gesetzgebung mit dem Territorialitätsgrundsatz zu vereinbaren.<sup>135</sup>

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

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

Durch die aktuellen Vorschläge auf europäischer Ebene zu einer neuen Rechtsform der **Europäischen Privatgesellschaft** (*Societas Privata Europaea*, SPE) drohen die durch die Lücke bei ausländischen Rechtsformen verursachte Inkonsistenz im Mitbestimmungssystem noch verschärft zu werden. Weil die Vorschläge eine Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz zulassen und weil das Gesellschaftsstatut des Registersitzes anwendbar sein soll, drohen bei mangelhaftem Mitbestimmungsschutz ähnliche Umgehungsmöglichkeiten und eine Erweiterung der Lücke durch Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts.<sup>136</sup> Deshalb muss der Gesetzgeber hier dringend auf einen der SE entsprechenden Mitbestimmungsschutz achten oder eine Größenbeschränkung des Rechtsmodells auf KMU vorsehen.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 35. So auch eine Vielzahl von Autoren, insbesondere: Bayer, Niederlassungsfreiheit und deutsche Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, S. 534; Thüsing, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381; Altmepfen/Wilhelm, Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, S. 1083; Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Band I, B 107, sowie These 26 zum Gutachten; Koberski in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011, § 1 Rn. 27; Wissmann in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011, Vorbem. Rn. 69; ausführlich: Weiß/Seifert, Der europarechtliche Rahmen für ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz, ZGR 2009, S. 542 mit weiteren Nachweisen.

<sup>133</sup> Report on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe 2002, Zusammenfassung in ZIP 2003, S. 863, zitiert bei Bayer, AG 2004, S. 534, 536. Ebenso: die deutsche Group of German Experts on Corporate Law, Mitglieder: Bayer, Hoffmann-Becking, Fleischer, Lutter, Noack, Röhrich, K.Schmidt, Ulmer, Widemann, Winter, Zöllner; ZIP 2003, S. 863, S. 877.

<sup>134</sup> Weiß/Seifert, ZGR 2009, 542. Bayer, AG 2004, S. 534.

<sup>135</sup> Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer, 2006, S. 74. In Dänemark ist die Frage der Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung von Mitarbeitern ausländischer Töchter seit Juni 2010 durch Gesetz der Hauptversammlung zur freiwilligen Entscheidung übertragen (§§ 48, 49 Bekendtgørelse om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber).

<sup>136</sup> Dazu: Sick/Thannisch, Die Europäische Privatgesellschaft – Damoklesschwert für die Mitbestimmung? Anforderungen an das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft aus mitbestimmungspolitischer und –rechtlicher Sicht, AuR 2011, S. 155 sowie: Bormann/Böttcher, Vermeidungsstrategien bei der unternehmerischen Mitbestimmung in der SPE auf der Grundlage des ungarischen Kompromissvorschlags, NZG 2011, S. 411.

<sup>137</sup> Bundestag und Bundesrat müssen vor einer Zustimmung im Rat über das Erfordernis eines Ermächtigungsgesetzes (Art. 23 Abs. 1 GG) am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden (§ 8 Integrationsverantwortungsgesetz). Das EP muss zudem seit den Änderungen von Lissabon gem. Art. 352 AEUV (ehemals Art.



### III. Weitere Inkonsistenzen im Mitbestimmungssystem:

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

1. Die Mitbestimmung in einer **Kapitalgesellschaft & Co. KG** ist zwar in § 4 Abs. 1 MitbestG erfasst, weil sie in besonderer Weise kapitalistisch strukturiert ist und sich in ihrer Substanz letztendlich nicht von einer Kapitalgesellschaft unterscheidet. Vom Drittelbeteiligungsgesetz ist sie jedoch nicht erfasst. Dies stellt einen nicht begründeten Systembruch zwischen Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz dar, deren Abstufung allein anhand der Arbeitnehmerzahl erfolgt. **Nicht nur im Zuge eines Gesetzes zur Einbeziehung ausländischer Rechtsformen wäre im Drittelbeteiligungsgesetz eine dem MitbestG entsprechende Regelung erforderlich.**<sup>138</sup>
2. Nach dem Mitbestimmungsgesetz „gelten für die Anwendung dieses Gesetzes auf das herrschende Unternehmen die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens“ (§ 5 MitbestG). Für die Schwelle der 2000 Arbeitnehmer werden somit die Arbeitnehmer von Tochter- und Enkelgesellschaften auch im faktischen Konzern mitgezählt. Im Drittelbeteiligungsgesetz gilt diese **Konzernzurechnung** dagegen nicht, sofern kein Beherrschungsvertrag besteht. **Diese lückenhafte Konzernzurechnung führt sogar dazu, dass Unternehmen teilweise selbst dann überhaupt keine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat haben, wenn der Konzern knapp unter 2000 Beschäftigte hat. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie im Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden.**<sup>139</sup>

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

### IV. Weiterentwicklung der Mitbestimmung

#### A. Gesetzlicher Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen und Ergänzungsrecht für eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel der Mit-

#### glieder des Aufsichtsrats im Hinblick auf den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte

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

Inzwischen besteht zwar seit 2002 die Pflicht Zustimmungsvorbehalte durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss festzulegen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Welchen Inhalt ein solcher Katalog haben muss, regelt das Gesetz jedoch nicht. Der Corporate Governance Kodex fordert Zustimmungsvorbehalte für Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Trotz der gesetzlichen Pflicht gibt es deutliche Unterschiede in den Verbreitungsgraden von Zustimmungskatalogen. Große Lücken bestehen weiterhin bei der AG, aber vor allen Dingen bei der GmbH und im Bereich der Drittelbeteiligung.<sup>140</sup> Angesichts dessen und auch im Lichte der in der Finanz- und Wirtschaftskrise zutage tretenden Kontrolldefizite wäre – dem Vorbild von Österreich (§ 95 Abs. 5 ÖAktG) und den Niederlanden folgend – die **Vorgabe eines gesetzlichen Mindestkatalogs von Geschäften, die der Zustimmung durch den Aufsichtsrat vorbehalten sind, sinnvoll.** Dazu müssen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, die Errichtung oder Schließung von Produktionsstätten sowie bedeutende Kreditaufnahmen und Kreditvergaben gehören. **Einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat sollte es zudem möglich sein, den Zustimmungskatalog zu ergänzen;**<sup>141</sup> die tatsächliche Entscheidung über die Zustimmung zu dem jeweiligen Geschäft bliebe ja weiterhin beim Gesamtaufsichtsrat.

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

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

Das BVerfG hat in seiner Mitbestimmungsentscheidung von 1979 eine Stellungnahme zu der Frage, ob eine Verstärkung der Intensität der Mitbestimmung über das Maß des MitbestG hinaus – und eine solche wäre die Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden – mit Verfassungsrecht vereinbar wäre, ausdrücklich abgelehnt. Das BVerfG konstatierte damals lediglich, dass das MitbestG *jedenfalls* angesichts

308 EG) nicht mehr bloß angehört werden, sondern dem SPE-Statut zustimmen.

<sup>138</sup> So auch Kommission zur Modernisierung der deutsche Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 41f.

<sup>139</sup> So auch Kommission zur Modernisierung der deutsche Unternehmensmitbestimmung (Biedenkopf-Kommission II), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006, S. 41f.

<sup>140</sup> Jürgens/Lippert/Gaeth, Information, Kommunikation und Wissen im Mitbestimmungssystem, 2008, S. 97; Gerum, Das Deutsche Corporate Governance-System, 2007, S. 264ff.

<sup>141</sup> So auch Spindler/Schmidt, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, S. 329, 220ff.

der Übermacht der Anteilseignerseite verfassungsgemäß sei. Das BVerfG hat folglich schon damals eine Übernahme von bewährten Elementen der Montan-Mitbestimmung nicht von vornherein ausgeschlossen:<sup>142</sup> „Wie weit die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums bei Organisationsmaßnahmen sozialordnender Art reicht, bedarf keiner abschließenden Festlegung.“<sup>143</sup>

Bestätigt hat das BVerfG dagegen in seinem Mannesmann-Urteil von 1999 ausdrücklich die Verfassungskonformität der Montan-Mitbestimmung. Dem Gesetzgeber stehe beim Ausgleich von Interessenkonflikten in der auf partnerschaftliches Zusammenwirken angelegten Sozial- und Wirtschaftsordnung regelmäßig ein beträchtlicher Spielraum zu.<sup>144</sup> Die Montan-Mitbestimmung eigne sich besonders dazu, neben dem Rentabilitätsinteresse der Unternehmen und den Renditeerwartungen der Anteilseigner auch die Interessen der Arbeitnehmer an der Sicherung von Arbeitsplätzen angemessen zu berücksichtigen.<sup>145</sup> **Insofern ist die Übernahme der neutralen Person in das Mitbestimmungsgesetz bei Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden als Element des partnerschaftlichen Zusammenwirkens auch im Sinne eines pluralistischen Unternehmensinteresses möglich.**

#### V. Zusammenfassung

1. Inkonsistenzen des historisch gewachsenen Mitbestimmungssystems sollten behoben werden. Sinnvoll erscheint es, in Europa für generelle Standards der Mitbestimmung einzutreten und national das geltende Mitbestimmungssystem zugleich zu schützen und konsistent anzuwenden.
2. Weil das Problem der Scheinauslandsgesellschaften europarechtlich geschaffen wurde, wäre grundsätzlich eine europäische Lösung als rechtspolitisches Fernziel erstrebenswert. Angesichts der klaren Zunahme von Scheinauslandsgesellschaften seit Abschluss der Biedenkopf-Kommission 2006 und weil eine gemeinschaftsrechtliche Regelung derzeit nicht realistisch erscheint, sollte der Gesetzgeber jedoch entsprechend der vorgelegten Anträge die konsistente Anwendung des Mitbestimmungssystems innerhalb Deutschlands gewährleisten.
3. Um weitere Inkonsistenzen im Mitbestimmungssystem zu vermeiden, muss der Gesetzgeber bei einer neuen Rechtsform der europäischen Privatgesellschaft dringend auf einen der SE entsprechenden Mitbestimmungsschutz achten oder eine Größenbeschränkung des Rechtsmodells auf KMU vorsehen.

4. Weitere Inkonsistenzen im historisch gewachsenen Mitbestimmungssystem sollten behoben werden:

- So wäre nicht nur im Zuge eines Gesetzes zur Einbeziehung ausländischer Rechtsformen wäre im Drittelbeteiligungsgesetz eine dem MitbestG entsprechende Regelung für Kapitalgesellschaften & Co. KG erforderlich.
- Außerdem führt die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz dazu, dass Unternehmen teilweise selbst dann überhaupt keine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat haben, wenn der Konzern knapp unter 2000 Beschäftigte hat. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten daher den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie im Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden.

5. Dem Vorbild von Österreich und den Niederlanden folgend, wäre die Vorgabe eines gesetzlichen Mindestkatalogs von Geschäften, die der Zustimmung durch den Aufsichtsrat vorbehalten sind, sinnvoll. Dazu müssen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, die Errichtung oder Schließung von Produktionsstätten sowie bedeutende Kreditaufnahmen und Kreditvergaben gehören. Einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat sollte es zudem möglich sein, den Zustimmungskatalog zu ergänzen.
6. Die Übernahme der neutralen Person in das Mitbestimmungsgesetz bei Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden erscheint als Element des partnerschaftlichen Zusammenwirkens auch im Sinne eines pluralistischen Unternehmensinteresses rechtlich möglich.

<sup>142</sup> Wissmann, Vorbem. Rn 47 in WWKK, Mitbestimmungsrecht, 2011; Ulmer, Einl MitbestG Rn. 29 in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2006.

<sup>143</sup> BVerfG NJW, 1979, 699, 705.

<sup>144</sup> BVerfG, 1BvL 2/91 vom 2.3.1999, Absatz-Nr. 78.

<sup>145</sup> BVerfG, 1BvL 2/91 vom 2.3.1999, Absatz-Nr. 88.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)502**

18. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Ludwig Ladzinski, Herne**

**Viele Argumente für die Montanmitbestimmung, keines dagegen!**

1. *Die Montanmitbestimmung ist die Unternehmensverfassung im Rahmen von Aufsichtsräten und Beiräten im Sinne des Grundgesetzes.* Hier sind Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter gleichberechtigt. Sie begegnen sich vollständig auf Augenhöhe, mit gleichstarken Verhandlungspositionen, durch und durch demokratisch. Zwar ist nach dem 76er Gesetz auch die Parität in den Aufsichtsgremien zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gegeben, aber durch das Letztentscheidungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, der von der Arbeitgeberseite gestellt wird, kann es im Rahmen von kritischen Entscheidungen und streitigen Themen immer nur zu Gunsten der Arbeitgeberseite ausgehen. Bei der Montanmitbestimmung hingegen gibt es, für die Fälle kontroverser Entscheidungssituationen, das "Weitere Mitglied" (sogenanntes "Neutrales Mitglied" oder "Neutraler Mann" bzw. "Neutrale Frau"), auf das sich beide Seiten einigen müssen.
2. *Das Montanmitbestimmungsgesetz zwingt zur Konsensbildung.* Zielkonflikte und Reibungspunkte können bereits auf Unternehmensebene ausdiskutiert und abgestimmt werden und bei der Strategie des Unternehmens in einen Konsens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Erfolg des gesamten Unternehmens umgemünzt werden. Zugleich werden damit Diffe-

renzen auf betrieblicher Ebene bereits im Vorfeld abgeschwächt. Das erhöht die Effizienz in der Kommunikation und in der Arbeitsleistung. Nachgelagerte Reibungsverluste nach der Unternehmensentscheidung auf betrieblicher Ebene bleiben gering.

3. *Montanmitbestimmung wirkt vertrauensbildend.* Die Mitarbeiter können Vertrauen in ihr Unternehmen und die Entscheidungen der Unternehmensleitung haben, weil sie wissen, die Entscheidungen des Vorstandes werden vom Aufsichtsrat, in dem die Arbeitnehmer auf gleicher Augenhöhe vertreten sind, getragen. Wenn einmal eine Entscheidung im Unternehmen im Aufsichtsrat gefallen ist, dann wird sie auch vom Vorstand umgesetzt und von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern getragen und ausgeführt.
4. *Montanmitbestimmung stabilisiert das Unternehmen und führt zu nachhaltigem Wirtschaften.* Das Zusammenwirken von Arbeitnehmern und Arbeitgebern auf gleicher Augenhöhe verhindert extreme Interessensspitzen, extreme einseitige Interessensansprüche. Montanmitbestimmte Unternehmen wägen bereits auf AufsichtsratsEbene, zum Beispiel zwischen Gewinnstreben gegenüber Arbeitssicherheit oder Expansionsstreben im Ausland gegenüber Arbeitsplätzen im Inland etc., ab. Damit entstehen stabile, verlässliche und langfristige von der Belegschaft getragene Unternehmenserfolge.

5. *Montanmitbestimmung ist wirtschaftlich.* Wirtschaftlich für das Unternehmen, weil innere Konflikte zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bereits auf Unternehmensebene in einem freien und gleichen Diskurs ausgeräumt werden. Langanhaltende Streiks, mit denen die Belegschaft ihr Unternehmen bestreikt, sind in Deutschland gegenüber den anderen Ländern in Europa höchst selten. Auch für die Volkswirtschaft ist Montanmitbestimmung wirtschaftlich und erfolgreich, weil sie Interessen ausgleichend und integrierend wirkt und nicht polarisierende Positionen unterstützt. Langanhaltende Streiks, die ganze Länder - auch in Europa - für Monate lahmlegen, sind in Deutschland durch die Mitbestimmung, die Arbeitnehmerbeteiligung im Entscheidungsprozess, höchst selten.
  6. *Mitbestimmung wirkt, weil konfliktvermeidend, für die Arbeitnehmer identifikationssteigernd* im Hinblick auf das Unternehmen und die Tätigkeit. Das zeigt sich in der Qualität der Arbeit und der Produkte und damit im wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen. Alle Dax-30-Unternehmen sind mitbestimmt und werden bekanntlich von den Anlegern trotzdem nicht gemieden. Auch alle deutschen Unternehmen, die an der New Yorker Börse notiert sind, sind mitbestimmte Unternehmen, die durch die Mitbestimmung, selbst in der globalen Ökonomie keinerlei Nachteile erleiden, sondern von den weltweit agierenden Anlegern sogar für ihre Stabilität geschätzt werden. Damit ist Mitbestimmung ein Wettbewerbsvorteil, jedenfalls kein Nachteil.
  7. *Der Arbeitsdirektor in montanmitbestimmten Unternehmen genießt das Vertrauen der Belegschaft und ist Spezialist für Personalfragen.* Als Spezialist mit Rückhalt in der Belegschaft kann er auch schneller und gezielter entscheiden und mit höherer Akzeptanz seiner Entscheidungen in der Belegschaft rechnen. Seine Stimme in Personalangelegenheiten im Rahmen der Meinungsbildung innerhalb des Vorstands erhält dadurch besonderes Gewicht, weil der Arbeitsdirektor getragen wird durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, gegen deren Mehrheit er weder bestellt noch abberufen werden kann. Dies stärkt seine Position. Daher ist auch diese besondere Organstellung ein Vorteil in der Montanmitbestimmung gegenüber anderen Mitbestimmungsmodellen.
  8. *Das "Weitere Mitglied" (sogenanntes "Neutrales Mitglied") ist Mediator und Moderator* in Fällen spannungsreicher Atmosphäre und Diskussionen, in Fällen emotionaler und kritischer Themen, bei weitreichenden Strategieentscheidungen etc. Ihm obliegt im Extremfall die ausschlaggebende Stimme in einer Pattsituation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern. Auch insoweit ist das Montanmitbestimmungsgesetz arbeitnehmerfreundlicher, gleichberechtigter und demokratischer als das bereits eingangs erwähnte Letztentscheidungsrecht des von Anteilseignerseite gestellten Aufsichtsratsvorsitzenden nach dem 76er Modell.
  9. *Montanmitbestimmung ist auch sozial- und wirtschaftsethisch gerechtfertigt.* Die gleichwertige Mitbestimmung der Arbeitnehmer am Unternehmen rechtfertigt sich darüber, dass wir heutzutage immer weniger große oder personalintensive Inhabergeführte- oder Familienunternehmen haben. Bei den Personengesellschaften gewisser Größenordnung und erst recht bei den Kapitalgesellschaften besteht die Unternehmensleitung aus Vorständen oder Geschäftsführern, die in der Regel befristete Verträge mit einer Dauer von 3 bis maximal 5 Jahren haben, in der Regel nicht persönlich haften oder sie können ihre persönliche Haftung über entsprechende Versicherungen abfedern. Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern haben sie keine langfristige Interessenlage. Unternehmensleitungen sind heutzutage auch oft nur vom Status her sogenannte Angestellte erster Klasse und nicht mehr die mit ihrem Privatvermögen haftende Unternehmer alter Schule. Dies rechtfertigt eine vollständige und gleichwertige Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmen, jedenfalls den nicht mehr typisch geprägten *mittelständischen* Unternehmen.
  10. *Montanmitbestimmung ist das Mitbestimmungsmodell der Zukunft* und zwar auch europa- und weltweit. Die globalen ökonomischen Anforderungen und Herausforderungen können mit der Montanmitbestimmung mindestens genau so gut, in der Regel besser, bewerkstelligt werden als ohne eine qualifizierte Arbeitnehmermitbestimmung.
- Fazit:**  
Montanmitbestimmung ist konsensbildend; nachhaltig; für Unternehmen und Volkswirtschaft wirtschaftlich erfolgreich; Wettbewerbsvorteil nicht Nachteil; effizient; Ressourcen schonend, weil Konflikte vermeidend; gleichberechtigt; demokratisch; Unternehmen stabilisierend; Produktqualität steigend; identifikationsstiftend; ethisch gerechtfertigt, international!

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)508neu**

2. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Prof. Dr. rer. pol. Heinz-J. Bontrup, Isernhagen**

**Zusammenfassendes Ergebnis**

Das vergegenständlichte, erst durch menschliche Arbeit entstehende, Kapital wird in Deutschland, aber auch in der Europäischen Union, verfassungsrechtlich mehr geschützt, als der Mensch.

Mitbestimmung liegt in Deutschland in Form des **Betriebsverfassungsgesetzes** (betriebliche Mitbestimmung durch Betriebsräte) in der Wirtschaft und im öffentlichen Dienst in Form des **Personalvertretungsrechtes** durch Personalräte vor. Mitbestimmung beschränkt sich hier aber lediglich auf eine soziale Mitsprache, die sich aus dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip ableitet. Eine **echte (paritätische) wirtschaftliche Mitbestimmung** ist im Betriebsverfassungsgesetz (trotz der §§ 106ff. BetrVG „wirtschaftliche Angelegenheiten“) ausgeschlossen.

Auf der Unternehmensebene findet in Deutschland durch Aufsichtsräte eine Mitbestimmung statt. Hier liegen drei Gesetze vor: das **Montanmitbestimmungsgesetz** von 1951, das Mitbestimmungsgesetz von 1976 und das **Drittelbeteiligungsgesetz** von 2004. Hinzu kommen auf europäischer Ebene der „Europäische Betriebsrat“ und die „Europäische Gesellschaft“ (SE). Auch hier kann nur beim **Montanmitbestimmungsgesetz** von einer wirklichen (echten) paritätischen Mitbestimmung zwischen Kapital und Arbeit gesprochen werden. Alle anderen Gesetze implizieren eine **Scheinmitbestimmung**, bei der am Ende eines Diskussions- und Abstimmungsprozesses immer die Entscheidungsgewalt einseitig beim Kapital liegt.

Die von der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag vorgelegten Anträge zum Ausbau der unternehmensbezogenen Mitbestimmung weisen zwar in die richtige Richtung. Aber selbst bei vollständiger Umsetzung der Anträge in Gesetzesform könnte damit auch in Zukunft nicht von einer **Wirtschaftsdemokratie** in Deutschland gesprochen werden. Die bestehende, aber nicht akzeptable, gesellschaftliche Dichotomie zwischen einem demokratisch verfassten staatlichen Sektor und einer vom Kapital einseitig (final) beherrschten Wirtschaft würde nicht aufgehoben.

Wirtschaftsdemokratie ist wesentlich mehr als nur Mitbestimmung auf der betrieblichen oder unternehmensbezogenen Mikroebene der Wirtschaft. Ohne eine gleichzeitige Demokratisierung der **Marktebene** und der **gesamtwirtschaftlichen Makroebene** liegt keine umfassende (holistische) Wirtschaftsdemokratie vor. Die vorliegenden Anträge gehen hierauf aber in keiner Weise ein und sind somit als **völlig unzureichend** einzustufen.

Die Anträge berücksichtigen auch nicht, dass Mitbestimmung auf der Mikro- bzw. einzelwirtschaftlichen Ebene unvollkommen bleibt, wenn nicht gleichzeitig eine adäquate (äquivalente) **Verteilung der unternehmensbezogenen Wertschöpfung** zwischen Kapital und Arbeit ordnungstheoretisch festgelegt wird. Dazu gehört auf der **Marktebene** einer Wirtschaftsdemokratie die Determinierung einer nicht – wie heute – unterminierbaren Tarif- und Arbeitsmarktpolitik und auf der unternehmensbezo-

genen Mikroebene die zusätzliche Bestimmung einer Gewinn- und/oder Kapitalbeteiligung.

Die vorgelegten Anträge sind außerdem **in der Sache unvollständig** und müssen im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens wesentlich **konkreter** abgefasst und bestimmt werden.

#### Begründung:

#### Keine verfassungsrechtlich abgesicherten Mitbestimmungsrechte

Anders als in der Weimarer Reichsverfassung (Art. 130 Abs. 2, 165 Abs. 2) enthält das **Grundgesetz** keine ausdrückliche Gewährleistung von ArbeitnehmerInnen-Interessenvertretungen, „aus der sich Anforderungen an die Mitbestimmung in sozialen, per3 sonellen und wirtschaftlichen bzw. organisatorischen Angelegenheiten herleiten lassen. Das gilt für die Privatwirtschaft und den öffentlichen Dienst gleichermaßen. Allein die Länderverfassungen sehen Arbeitnehmervertretungen vor und garantieren damit einen Kernbereich an Mitspracherechten. Auch aus dem übergeordneten **Europäischen Gemeinschaftsrecht** lassen sich keine Vorgaben entnehmen. Die europäischen Mitgliedstaaten halten sich auf diesem Gebiet wegen ihrer unterschiedlichen nationalstaatlichen Vorstellungen noch zurück. Das kollektive Europäische Arbeitsrecht zählt zu den am wenigsten entwickelten Gebieten des Europäischen Arbeitsrechts. Die Maastrichter Verträge verpflichten die Mitgliedstaaten nur, die Beteiligung der Arbeitnehmer einschließlich des öffentlichen Dienstes zu regeln. Darüber hinaus sind die Auswirkungen des Europäischen Arbeitsrechts auf die Betriebsverfassung und das Personalvertretungsrecht bislang punktuell. Daran hat auch die Einführung Europäischer Betriebsräte nichts geändert.“<sup>146</sup>

Trotz der fehlenden verfassungsrechtlich abgesicherten Mitbestimmungsrechte ist das Recht der ArbeitnehmerInnen auf Mitbestimmung in Betrieben, Unternehmen und staatlichen Einrichtungen aber unstrittig. Dies läßt sich schon aus Artikel 1 Abs. 1 GG (**Wahrung der Menschenwürde**) ableiten. Dem steht aber verfassungsrechtlich die **Eigentumsgarantie** des Artikels 14 Abs. 1 S. 1 GG entgegen. „Sie erfasst alle vermögenswerten Rechte unter Einschluss der mit ihnen verbundenen Verfügungsmacht und daher auch die Verfügungsgewalt der Inhaber wirtschaftlicher Unternehmen. Sie **schützt die Unternehmer** gegen Akte staatlich er Wirtschaftsplanung und sichert ihre Dispositionsfreiheit über das dem Betrieb zugeordnete Eigentum. Dazu gehört die Gründungs- und Tätigkeitsfreiheit. Der Unternehmer bestimmt die Rechtsform des Unternehmens und darf es nach seinen Zweckmäßigkeitserwägungen betreiben. Ihm steht die Nutzung seines Eigentums an den Produktionsmitteln zu. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit als unternehmerische Dispositionsfreiheit. Dem Arbeitgeber dürfen keine Leitungsbefugnisse entzogen werden. Die Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen wird ferner auf die **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) gestützt. Sie ist das

Leitprinzip der Betriebsverfassung und stellt klar, dass der Betriebsrat mangels eigener Verantwortung für das Unternehmen nicht zum Mitunternehmer werden darf. Beteiligungsrechte dürfen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nur insoweit beeinträchtigen, als es der **Sozialstaatsgedanke** des Grundgesetzes erfordert.“<sup>147</sup>

Daher beschränkt sich kollektive Mitbestimmung der abhängig Beschäftigten (über demokratisch gewählte Repräsentativorgane wie Betriebs-, Personal- und Aufsichtsräte) in Deutschland, aber auch in der Europäischen Union, auf **soziale Angelegenheiten**, sie darf nicht zu einer **wirtschaftlichen Mitbestimmung** führen, die die Dispositionsfreiheit der Unternehmer aushebelt. Dies gilt verfassungsmäßig nicht nur für die betriebliche, sondern auch für die unternehmensbezogene Mitbestimmung.

Eine wirkliche (echte) **paritätische wirtschaftliche Mitbestimmung** zwischen Kapital und Arbeit (sieht man von den Bestimmungen im deutschen Montanmitbestimmungsgesetz ab) ist damit nicht gegeben. Soll demnach eine uneingeschränkte demokratisch verfasste Unternehmenswirtschaft umgesetzt werden, so muss es zu einer sauberen **verfassungsrechtlichen Lösung** kommen, die Arbeit und Kapital in den Betrieben und Unternehmen als **gleichberechtigt** bei der Ausübung aller betriebswirtschaftlichen Funktionen einstuft.

#### Tote Materie (Kapital) gilt mehr als der Mensch

In der **verfassungsrechtlichen Diktion** gilt heute letztlich das Kapital (= tote Materie in Form von produzierten Produktionsmitteln) mehr als der **arbeitende Mensch** in den Unternehmen. Eine **demokratisch verfasste Wirtschaft** liegt so im Ergebnis nicht vor. Diese wurde schon immer von den Kapitaleigentümern vehement abgelehnt. Von diesen kommen im Hinblick auf den „Faktor“ Arbeit in den Unternehmen allenfalls phrasenmäßige Äußerungen, wie „die MitarbeiterInnen sind das Wichtigste im Unternehmen“ oder „das Herz des Unternehmens schlägt durch die Menschen“ oder ähnliches. Würde man solche Aussagen ernst nehmen können, so müsste man fragen: Und wieso haben dann die Beschäftigten in den Unternehmen keine zumindest gleichberechtigte Mitsprache und warum partizipieren sie nicht gleichwertig an der ganzen Wertschöpfung der Unternehmen? Ganz einfach: die abhängig Beschäftigten sind unter marktwirtschaftlich-kapitalistischen Bedingungen eben **Abhängige**. Abhängig vom **Eigentum des Kapitals**. Sie bleiben trotz aller „Sonntagsreden“ lediglich „Produktionsfaktoren“ bzw. „Human Ressourcen“ zur Erzielung maximaler Unternehmensgewinne.

In der Wirtschaft herrscht das „**Investitionsmonopol des Kapitals**“ (Erich Preiser), das sich aus dem **Eigentum an den Produktionsmittel** ableitet. Hierdurch hat das Kapital in den Unternehmen die **Entscheidungsmacht**. Wer darüber einseitig bestimmt, **wie, wann und wo** investiert wird, der herrscht auch über die Beschäftigten in einem Unternehmen, die letztlich von den Investitionen abhängig sind. Dies

<sup>146</sup> Edenfeld, Stefan, Recht der Arbeitnehmermitbestimmung, 2. Aufl., Heidelberg 2005, S. 3

<sup>147</sup> Edenfeld, Stefan, Recht der Arbeitnehmermitbestimmung, a.a.O., S. 6.

wissen wir nicht erst seit dem spektakulären Nokia-Fall.

### In neoliberaler Diktion trat noch eine Verschärfung ein

Der grundsätzliche Tatbestand des „Investitionsmonopols“ hat sich unter der Diktion eines **neoliberalen (marktradikalen) Regimes** ab Mitte der 1970er Jahre noch zunehmend verschärft. In den Unternehmen dominiert dadurch heute das Kapital im Sinne einer **Shareholder-Value-Doktrin**, die bei Investitionen nur noch die **kurzfristige Profitmaximierung** gegen alle Stakeholder eines Unternehmens umzusetzen versucht. Gewinn ist hier außerdem im Rahmen eines unternehmerischen arbeitsteiligen Wertschöpfungsprozesses nicht mehr ein ex-post Residuumeinkommen, sondern ein ex-antes (maximiertes) Unternehmer- bzw. Kapitaleigentümereinkommen. Insbesondere das Arbeitsentgelt, in marktwirtschaftlich-kapitalistischen Ordnungen ein vor der Produktion determiniertes Kontrakteinkommen, wurde so (mit Ausnahme der Managerbezüge) zu einem **Resteinkommen** degradiert.

Die empirischen Befunde dieser neoliberalen Doktrin sind dabei evident:

Die ArbeitnehmerInnen partizipieren schon lange nicht mehr an den von ihnen geschaffenen Werten und Produktivitäten. Die **Bruttolohnquote** ist massiv verfallen. Auf Basis der Ist-Verteilung des Volkseinkommens zwischen Kapital und Arbeit von 1993 haben die ArbeitnehmerInnen von 1991 bis 2010 über 1,1 Billionen Euro an Lohn- und Gehaltseinbußen zu Gunsten der Unternehmens- und Vermögenseinkommen hinnehmen müssen.

Auch die **Nettolohnquote** (= Bruttolohnquote nach staatlicher Umverteilung durch Steuern und Abgaben) ist von 1991 bis 2010 dramatisch von 48,1 Prozent auf 39,4 Prozent verfallen. Das heißt, Politik hat nicht im Duktus einer „Sozialen Marktwirtschaft“ die marktbezogene Primärverteilung entsprechend rektifiziert, sondern Politik hat die Verteilung zu Lasten der ArbeitnehmerInnen noch verschärft.

Das **Vermögen** der Deutschen ist völlig ungleich verteilt. 10 Prozent der erwachsenen Bevölkerung gehören vom gesamten Nettovermögen rund 61 Prozent. Der Gini-Koeffizient bezüglich der Vermögensverteilung lag 2007 bei 0,799.

Gleichzeitig herrscht **Massenarbeitslosigkeit** und viele Millionen, die noch Arbeit haben, können von ihrer Arbeit nicht leben. Das Prekariat ist dramatisch gestiegen. Jedes sechste Kind wächst in Armut auf und in fast jeder Stadt gibt es heute „Suppenküchen“ und „Warenkaufhäuser“ für Arme.

### Begründungen und Ablehnungen für und gegen Mitbestimmung sind nicht entscheidend

Die heute vorgetragenen Argumente **für und gegen Mitbestimmung** sind ökonomisch nicht die entscheidenden. Sicher ist es richtig und wichtig, dass Mitbestimmung für Ruhe und Ordnung in den Betrieben und Unternehmen durch mehr Transparenz und notwendige Begründungen bei Entscheidungen sorgt und dass die Motivation und Arbeitsproduktivität der Beschäftigten gesteigert wird. Auch ist

heute verifiziert, dass Mitbestimmung keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit, die Innovationskraft oder Rentabilität und den Wert von Unternehmen hat.<sup>148</sup> Ökonomisch viel wichtiger und entscheidend als Begründung für eine wirklich paritätische Mitbestimmung zwischen Kapital und Arbeit ist dagegen der Tatbestand, dass eine **Ungleichheit zwischen Kapital und Arbeit ökonomisch nicht begründbar ist**. Ohne menschliche Arbeit geht in der Wirtschaft nämlich gar nichts.

Ohne hier die **arbeitswerttheoretische Betrachtung** der klassischen Ökonomie von Adam Smith über David Ricardo, Karl Marx bis John Stuart Mill zu bemühen, ergibt sich auch aus der neoklassischen (beschränkt substitutionalen) Produktionsfunktion  $Y = Y(K, A)$ , das nur mit einem Produktionsfaktor (Arbeit A oder Kapital K) kein wirtschaftlicher Output zu erzielen ist:

$$Y(K, 0) = 0; Y(0, A) = 0$$

Kapital und Arbeit sind als wirtschaftliche „Faktoren“ somit auf einander angewiesen. Kein Unternehmer, kein vom Kapital eingestellter Manager, sieht man vom wenig entwicklungsfähigen Solo-Unternehmer einmal ab, ist in der Lage ein Unternehmen **als Ganzes** abzubilden. Es ist deshalb ökonomisch geradezu lächerlich, dem Unternehmer (Manager) die entscheidende und auch wichtigste Größe, oder sogar die **wertschaffende Größe**, in einem Unternehmen zuzuordnen. Unternehmer ohne Beschäftigte können so gut wie nichts produzieren, keine wesentliche Wertschöpfung generieren und können schon gar nicht entscheidend wachsen. Auch Innovationen entspringen heute in einer hochkomplizierten und komplexen Welt nicht mehr dem Gehirn eines Einzelnen, sondern sind arbeitsteilige Ergebnisse von Teams in Forschungs- und Entwicklungsabteilungen. Ein Unternehmen ohne Beschäftigte ist demnach überhaupt kein Unternehmen. Allenfalls eine Ausstellung materieller Gegenstände, wie in einem „Museum“.

Die Gleichberechtigung von Arbeit und Kapital ist also unabhängig von der jeweiligen Ordnungsform auch in einer marktwirtschaftlich-kapitalistischen Wirtschaft als **naturgegeben** zu betrachten, selbst wenn dies bis heute Unternehmer bzw. Kapitaleigner und ihnen nahestehende Parteien und Politiker aus ideologischen Interessengründen nicht akzeptieren wollen. Und auch das immer wieder vorgetragene Scheinargument eines **risikobeladenen Kapitalverwertungsprozesses**, den allein der Unternehmer mit seinem Kapital zu tragen habe, gilt allenfalls für den **originären Geldkapitalvorschuss** bei Gründung einer Unternehmung. Schon Adam Smith stellte diesbezüglich 1776 fest: Die Arbeitskraft ist die „Quelle allen Wohlstands“ und allein menschliche Arbeit kann vergegenständlichtes Kapital erzeugen und es in der Produktion und Reproduktion wirksam werden lassen.

<sup>148</sup> Zu den unterschiedlichen Forschungsergebnissen diesbezüglich vergleiche ausführlich: Kiffler, Leo, Greifenstein, Ralph, Schneider, Karsten, Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung, Wiesbaden 2011.



„Die jährliche Arbeit eines Volkes ist die Quelle, aus der es ursprünglich mit allen notwendigen und angenehmen Dingen des Lebens versorgt wird, die es im Jahr über verbraucht. Sie bestehen stets entweder aus dem Ertrag dieser Arbeit oder aus dem, was damit von anderen Ländern gekauft wird“.

Nur durch **Gewinn** entsteht vergegenständlichtes Kapital. Und die **Quelle allen Gewinns** ist nichts anderem als dem ökonomischen Tatbestand geschuldet, das die menschliche Arbeit mehr produziert als zu ihrem Unterhalt erforderlich ist und jeder Kapitaleigner (Unternehmer) sich genau diese Differenz als Überschussprodukt (Mehrwert), als sein zuwachsendes Kapital, aneignet.

Hinzu kommt, dass bei einer mystifizierenden Kapitalrisiko-Rechtfertigungsideologie immer die **beträchtlichen Risiken der ArbeitnehmerInnen im Kapitalverwertungsprozess** übersehen bzw. nicht berücksichtigt werden. Von Gesundheits- und Lebensgefährdungen über Dequalifizierungsprozesse von Arbeitsvermögen bis zu Risiken bei wirtschaftlichen Problemen des sie beschäftigenden Unternehmens. Hier werden von den ArbeitnehmerInnen schließlich erhebliche Zugeständnisse abverlangt; beim Entgelt, der Arbeitszeit und bei sozialen Leistungen. In der Regel gehen Krisensituationen zudem mit Beschäftigungsabbau und damit mit dem Verlust der bisherigen materiellen Existenzgrundlage der betroffenen ArbeitnehmerInnen und ihrer Familien einher.

In Conclusio bedeutet dies für die **ökonomische Mikroebene**:

1. Der Unternehmenssektor muss durch eine echte paritätische Mitbestimmung in seinen betriebswirtschaftlichen Funktionen ausgesteuert werden.
2. Die Beschäftigten müssen gleichberechtigt an der gesamten unternehmerischen Wertschöpfung, auch über Gewinn- und/oder Kapitalbeteiligungen partizipieren.

Was ist dazu im Einzelnen notwendig? In Anbetracht der beiden **vorgelegten Anträge** zum Ausbau der unternehmensbezogenen Mitbestimmung beschränke ich mich im Folgenden auf Ausführungen im Hinblick auf eine **immaterielle Partizipation**, auf eine unternehmensbezogene und betriebliche Mitbestimmung. Gleichzeitig mache ich darauf aufmerksam, dass dies aber noch keine hinreichende Bedingung für ein notwendig umzusetzendes **holistisches wirtschaftsdemokratisches Konzept** ist.

Deshalb fehlen auch in den Anträgen der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKE neben der **Makro- und Marktebene**<sup>149</sup> auch auf der **Mikroebene** die Beschreibung einer adäquaten **materiellen Partizipation** der abhängig Beschäftigten an den Unternehmensergebnissen, die über den durch nicht unterterminierbaren (abgesicherten) Tarifverträgen abgeschöpften gesamtwirtschaftlichen verteilungsneutralen Spielraum in Form einer expansiven Einkommenspolitik hinausreicht. Eine solche notwendige

<sup>149</sup> Vgl. dazu ausführlich: Bontrup, Heinz-J., Arbeit, Kapital und Staat. Plädoyer für eine demokratische Wirtschaft, 4. Aufl., Köln 2011.

materielle Partizipation geht aber nur durch eine gesetzlich verankerte **Gewinn- und/oder Kapitalbeteiligung** der abhängig Beschäftigten.<sup>150</sup> Ansonsten „schenken“ die abhängig Beschäftigten den Unternehmern und Kapitaleignern die, wie schon ausgeführt, entscheidenden **Investitionsgüter**, wie es Oswald von Nell-Breuning in seinem 1960 erschienenen Buch „Kapitalismus und gerechter Lohn“ treffend zum Ausdruck brachte:

„In unserer Wirtschaft werden sowohl Konsumgüter als auch Kapital- oder Investitionsgüter produziert; die ersteren gehen, wie ihr Name besagt, in den Verbrauch, die letzteren dienen langfristiger Nutzung, für Wohnhäuser und dergleichen, oder dienen selbst wieder der Produktion, für Fabriken, Maschinen usw. An der Erzeugung beider Arten von Gütern wirken die Arbeitnehmer mit; für die Arbeitsleistung in diesen beiden Zweigen der Produktion zahlen die Unternehmer ihnen Arbeitslohn; dieser Arbeitslohn erscheint in der Erfolgsrechnung der Unternehmer als Kosten. Verwenden die Arbeitnehmer nun den ganzen Arbeitslohn zum Kauf der geschaffenen Verbrauchsgüter, so heißt das: die Unternehmer erhalten die ganze von ihnen als Kosten aufgewendete Lohnsumme zurück und geben dafür nur die produzierten Konsumgüter ab; die neugeschaffenen Kapital- oder Investitionsgüter verbleiben ihnen sozusagen gratis und franko. Man könnte das auch so ausdrücken: die Arbeitnehmer schenken den Unternehmern die Kapital- oder Investitionsgüter und sind zufrieden, als Entgelt für ihre Leistung im Produktionsprozeß denjenigen Teil der produzierten Güter zu erhalten, der in Konsumgütern besteht. Auf diese Weise werden die Unternehmer reicher und reicher, die Arbeitnehmer bleiben Habenichtse.“<sup>6</sup><sup>151</sup>

#### **Ein neues unternehmerisches Mitbestimmungsmodell**

Sollen die Unternehmen demokratisiert werden, so ist die gegebene Trennung zwischen Kapital und Arbeit durch ein echtes paritätisches Mitbestimmungsmodell aufzuheben. Schon die 1966 von der großen Koalition aus SPD und CDU/CSU eingerichtete Mitbestimmungs-Kommission<sup>152</sup> stellte fest, dass Mitbestimmung **sachlich notwendig** ist und sich aus „dem besonderen rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen **Charakter des Arbeitsverhältnisses** ableitet“. Im Gegensatz zu einer mitbestimmungsfeindlichen Entwicklung und Kultur wird deshalb im Fol-

<sup>150</sup> Vgl. Bontrup, Heinz-J./Springob, Kai, Gewinn- und Kapitalbeteiligung. Eine mikro- und makroökonomische Analyse, Wiesbaden 2002, Bontrup, Heinz-J., Gewinn- und Kapitalbeteiligungen. Instrumente für eine gerechtere Verteilung der Wertschöpfung und gegen das Investitionsmonopol des Kapitals, in: Lorenz, Frank/Schneider Günter (Hrsg.), Raus aus der Krise! Mitbestimmung neu denken, Hamburg 2009, S. 73-92.

<sup>151</sup> Von Nell-Breuning, O., Kapitalismus und gerechter Lohn, Freiburg i.Br. 1960, S. 140f.

<sup>152</sup> Ihr gehörten unter dem Vorsitz von Prof. Biedenkopf (Bochum) die Professoren Ballerstedt (Bonn), Gutenberg (Köln), Jürgensen (Hamburg), Krelle (Bonn), Mestmäcker (Bielefeld), Reinhardt (Marburg), Voigt (Bonn) und Willgerodt (Köln) sowie als ständige Berater Apel (DAG), Erdmann (BDA), Heintzeler (BASF AG), Kley (Siemens AG), Kunze (DGB) und Spieker (IGM) an.



genden – aufbauend auf den skizzierten Erkenntnissen – ein **alternatives Referenzmodell** entwickelt und vorgeschlagen, das zu einer wirklichen Mitbestimmung und Partizipation führen würde. Das Modell deckt dabei gleichzeitig die **Schwächen** der beiden von der SPD und DIE Linke eingebrachten Mitbestimmungsanträge auf.

Zunächst ist einmal zu konstatieren: Mitbestimmung im Sinne einer hier postulierten Demokratisierung der Einzelwirtschaft ist **nicht teilbar**. Daher sind die heute nebeneinander bestehenden unternehmerischen Mitbestimmungsgesetze (Montangesetz, Drittelparität, 1976er Mitbestimmung) abzuschaffen und durch ein **einheitliches neues unternehmensbezogenes Mitbestimmungsgesetz** zu ersetzen. Die in diesem Kontext entstehenden Kardinalfragen lauten:

- Ab welcher **Unternehmensgröße** und in welcher **Rechtsform** soll ein Aufsichtsrat als Mitbestimmungsorgan eingerichtet werden? Hier heißt die normative, auf die Unternehmensgröße abstellende Antwort: in allen Unternehmen mit mehr als ständig 500 Beschäftigten (ohne Auszubildende), unabhängig von der Rechtsform und der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Branche. **Personengesellschaften**, die den Schwellenwert von 500 Beschäftigten erfüllen, sind dabei in Kapitalgesellschaften umzuwandeln.
- Alle Unternehmen mit weniger als 500 Mitarbeitern unterliegen dagegen den ausschließlichen Rechtsbestimmungen des **Betriebsverfassungsgesetzes**, allerdings unter Berücksichtigung einer auch hier zu schaffenden Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten.
- Für in Deutschland ansässige Unternehmen mit **ausländischer Rechtsform** wie der britischen „Limited“ oder der niederländischen „B.V.“ sowie der europäischen „SE“, gelten uneingeschränkt die deutsche unternehmensbezogene und betriebliche Mitbestimmung.
- In Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern soll der Aufsichtsrat weitgehend nach dem heutigen **Gesetz der Montanmitbestimmung** festgelegt werden. Dies schließt eine paritätische (quantitative) Zusammensetzung zwischen Kapital und Arbeit im Aufsichtsrat ein, allerdings ergänzt um einen **staatlichen Vertreter** mit Beratungs-, Beobachtungs- und Informationsstatus, aber ohne Stimmrecht, ab einer Unternehmensgröße von 2.000 Beschäftigten. Auch sollen in Unternehmen ab 2.000 ArbeitnehmerInnen **Umweltschutz- und Verbraucherschutzverbände** einen Beratungs-, Beobachtungs- und Informationsstatus erhalten.
- Weiter soll, wie heute in der Montanmitbestimmung, die „Pattauflösung“ bei möglichen Kampfabstimmungen durch ein weiteres, **neutrales Mitglied** erfolgen. Die „neutrale Person“ ist dabei einvernehmlich zwischen den stimmberechtigten Mitgliedern des Aufsichtsrats zu bestellen. Beide Seiten können hierzu Wahlvorschläge machen.
- Geht es in einem Konzern um **Standortschließungen oder Verlagerungen** sowie um **Unternehmensfusionen**, so ist nicht die Stimmabgabe des neutralen Mitglieds im Aufsichtsrat entscheidend, sondern eine Zweidrittelmehrheit notwendig.
- Die **Wahl der Vertreter der Anteilseigner** im Aufsichtsrat findet durch die Versammlung der Gesellschafter statt; die **Wahl der Vertreter der Beschäftigten** durch die Be11 legenschaft und die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften.<sup>153</sup> An welche Personen die Mandate gehen, soll nicht wie bisher durch das Gesetz bestimmt werden, sondern den jeweiligen Wahlgremien autonom überlassen bleiben.
- Die besondere Rechtsposition des **leitenden Angestellten**, heute nur im 1976er Mitbestimmungsgesetz gegeben, ist im einheitlichen Mitbestimmungsgesetz nicht vorgesehen.
- Die **quantitative (stimmberechtigte) Größe des Aufsichtsrats** – gestaffelt nach Unternehmensgrößen – ist wie folgt festzulegen: Unternehmen von 500 bis 2000 Beschäftigte 11 Mitglieder, von 2001 bis 5000 Beschäftigte 15 Mitglieder und von 5001 und mehr Beschäftigte 21 Mitglieder.
- Dem **Leitungsorgan** (Vorstand/Geschäftsführung) muss außerdem, wie im Montanmitbestimmungsgesetz, neben einem kaufmännischen und einem technischen Vorstandsmitglied ein gleichberechtigtes Mitglied als **Arbeitsdirektor** angehören. Die Berufung/Abberufung des Arbeitsdirektors auf Vorschlag der im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaften sollte hier allerdings abweichend zur heutigen Montanmitbestimmung ausschließlich im **Machtbereich der Arbeitnehmerbank** im Aufsichtsrat liegen. Dafür bestimmt die Kapitalseite autonom über die beiden anderen Vertreter des Leitungsorgans. Der **Geschäftsbereich des Arbeitsdirektors** umfasst dabei nicht nur Personal und Soziales, sondern auch den Umweltschutz im Unternehmen, der nicht mehr losgelöst vom Arbeitsschutz gesehen und zielorientiert ausgesteuert werden kann. Umfasst das Leitungsorgan einschließlich des Arbeitsdirektors mehr als drei Mitglieder, so hat über jede weitere Berufung oder Abberufung eines Vorstands- oder Geschäftsführungsmitglieds der Aufsichtsrat als Ganzes mit einfacher Mehrheit zu entscheiden. Können die Parteien sich nicht einigen, entscheidet die „neutrale Person“.

Mit dieser Rahmenfestlegung für eine wirkliche paritätische Unternehmensmitbestimmung ist es aber nicht getan. Hierzu gehört wesentlich auch in Aktiengesellschaften die **Aufhebung des so genannten Letztentscheidungsrechts der Kapitalanteilseignerversammlung** gemäß § 111 Abs. 4. Aktiengesetz, durch das heute letztlich alle Entscheidungen des Aufsichtsrat vom Kapitaleigner wieder aufgehoben und für nichtig erklärt werden können. Im Gegensatz dazu muss der Aufsichtsrat mit Ausnahme von unternehmerischen Satzungsänderungen, von Kapital-

<sup>153</sup> Bei der Anzahl der persönlichen Aufsichtsratsmandate sei darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zu heute die Anzahl von maximal zehn auf maximal drei Mandate zu beschränken ist und einzelne Aufsichtsratsmitglieder keinen Sitz in konkurrierenden Unternehmen erhalten dürfen.

erhöhungen und Kapitalherabsetzungen das Letztentscheidungsrecht haben.

Außerdem müssen die **Informations- und Kontrollrechte** des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand/Geschäftsführung nachdrücklich gestärkt werden. Dazu muss gesetzlich bestimmt werden, dass der Aufsichtsrat in einem Geschäftsjahr sechs Mal zusammen kommt. Zu den Sitzungen ist spätestens zwei Wochen vorher mit Tagesordnung, d.h. konkreter Benennung der anstehenden Themen und der zu fassenden Beschlüsse, einzuladen. Den Tagesordnungspunkten sind als Grundlage für eine Entscheidungsfindung ausführliche und inhaltlich aufbereitete und nachvollziehbare Unterlagen beizufügen. Dazu gehört selbstverständlich auch die Zusendung und Überlassung des Wirtschaftsprüferberichtes sowie die Teilnahme des Wirtschaftsprüfers an der jeweiligen Bilanz-Aufsichtsratsitzung. In Abweichung zum heutigen Recht ist außerdem der Abschlussprüfer nicht von der Anteilseignerseite zu bestimmen und der Prüfungsauftrag nicht von Vorstand oder Geschäftsführung zu erteilen, die ja gerade geprüft werden sollen, sondern vom Aufsichtsrat. Außerdem sollte zur Vermeidung eines Prüfungschlendrians mindestens alle drei Jahre der Wirtschaftsprüfer gewechselt werden. Wichtig ist auch, dass die Vorstandsgehälter nicht von einem Aufsichtsratspräsidium, sondern von allen Mitgliedern des Aufsichtsrates festgelegt werden.

Bei der Konstituierung des Aufsichtsrats gibt sich dieser eine **Geschäftsordnung**, die nicht durch die Satzung der Kapitaleigner beeinflusst sein darf, und legt einen **Leitfaden zur Effizienzprüfung** des Aufsichtsrates fest. Hierzu gehört auch die Festlegung der Rechte eines einzelnen oder von mehreren Aufsichtsratsmitgliedern. Auf jeden Fall muss hier bestimmt werden, dass ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied die Möglichkeit haben muss, außerordentliche Sitzungen durch den Aufsichtsrats-Vorsitzenden, der alle zwei Jahre alternierend von der Kapital- und Arbeitnehmerbank gestellt wird, einberufen zu lassen und einzelne Tagesordnungspunkte durchzusetzen. Außerdem ist das **Einholen von Gutachten** oder die Einbeziehung von Sachverständigen zu ermöglichen, wenn dies von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder gewünscht wird.

Durch die Festlegung einer Geschäftsordnung für Vorstand und Geschäftsführung muss der Einfluss auf das **Leitungsorgan durch den Aufsichtsrat in Zukunft wesentlich ausgeweitet und verbessert werden. Dabei sollte der Grundsatz gelten: Das Leitungsorgan führt die operativen Geschäfte und entwickelt die strategischen Planungen und legt diese aufbereitet mit entsprechenden nachvollziehbaren Unterlagen zur Beschlussfassung dem Aufsichtsrat vor.** Dabei ist einmal im Geschäftsjahr nach schriftlicher Vorlage eine **umfassende Strategiediskussion** über die unternehmerische Mittel- und Langfristplanung im Aufsichtsrat zu führen. Der allgemeine Berichtsumfang des Leitungsorgans hat außerdem mindestens zu umfassen

- die **beabsichtigte Geschäftspolitik** und die sich daraus ergebende Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung),

- den **Gang der laufenden Geschäfte**, insbesondere die Umsatz-, Kosten- und Ergebnisentwicklung sowie die Liquiditätslage und die Rentabilität des Unternehmens.

Daneben legt die Geschäftsordnung des Leitungsorgans einen **Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte** sowie dessen regelmäßige Überprüfung und Anpassung durch den Aufsichtsrat fest. Absolut unverzichtbar sind dabei Einzelprojekte, deren Summe einen bestimmten Prozentanteil (z.B. 5 Prozent) des gezeichneten Kapitals übersteigt, Stilllegungen von Betriebsteilen oder Abteilungen, Outsourcingmassnahmen, rechtliche und organisatorische Unternehmensumwandlungen (z.B. in Cost- oder Profitcenter), Unternehmenskäufe oder -verkäufe. Auch ist die heute bestehende **Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder** für das unternehmerische Innenverhältnis abzuschaffen.

#### **Wirtschaftliche Mitbestimmung auch im Betriebsverfassungsgesetz**

Ähnlich wie bei Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern ist auch in den Unternehmen mit weniger Beschäftigten eine umfassende Mitbestimmung in **wirtschaftlichen Angelegenheiten** gesetzlich festzuschreiben. Die wirtschaftliche Mitbestimmung in Unternehmen bis zu 500 Beschäftigten soll hier durch einen **Wirtschaftsausschuss** erfolgen. Ein solcher Ausschuss ist schon heute zur Unterstützung des Betriebsrates gemäß § 106 Abs. 1 BetrVG in Unternehmen mit mehr als einhundert ständig beschäftigten Arbeitnehmern vorgesehen. In Unternehmen mit weniger als einhundert Beschäftigten kann der Wirtschaftsausschuss durch eine freiwillige Betriebsvereinbarung errichtet werden. Wo das auf Grund der Unternehmensgröße nicht möglich ist, muss der **Betriebsrat** die Aufgaben des Wirtschaftsausschusses übernehmen.

Die dabei heute bestehenden Bestimmungen im **Betriebsverfassungsgesetz** reichen allerdings im Hinblick auf eine paritätische Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht aus. Den Mitbestimmungsträgern (Betriebsrat und Wirtschaftsausschuss) stehen zwar weitreichende Unterrichts- und Beratungsrechte zu, aber keine wirklichen Mitbestimmungsrechte. Der Wirtschaftsausschuss in Unternehmen mit weniger als 500 und mehr als 100 Beschäftigten ersetzt quasi den Aufsichtsrat in Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten und sollte aus fünf betrieblichen Vertretern und der Geschäftsführung bestehen. Auch hier haben sich die jeweiligen Vertreter auf Augenhöhe zu begegnen und sich in wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens zu beraten und zu entscheiden. Sollten sie hierbei keine einvernehmliche Entscheidung treffen können, so kann jede der beiden Seiten die **Einigungsstelle gemäß § 76 Betriebsverfassungsgesetz** zur endgültigen Entscheidung anrufen. Um hierbei keine unnötigen Zeitverluste zu haben, ist vorsorglich eine so genannte „permanente Einigungsstelle“ einzurichten.

Beratungsgegenstände im Wirtschaftsausschuss sind die organisatorische Struktur des Unternehmens, seine wirtschaftlichen Verflechtungen, die wirtschaftliche Lage und die Unternehmenspolitik in

Form von Unternehmenszielen und -strategien. Zur permanenten Informationspflicht zählen dabei auch die Unterrichtung und die mitbestimmte Beratung über die folgenden geschäftlichen Unterlagen:

- die kurz-, mittel- und langfristigen Unternehmensplanungen mit ihren wesentlichen Teilplanungen (Absatz-, Produktions-, Investitions-, Personal- und Finanzplanung);
- die beabsichtigten oder geplanten Unternehmensstrategien im Hinblick auf Unternehmensübernahmen und Fusionen sowie
- die viertel-, halb- und jährlichen Gewinn- und Verlustrechnungen sowie die Bilanzen, einschließlich des jährlichen Wirtschaftsprüferberichtes;
- die monatlichen Liquiditätsrechnungen;
- geplante Ausgründungen von Unternehmensteilen in Form von Profit Centern oder durch ein Outsourcing.

Darüber hinaus muss der Betriebsrat die Belegschaft in wirtschaftlichen Angelegenheiten durch eine

**offene Informationspolitik** unterrichten. Dazu reichen die heute gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen gemäß § 110 Abs. 1 und 2 BetrVG in Form von in der Regel nichts sa15 genden schriftlichen Aushängen an „Schwarzen Brettern“ oder mündlichen Kurzberichten über Belangloses, aber auch die mündliche Unterrichtung auf Grund von § 42 Abs. 1 und 2 BetrVG auf Betriebsversammlungen nicht aus. Ergänzend muss mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat oder mit dem Wirtschaftsausschuss ein **unternehmerisches Kennziffernsystem** entwickelt werden, das die wirtschaftliche Realität abbildet. In regelmäßigen Abständen müsste dies allen Mitarbeitern des Unternehmens in den wesentlichen Größen (Umsatz-, Rentabilitäts- und Beschäftigungsentwicklung u.a.) zugänglich gemacht werden. Hierbei hat der Betriebsrat mit der Unternehmensleitung die Aufgabe, die Beschäftigten bei fehlendem Sachverstand soweit zusammenhängend zu unterrichten, dass sie die Daten verstehen können und sich in der Belegschaft Wissen aufbaut. Mit Sicherheit ist hier vor dem Hintergrund der Versäumnisse in der Vergangenheit eine **ausführliche Qualifizierung** bei den meisten Mitarbeitern notwendig.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)512**

3. Mai 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)

**Michael Eberhard, Berlin**

**I. Zusammenfassung**

Immer wieder zeigen Unternehmenskrisen, dass eine Verbesserung der Unternehmensführung und erweiterte Regelungen für deren Kontrollorgane unbedingt erforderlich sind. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass die Hauptleidtragenden einerseits die Steuerzahler und andererseits die Beschäftigten der betroffenen Unternehmen sind. In beiden Fällen geht dies zu Lasten von Arbeitnehmern. Daher ist es nur billig, wenn diese an einer vernünftigen Unternehmenspolitik und -kontrolle beteiligt werden und in möglichst vielen Unternehmen eine verbesserte Mitbestimmung erfolgt. Vor diesem Hintergrund würde ich es begrüßen, wenn sich alle Fraktionen des Deutschen Bundestages die in beiden Anträgen enthaltenen Forderungen zu eigen machen würden.

**II. Anmerkungen**

Es ist zu begrüßen, dass nach dem Antrag der SPD-Fraktion der Bundestag die Bundesregierung auffordern soll, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die gesetzlichen Voraussetzungen dafür schaffen soll, die Unternehmensmitbestimmung durch Aufnahme bestimmter Punkte auszuweiten. Auf diese Punkte werde ich nachfolgend näher eingehen. Wichtig erscheint mir, noch auf drei weitere Punkte für eine Verbesserung der Mitbestimmung hinzuweisen:

1. Im Bereich des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) ist die bisher lediglich für das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) geltende weitergehende Fiktion, dass alle Arbeitnehmer der Konzerngesellschaften für die Anwendung des Mit-

bestG als Arbeitnehmer der Konzernspitze gelten, zu übertragen.

Im Bereich des DrittelbG gilt die Vermutungswirkung lediglich für das Mitwählen, aber nicht für die Ermittlung, ob ausreichend Arbeitnehmer für die Überschreitung der Schwelle von 500 Arbeitnehmern vorhanden sind.

2. Das MitbestimmungsG schreibt vor, dass als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands (der Geschäftsführung) ein Arbeitsdirektor zu bestellen ist. Mit der Bestellung wird ihm der Bereich des Personal- und Sozialwesens übertragen. Er hat bei der Gestaltung der Unternehmenspolitik die Belange der Arbeitnehmerschaft einfließen zu lassen und damit die soziale Komponente in den Planungen und Entscheidungen des Vorstands (der Geschäftsführung) zur Geltung zu bringen. Damit hat er eine Mittlerrolle zwischen Unternehmensleitung und Belegschaft sowie Betriebsräten.<sup>154</sup>

Bislang ist es möglich, den Arbeitsdirektor gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter zu bestimmen. Wie soll ein auf diese Weise bestellter Arbeitsdirektor ein Gesprächspartner der Arbeitnehmer, der Betriebsräte und der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sein?

<sup>154</sup> Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. § 33 RN 12

Folgerichtig wäre es, in das MitbestG eine Regelung aufzunehmen, dass der Wahl des Arbeitsdirektors noch zusätzlich die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zustimmen muss.

3. Wenn die im Antrag der SPD-Fraktion vorgesehene „echte Parität“ für alle Kapitalgesellschaften im MitbestG erreicht werden soll, ist zu berücksichtigen, dass für die leitenden Angestellten zwingend ein Sitz im Aufsichtsrat auf Seiten der Arbeitnehmervertreter vorgesehen ist. Das Bundesarbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass leitende Angestellte wesentliche Unternehmer-(Arbeitgeber-) Funktionen wahrnehmen.<sup>155</sup>

Folgerichtig wäre es daher, einen einheitlichen Wahlgang für die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter vorzusehen und den leitenden Angestellten dafür das aktive und passive Wahlrecht zu geben. Somit könnten sie als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden, wenn sie das Vertrauen der Belegschaft haben.

### III. Erstreckung der deutschen Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung auf Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform, die in Deutschland ihren Verwaltungssitz haben (Fraktion DIE LINKE und Fraktion der SPD) und darüber hinaus auch auf Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform, die in Deutschland eine Zweigniederlassung haben und auf deutsche Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär (Fraktion der SPD)

Die Initiative der beiden Fraktionen betrifft eine Lücke in der Unternehmensmitbestimmung, die dringend vom Gesetzgeber zu schließen ist. Seit Jahren steigt die Zahl der in Deutschland ansässigen Unternehmen mit ausländischer Rechtsform. Allein im Zeitraum von Januar 2006 bis Oktober 2010, also innerhalb von nicht einmal fünf Jahren, erhöhte sich in diesem Bereich die Zahl der Unternehmen, die der deutschen Mitbestimmung entzogen ist, von 17 auf 43.<sup>156</sup> Die Nutzung ausländischer Kapitalgesellschaften findet einerseits in der Form von deutschen Personengesellschaften (KG oder OHG) mit ausländischen Kapitalgesellschaften (Variante 1) als persönlich haftende Gesellschafter und andererseits in Form von ausländischen Kapitalgesellschaften mit Niederlassungen in Deutschland (Variante 2) statt. Die Anzahl der Unternehmen in beiden Formen, die der deutschen Mitbestimmung entzogen sind, wuchs von 2006 bis 2010 an.

Besonders zu erwähnen ist, dass der Variante 1 27 Unternehmen zuzurechnen sind, von denen 16 den für das MitbestG geltenden Schwellenwert von über 2.000 Arbeitnehmern überschreiten.<sup>157</sup>

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb durch die Wahl einer ausländischen Rechtsform, die mit einer inländischen Rechtsform vergleichbar ist, für welche die Regelungen der deutschen Unternehmensmitbe-

stimmung gelten, eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ausgeschlossen werden kann.

Es darf kein Sonderrecht für Scheinauslandsgesellschaften geben, die ihren organisatorischen Mittelpunkt in Deutschland haben. Richtigerweise ist daher die Forderung zu erheben, die Unternehmensmitbestimmung auf diese Scheinauslandsgesellschaften auszudehnen. Diese Auffassung wurde von den Gewerkschaften bereits 2006 in der Regierungskommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung vertreten.

Der DGB und seine Einzelgewerkschaften hat dies erneut in seinem Beschluss auf dem 19. DGB-Bundeskongress bekräftigt. Begründet wurde diese Aufforderung wie folgt:

„[...] Denn es ist nicht einzusehen, warum die Beschäftigten einer solchen Gesellschaft [Anm.: Gesellschaft ausländischer Rechtsform, die einen Verwaltungssitz in Deutschland hat] im Gegensatz zu ihren Kolleginnen und Kollegen in deutschen Gesellschaften keine Mitbestimmungsrechte haben sollen. Dieser Unterschied ist unlogisch, ungerecht und undemokratisch und setzt zudem, wie bereits in Einzelfällen geschehen, für mitbestimmungsfeindliche Unternehmen Anreize, durch eine entsprechende Konstruktion ihrer Rechtsform der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu entgehen.“

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich bereits 2003 im Rahmen der Modernisierung des europäischen Unternehmensrechts sowohl die von der EU-Kommission eingesetzte *High Level Group of Company Law Experts* in ihrem „*Report on a modern Regulatory Framework for a Company Law in Europe*“ als auch eine ad hoc gebildete deutsche Arbeitsgruppe dafür ausgesprochen haben, Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem (Verwaltungs-)Sitz im Inland der inländischen Unternehmensmitbestimmung zu unterwerfen.<sup>158</sup>

Seit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Verfahren Centros, Überseering und Inspire Art<sup>159</sup> ist für die Niederlassungsfreiheit das Herkunftslandsprinzip maßgeblich. Damit können Unternehmen mit ausländischer Rechtsform gegründet werden, die ihren Verwaltungssitz und alle Betriebe in Deutschland haben (Scheinauslandsgesellschaften), ohne dass ihre rechtliche Handlungsfreiheit eingeschränkt ist. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist aufgrund der sog. „Gebhard-Formel“ möglich, die der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache Gebhard entwickelt hat.<sup>160</sup>

Die „Gebhard-Formel“ verlangt für die Rechtfertigung von Beschränkungen einer Grundfreiheit, dass die streitgegenständliche Maßnahme des Mitgliedsstaats in nicht diskriminierender Weise angewandt

<sup>155</sup> BAG 29.01.1980 AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 22

BAG 23.01.1986 AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32

<sup>156</sup> Sick, Pütz, WSI Mitteilungen 1/2011 S. 34 ff, 36

<sup>157</sup> Sick, Pütz, a.a.O.

<sup>158</sup> Bayer, AG 2004, S. 534 ff, 536

<sup>159</sup> EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C – 212/97, SPg 1999, I – 1459 ff (Centros),

- EuGH Plenum vom 5.11.2002 – Rs. C – 208/00, Slg 2002, I – 9919 ff (Überseering),

- EuGH vom 30.9.2003 – Rs. C – 167/01 (Inspire Art)

<sup>160</sup> EuGH vom 30.11.1995 – Rs. C. – 55/94, Slg. 1995. I – 4165, Rdn. 37 (Gebhard/Consiglio...)

wird, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich ist.

Grundsätzlich wird die Zulässigkeit einer Mitbestimmungs-erstreckung auf Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform, die einen Verwaltungssitz in Deutschland haben, bejaht.<sup>161</sup> Sie ist mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.<sup>162</sup>

Nicht vergessen werden darf, dass die wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung in ihrem Votum vom Dezember 2006 die Auffassung vertreten haben, dass der deutsche Gesetzgeber europarechtlich auf jeden Fall dann nicht daran gehindert wird, die Geltung der deutschen Mitbestimmung auf „Scheinauslandsgesellschaften“ zu übertragen, sofern diese Gesellschaften ihre betriebliche Organisation einschließlich der Arbeitnehmer im Wesentlichen in Deutschland haben und für diese Arbeitnehmer nach dem Recht des Gründungsstaates kein Mitbestimmungsrecht gilt.

Angesichts der klar erkennbaren Zunahme von „Scheinauslandsgesellschaften“ in den letzten knapp vier Jahren sollte der Gesetzgeber der Empfehlung für diesen Fall Folge leisten und einen Gesetzentwurf zur Mitbestimmungserstreckung auf diese Unternehmen vorlegen.

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

Die beiden Ansinnen sind unterstützenswert. Sinnvoll ist insbesondere das Ergänzungsrecht für den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte durch eine qualifizierte Minderheit von Aufsichtsräten. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Geschäftsordnungen für den Aufsichtsrat ohne oder ohne wesentliche Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte

- in Aufsichtsräten nach dem MitbestG mit der Doppelstimme des Vorsitzenden gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter bzw.
- in Aufsichtsräten nach dem DrittelbG mehrheitlich gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter

verabschiedet werden.

Die Anteilseigner können dann die nach ihren Auffassungen „richtigen“ Geschäfte von grundsätzlicher Bedeutung in der Satzung festlegen.

Dies ist nach dem Gesetz ausreichend, da in § 111 Abs. 4 Satz 2 Aktiengesetz (AktG) festgelegt ist, dass

<sup>161</sup> Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. § 1 RN 26 m.w. Nachweisen

<sup>162</sup> so auch mit jeweils ausführlicher Begründung:

- Weiss, Seifert, ZGR 2009, S. 543 ff, 546 ff
- Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. § 1 RN 25 f

die Satzung **oder** der Aufsichtsrat zu bestimmen hat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Damit kann verhindert werden, dass der Aufsichtsrat mit bestimmten Geschäften von besonderer Bedeutung vor ihrer Durchführung durch die Unternehmensleitung befasst wird.

Zu beachten ist, dass die laufenden Geschäfte des Unternehmens nicht unter den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gestellt werden dürfen. Dem Aufsichtsrat dürfen keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden. Nicht übersehen werden darf, dass die Initiative im Hinblick auf die aufsichtsrätliche Zustimmung zur Durchführung von bestimmten Geschäften alleine auf Seiten der Geschäftsführung liegt.<sup>163</sup>

Der Aufsichtsrat kann also nicht die Geschäftsleitung anweisen, bestimmte Geschäfte vorzunehmen.<sup>164</sup>

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Zustimmungsverweigerung durch den Aufsichtsrat die Geschäftsleitung die Zustimmungsersetzung durch eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen in der Haupt-/Gesellschaftsversammlung nach § 111 Abs. 4 S. 3 - 5 AktG beantragen kann.

Der DGB und seine Einzelgewerkschaften hatten bereits 1982 in einem Gesetzentwurf einen gesetzlichen Mindestkatalog für die zustimmungspflichtigen Geschäfte vorgesehen. Im Mai letzten Jahres bekräftigte der DGB-Bundeskongress in seinem Beschluss diese Auffassung, indem er darin alle Maßnahmen der strategischen Ausrichtung des Unternehmens verankert haben möchte. Besonders benannt werden dort Betriebsschließungen, Standortverlagerungen und Unternehmensverkäufe. Dass es sich dabei um typische Beispiele zustimmungspflichtiger Geschäfte handelt, kann aus der nachfolgenden Liste für zustimmungspflichtige Geschäfte entnommen werden. Aufgeführt sind darin:

Investitionsentscheidungen bestimmter Größenordnungen, Erwerb oder Veräußerung von Grundstücken, Gründung von Unternehmen oder Zweigniederlassungen, Verlegung von Produktionsstätten ins Ausland, Erwerb oder Veräußerung von Beteiligungen, Konzernmaßnahmen, Kooperationsvereinbarungen, Rationalisierungen größeren Umfangs, Stilllegungen und größere Kreditaufnahmen.<sup>165</sup>

#### **V. Senkung der Schwellenwerte für das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz**

Das Vorhaben, die bisher geltenden Schwellenwerte für die Anwendung des MitbestG von über 2.000 auf über 1.000 Arbeitnehmer im Unternehmen bzw. für die Geltung des DrittelbG von über 500 auf über 250 Arbeitnehmer zu senken, ist als zeitgemäß zu begrüßen und entspricht den veränderten Bedingungen in den Unternehmen.

<sup>163</sup> Raiser, Mitbestimmungsgesetz, 4. Aufl., § 25 RN 76

<sup>164</sup> dto.

<sup>165</sup> Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. § 25 RN 49

Zahllose Rationalisierungsmaßnahmen und der Einsatz von Maschinen und Computern haben den Einsatz von Personal in der Industrie aber auch in vielen Dienstleistungsbranchen erheblich sinken lassen. Tendenziell werden die gleichen Tätigkeiten von immer weniger Personal erledigt.

Im Bereich der Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di ist dies insbesondere in den Branchen Ver- und Entsorgung, Verkehr, Druck und Papier, Medien, Banken und Versicherungen feststellbar.

Bei den Schwellenwerten ist zu berücksichtigen, dass diese für das MitbestG aus dem Jahre 1976 und für das DrittelbG von seinem Vorgänger, dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) von 1952, aus eben diesem Jahr stammen.

Seit dieser Zeit ist die Zahl der Beschäftigten im Gegensatz zur Bilanzsumme und dem Jahresumsatz in vielen Unternehmen gesunken. Angesichts dessen ist es nur angemessen, wenn die Schwellenwerte für die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern in einem Unternehmen gesenkt werden, ab denen entweder das DrittelbG oder das MitbestG zur Anwendung kommen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich vor der Verabschiedung des MitbestG im Jahre 1976 die politische und wissenschaftliche Diskussion hauptsächlich zwischen einem Schwellenwert von 1.000 und 2.000 Arbeitnehmern bewegte.<sup>166</sup>

Auch die von der damaligen Großen Koalition Anfang 1968 eingesetzte Sachverständigenkommission unter dem Vorsitz von Kurt Biedenkopf ging von 1.000 bis 2.000 Arbeitnehmern für den Geltungsbereich des MitbestG aus.<sup>167</sup>

Damit zeigt sich, dass bereits zu dieser Zeit auch die Zahl von 1.000 Arbeitnehmern als Schwellenwert für das MitbestG in Erwägung gezogen wurde.

Hier muss noch erwähnt werden, dass es für bis zum 10.08.1994 gegründete Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien noch keine Schwellenwerte im DrittelbG bzw. BetrVG von 1952 gibt bzw. gab, wenn sie keine Familiengesellschaften waren. Hier wäre eine Rückkehr zur alten Gesetzeslage zu empfehlen.

Überlegenswert wäre es, noch alternative Schwellenwerte nach ökonomischen Kriterien einzufügen. Hierfür kämen insbesondere die Bilanzsumme und der Jahresumsatz in Frage.

#### **VI. Erreichung einer „echten Parität“ für alle Kapitalgesellschaften, die unter das Mitbestimmungsgesetz durch eine neutrale Person im Aufsichtsrat fallen und gleichzeitige Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden**

Die Erreichung einer „echten Parität“ im Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsrecht ist wünschenswert, bedeutet aber keineswegs die rechtliche und

wirtschaftliche Gleichstellung zwischen Kapital und Arbeit.

Bisher ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nur rein formal paritätisch. Dies ist gekennzeichnet durch die zahlenmäßige Gleichheit der Vertreter von Anteilseignern und Arbeitnehmern im Aufsichtsrat nach dem MitbestG. Im Hinblick auf die Einflusschancen beider Seiten im Aufsichtsrat ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat klar unterparitätisch.

Dazu tragen bei

- das Wahlverfahren zur Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 27 Abs. 1 + 2 MitbestG
- die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden
- der „Sondersitz“ eines leitenden Angestellten auf Arbeitnehmerseite, obwohl er oftmals eher auf Seiten der Anteilseigner steht.

Zu letzterem verweise ich auf meine Ausführungen unter II. Anmerkungen.

Zweifellos wäre die hier vorgesehene Veränderung des MitbestG verfassungsgemäß. Bereits dem MitbestG von 1976 wurde unterstellt, nicht verfassungskonform zu sein und ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht angestrengt.<sup>168</sup> Verstöße gegen die Eigentumsgarantie nach § 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG), das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG, das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Garantie der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG wurden geltend gemacht.

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu festgestellt, dass die erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem MitbestG mit den Grundrechten der vom Gesetz erfassten Gesellschaften, der Anteilseigner und der Koalition der Arbeitgeber vereinbar ist.<sup>169</sup>

Die wichtigsten Inhalte des Urteils sind:

- die Feststellung, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral sei und dem Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik unter Beachtung der Grundrechte erlaube; dabei gebe es jedenfalls keinen Schutz des Status quo unter dem Deckmantel der hier und heute vorgefundenen „Wirtschaftsverfassung“;
- die Anerkennung der Sozialbindung des Eigentums, die um so weitergehend sei, „je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug wie in einer sozialen Funktion steht“. Damit wird ein weites gesetzgeberisches Feld gerade in Bezug auf Großunternehmen eröffnet;
- die Feststellung, dass die Nutzung von Anteilseigentum immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer bedürfe und dass demgemäß die Mitbestimmung die logische Entsprechung der Tatsache sei, dass die unternehmerische Betätigung die Daseinsgrundlage der Arbeitnehmer und ihr

<sup>166</sup> Raiser, Mitbestimmungsgesetz, 4. Aufl., § 1 RN 6

<sup>167</sup> Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., Vorbem. 17

<sup>168</sup> Wlotzke, Wißmann, Koberski, Kleinsorge, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., Vorbem. RN 45

<sup>169</sup> BVerfG 1.3.1979 AP Mitbestimmung § 1 Nr. 1



Grundrecht der Berufsfreiheit maßgeblich gestaltet;

- die Feststellung, dass die Mitbestimmung in den Unternehmen nicht notwendigerweise zu nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen der Arbeit und Funktion der Arbeitgeberverbände und damit der Tarifautonomie führe;
- die Anerkennung, dass Mitbestimmung und Tarifautonomie geschichtlich gewachsen von Anfang an als Handlungsbereiche nebeneinander existiert haben und existieren können.<sup>170</sup>

Aus diesen Aussagen des Bundesverfassungsgerichtsurteils ergibt sich somit auch für die hier vorgesehenen Abänderungen des MitbestG im Hinblick auf die Einführung einer neutralen Person im Aufsichtsrat und gleichzeitige Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden keine Verfassungswidrigkeit.

---

<sup>170</sup> Köstler, Zachert, Müller, Aufsichtsratspraxis, 9. Aufl., RN 69



**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)504**

19. April 2011

**Information für den Ausschuss**

Prof. Dr. Volker Rieble

**zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum**

**a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD**

**Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)**

**b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.**

**Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)**

**1. Vorschläge**

Alle Jahre wieder sollen Gesetze die Unternehmensmitbestimmung „sichern“ oder „stärken“. So auch hier und mit den üblichen Forderungen und wie immer „demokratisch“ verbrämt, obzwar die Wirtschaftsdemokratie (Naphtali) als Ideologie seit langem ausgedient hat:

- Ausweitung des Montanmitbestimmungsmodells auf die gesamte Wirtschaft
- Ausdehnung des Geltungsbereichs von paritätischer Mitbestimmung und Drittelbeteiligung durch Absenkung der Schwellenwerte (hier auf 250/1000 Arbeitnehmer)
- Verhinderung von Mitbestimmungsflucht, hier in „Schein“-Auslandsgesellschaften in dürftiger Zahl von nur 37 (!) Fällen durch Mitbestimmungserstreckung.
- Verstärkung der Mitbestimmungsmacht durch gesetzliche Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats

Hier soll eine aktuelle Studie der Böckler-Stiftung (*Sick/Pütz*, Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 2011, 34) zur Gesetzgebung reifen. Erstaunlicherweise gehen die Vorschläge auf die bekannten Mängel der deutschen Unternehmensmitbestimmung nicht ein: Sämtliche Mitbestimmungsgesetze schließen deutsch tümelnd die Belegschaften an Auslands-

standorten aus – und führen dadurch bei Standortkonflikten zu einer strukturellen Benachteiligung der Auslandsbelegschaften. Das ist mit europäischem Recht nicht zu vereinbaren; das gilt besonders, wenn Zustimmungsvorbehalte für Standortentscheidungen greifen (*Rieble/Latzel/EuZA* 2011, 145 - 170mNw). In der Diktion der Reformvorschläge: Es ist undemokratisch, die Auslandsbelegschaften von der Mitbestimmung auszuschließen – aber im Aufsichtsrat Entscheidungen zu deren Lasten zu treffen! Insofern bemerkenswert: Ausländische Rechtsformen möchte man gern erfassen; ausländische Belegschaften indes nicht. Einseitiges Denken!

Undemokratisch sind auch Sitzplatzreservierungen für externe Gewerkschaftsvertreter. Schließlich sorgt Mitbestimmung im Aufsichtsrat für spezifische Mängel der Corporate Governance (eingehend *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance [2006]), die von der Governance-Kommission aus politischen Gründen ausgeblendet werden, aber Anteilignern und Investoren bekannt sind.

Auch die Doppelung von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung wird nicht als Problem gesehen: Die Doppelung führt dazu, dass ein und dieselbe Angelegenheit mehrfach diskutiert werden muss: mit dem Wirtschaftsausschuss, dem (Gesamt-) Betriebsrat und eben mit der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat – und dies mit überwiegend denselben Akteuren auf Arbeitnehmerseite, was zum Nachkar-

ten einlädt und die Bindungskraft getroffener Abreden in Frage stellt.

Schließlich gehen diese Vorschläge den system- und gleichheitswidrigen Unterschieden der unterschiedlichen Mitbestimmungsordnungen (*Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung [2010]) nicht nach und schreiben damit einen verfassungswidrigen Zustand fort.

## 2. Befund

Richtig konstatiert wird der Befund: Unternehmensmitbestimmung stößt nur auf begrenzte Begeisterung in Unternehmen und bei Anteilseignern. Eine ganze Beratungsindustrie lebt davon, mit immer neuen Konzepten Wege aus der Mitbestimmung zu präsentieren; Zeitschriften und Kommentare zeigen die Wege auf (etwa Schäfer/Bork/*Rieble* GmbHG [2010]§ 52Rn 74 f mwN). Desavouiert werden zunächst alle Behauptungen, die Mitbestimmung sei ökonomisch vorteilhaft. Richtig ist, dass Mitbestimmung die Akzeptanz von Entscheidungen verbessern kann – das leistet indes schon die betriebliche Mitbestimmung. Vor allem die paritätische Unternehmensmitbestimmung dient der gezielten Vermachtung zugunsten der Arbeitnehmerseite, die das Führungspersonal und dessen Vergütung verhandeln und damit eine strukturelle Bereitschaft der Vorstände und Geschäftsführer erzeugen kann, auf Wünsche der Arbeitnehmerseite einzugehen.

Deshalb sind die **Schwellenwerte der Mitbestimmung typische** für Unternehmen: Wenn eine GmbH 460 Mitarbeiter **Wachstumsbremsen** hat und damit aufsichtsratsfrei ist, werden sich die Gesellschafter sehr gut überlegen, ob sie durch Wachstum die Aufsichtsratspflicht auslösen – oder ob sie, was nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ohne weiteres möglich ist, auf die GmbH & Co KG ausweicht oder die Beschäftigung auf unterschiedliche GmbHs verteilt, weil die faktische Konzernierung unterhalb von 2000 Arbeitnehmern nicht zur Belegschaftszurechnung führt.

Schärfer wirkt die Schwelle zur paritätischen Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976: Die Mitbestimmungsmacht ist hier weitaus stärker als bei der Drittelbeteiligung, erfasst insbesondere die Auswahl der Vorstände/Geschäftsführer. Auch besteht die Gefahr, dass sensible Unternehmensinformationen über externe Arbeitnehmervertreter an Konkurrenzunternehmen oder an die Öffentlichkeit gelangen. Deswegen sind Unternehmen bereit, großen Aufwand zur Vermeidung der paritätischen Mitbestimmung zu betreiben.

Außerdem wissen Unternehmen, dass Gewerkschaften die Mitbestimmung organisationspolitisch nutzen: Die vom Arbeitgeber bezahlten Betriebsräte und Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite werben für Gewerkschaftsmitgliedschaft, forcieren die Tarifbindung und tragen tendenziell auch den Arbeitskampf als organisationspolitisches Instrument ins Unternehmen. Schließlich finanzieren die Arbeitgeberüber die abzuführenden Aufsichtsratsstantien der Arbeitnehmerbank die Böckler-Stiftung des DGB. Mitbestimmungsvermeidungsstrategien beruhen deswegen auf einem Motivbündel.

Solche Strategien sind überaus effektiv, ein nennenswerter Zugang in die paritätische Mitbestimmung findet seit Jahren nicht mehr statt. Die meisten Strategien setzen an der Rechtsform an, weil die organschaftliche Mitbestimmung rechtsformbezogen ist.

Neben der kleinen GmbH & Co sind die Stiftung & Co zu nennen, aber auch „echte“ Auslandsgesellschaften die etwa als Holding den entscheidenden Einfluss vom Ausland ausüben und jedem Zugriff des deutschen Gesetzgebers entzogen sind. Insbesondere amerikanische Unternehmen vermeiden jede Unternehmensmitbestimmung, indem sich der Rechtsträger im Ausland befindet und im Inland nur rechtlich unselbständige Niederlassungen aktiv sind. Die angesprochenen „Schein“-Auslandsgesellschaften sind schon wegen ihrer Zahl praktisch kein Problem.

Die Europäische Aktiengesellschaft ermöglicht es mittelgroßen Unternehmen, ihr Mitbestimmungsstatut einzufrieren, womit verhindert wird, dass späteres Wachstum die Mitbestimmung steigert. Sie ist als von der EU gesteuerte Rechtsform dem Zugriff des deutschen Gesetzgebers schlechthin entzogen.

## 3. Bewertung

Die erwogenen Maßnahmen sind rechtlich fragwürdig. Die Ausweitung des Montanmitbestimmungsmodells ist verfassungsrechtlich angreifbar, vor allem weil das BVerfG in seiner Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz den kleinen Stimmrechtsvorsprung der Anteilseigner als entscheidend angesehen hat. Die Unterwerfung der „Schein“-Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland ist schon deshalb problematisch, weil dies möglicherweise die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt. Jedenfalls aber müsste der Gesetzgeber für jede einzelne Rechtsform die Funktionalität prüfen: Wie sich nämlich ein deutschrechtlicher Aufsichtsrat in das fremdrechtliche Organisationsgefüge einpasst.

Die Halbierung der Schwellenwerte fällt gewiss unter den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Allerdings ist jedenfalls für die Drittelbeteiligung zu vermerken, dass die GmbH ab 250 Arbeitnehmern aufsichtsratspflichtig wird – mithin für den Mittelstand keine praktikable einfache Gesellschaftsrechtsform mehr bereitsteht, ganz abgesehen von den zusätzlichen Kosten.

Überhaupt nicht bedacht ist die Folgenabschätzung: Jede Verschärfung der Mitbestimmungsregeln aktiviert weitere Fluchtbemühungen. Schon die Diskussion um solche Neuregelungen kann dazu führen, dass solche Unternehmensträger gesucht werden, die dem Zugriff des deutschen Gesetzgebers und dessen Wankelmut entzogen sind. Gar nicht so wenige mittelständische Familienunternehmen haben eine österreichische oder schweizer Familienstiftung als Komplementär einer Kommanditgesellschaft. Immer ist dabei zu bedenken, dass eine ausländische Holding auch Kapital und Steuererträge aus Deutschland abziehen kann. Wer etwa die wenigen Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in die Mitbestimmung zwingen will, wird lediglich erreichen, dass die Verwaltung wieder im Ausland sitzt oder aber eine andere notwendig mitbestimmungsfreie Form im Inland gefunden wird (Stif-

tung & Co) – aber gerade nicht, dass die Mitbestimmung gesichert wird. Die praktizierte österreichische GesmbH als Komplementärin einer deutschen KG kann ihren Verwaltungssitz statt in München auch in Salzburg nehmen, womit sich jede Mitbestimmungssicherung erledigt. Und erst recht kann der Gesetzgeber nichts gegen US-amerikanische Unternehmen unternehmen, die in Deutschland so mitbestimmungsklug sind, erst gar keinen Unternehmensträger, sondern nur eine unselbständige Niederlassung einzurichten (John Deere, FedEx).

Insofern fördern Mitbestimmungssicherungsbestrebungen nicht die Mitbestimmung – sondern die Mitbestimmungsfuchtberatung.

#### 4. Eigentliches Problem

Der eigentliche Grund für das langsame aber wahrnehmbare Austrocknen der Montanmitbestimmung und der paritätischen Mitbestimmung ([www.boeckler-boxen.de/1909.htm](http://www.boeckler-boxen.de/1909.htm) | 15.4.2011) ist das Mitbestimmungsgefälle zu anderen Rechtsordnungen. Die deutsche Mitbestimmung ist in Europa und der Welt einzigartig – ein Solitär aber kein Edelstein

(Abbo Junker). Marktgängig ist sonst allenfalls die Drittelbeteiligung (wie in Österreich). In einer Welt mit einem strengen Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen bei zugleich durch die Niederlassungsfreiheit garantierten Unternehmensbeweglichkeit kann die deutsche Mitbestimmung sich nur behaupten, wenn sie von den Anteilseignern akzeptiert wird. Jeder staatliche Druck ist kontraproduktiv, signalisiert, dass Mitbestimmung nur mit Zwang durchzusetzen ist und vertreibt die Unternehmen zumindest aus den mitbestimmungspflichtigen deutschen Rechtsformen, manchmal aber auch aus Deutschland.

Erforderlich ist eher eine Lockerung der deutschen zementierten Mitbestimmung hin zur vereinbarten „passgenauen“ Mitbestimmung nach europäischem Modell – und unter Einbezug auch der ausländischen Belegschaften. Dazu liegen Vorschläge aus der Wissenschaft längst vor; diese müsste die Politik nur zur Kenntnis nehmen. Doch dort herrscht nach dem Scheitern der 2. Biedenkopf-Kommission im Jahr 2006 Stillstand

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)509**

2. Mai 2011

**Information für den Ausschuss**

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts

**zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum**

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD**

**Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)**

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.**

**Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)**

**Einleitung**

Die im Jahr 1976 verabschiedeten Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) bestehen seitdem im Kern unverändert fort. Inzwischen haben sich allerdings die volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen fundamental verändert. Mehr denn je müssen sich deutsche (mitbestimmte) Unternehmen nicht nur auf den Produkt-, sondern auch auf den Kapitalmärkten dem globalen Wettbewerb stellen.

Mit der Globalisierung der Kapitalmärkte hat sich auch die Eigentümerstruktur deutscher Aktiengesellschaften gravierend verändert. Betrug der Anteil ausländischer Investoren an dem gesamten Aktienbestand deutscher Unternehmen im Jahr 2000 noch 14 Prozent, liegt dieser Wert inzwischen bei 23 Prozent. Noch massiver ist der Wandel der Aktionärsstruktur in den großen DAX-Gesellschaften. Dort halten ausländische Investoren inzwischen im Durchschnitt mehr als die Hälfte der Anteile.

Mit der Internationalisierung des Aktionariats haben sich die Anforderungen an die Corporate Governance deutscher Unternehmen grundlegend verändert. Auch sie steht im Wettbewerb mit anderen Ansätzen weltweit. Im Zusammenwirken der Organe der deutschen Aktiengesellschaft kommt dem Aufsichtsrat die wesentliche Rolle zu, die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Funktion erfordert nicht nur eine angemessene Expertise der Aufsichtsräte, sondern auch eine strukturelle Zusammensetzung, die eine reibungslose Arbeitsweise und damit die Effizienz dieses Gremiums gewährleistet.

Inwiefern die Arbeitnehmermitbestimmung die Arbeit der Aufsichtsräte der Unternehmen beeinflusst, ist für Investoren ein wichtiges Corporate-Governance-Thema. So stellt eine Umfrage des Institute of Law and Finance und des Instituts der deutschen Wirtschaft aus dem Jahr 2006 fest, dass Eigenkapitalgeber zumindest skeptisch gegenüber der Unternehmensmitbestimmung eingestellt sind: Fast die Hälfte der befragten Vorstände bzw. Aufsichtsräte mitbestimmter Gesellschaften sind der Ansicht, dass die herrschenden Regeln die Bereitschaft sowohl in- als auch ausländischer Investoren beeinträchtigt, Eigenkapital bereitzustellen.<sup>171</sup>

Die jüngsten Krisenerfahrungen haben gezeigt, dass ein ausreichender Bestand an Eigenkapital für die Unternehmen und ihre Belegschaften zur Überlebensfrage werden kann. Finanzierungshindernisse sollten daher identifiziert und abgebaut werden. Auch wenn das deutsche Mitbestimmungsmodell nur ein Parameter der Anlageentscheidung unter vielen ist, gilt es, die Unternehmensmitbestimmung auf den Prüfstand zu stellen, den Herausforderungen globalisierter Märkte anzupassen und damit die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit zu erhöhen.

Zwar besteht sowohl bei Arbeitgeber als auch Arbeitnehmern Einigkeit darin, die etablierten Regeln kritisch zu hinterfragen und nachzujustieren. Das

<sup>171</sup> Siehe Stettes, Oliver: Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat – Ergebnisse einer Unternehmensbefragung, in: IW-Trends, 34. Jg., H. 1/2007, S. 17ff.

Scheitern der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung im Jahr 2006 hat aber gezeigt, wie schwierig es ist, hierfür eine einheitliche Richtung einzuschlagen.<sup>172</sup> Aus Sicht des Deutschen Aktieninstituts ist es entscheidend, die starren gesetzlichen Mitbestimmungsregeln aufzulockern und mehr Spielraum für flexible Regeln zu lassen, die von Arbeitnehmern und Kapitaleignerseite gleichermaßen mitgetragen werden. Dies wäre die richtige Antwort auf ein sich wandelndes weltwirtschaftliches Umfeld. Entsprechende Vorschläge, die im Kern auf eine Flexibilisierung der Regeln per Verhandlungslösung abzielen, liegen auf dem Tisch.<sup>173</sup>

Die vorliegenden Anträge der Bundestagsfraktionen der SPD und Der Linken sind weitere Beiträge in der Reformdebatte. Eine Ausweitung der gesetzlichen Mitbestimmungsregeln ist allerdings kontraproduktiv hinsichtlich der Zielsetzung, den veränderten Anforderungen an eine gute Unternehmensführung Rechnung zu tragen und das deutsche Mitbestimmungsmodell zu flexibilisieren. Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf den Antrag der SPD-Fraktion, da dieser die Forderungen der Fraktion Die Linke einschließt und darüber hinausgeht.

#### **Begründung der Anträge ist nicht stichhaltig**

Der SPD-Antrag führt im Wesentlichen zwei Gründe an, warum die „Unternehmensmitbestimmung [...] an die veränderten Rahmenbedingungen, an die Europäisierung und Internationalisierung der Unternehmen angepasst werden [muss]“. Diese beruhen teils auf Behauptungen, die einer empirischen Überprüfung nicht standhalten, und teils auf Missverständnissen.

#### *1) Mitbestimmte sind erfolgreicher als nicht-mitbestimmte Unternehmen?*

Die Behauptung im SPD-Antrag, dass die Mitbestimmung „zum nachhaltigen, wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen“ beiträgt, ist nicht nur theoretisch umstritten, sondern auch empirisch nicht zu halten.

In der Theorie werden die Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung durch zwei Ansätze analysiert, deren Ergebnisse sich allerdings widersprechen.<sup>174</sup> Die Theorie der Verfügungsrechte („Property-Rights-Theorie“) problematisiert die unterschiedlichen Zielfunktionen von Anteilseignern und Arbeitnehmern, die zu höheren Transaktionskosten und suboptimalen Entscheidungen im Aufsichtsrat

führen können, was sich wiederum negativ auf die Produktivität mitbestimmter Unternehmen auswirken kann. Im Gegensatz dazu sehen die Vertreter der Partizipationstheorie in der Mitbestimmung der Arbeitnehmer ein effizienzsteigerndes Instrument. Ein positiver Effekt ist z.B. die Möglichkeit der Arbeitnehmer, im Aufsichtsrat ihre Meinung hinsichtlich der Unternehmensentwicklung zu artikulieren. Diese Einbindung in strategische Entscheidungsprozesse könnte die Fluktuationsrate im Unternehmen sowie die Kosten u.a. für die Suche und Einarbeitung von Neueinstellungen senken. Gleichzeitig könnten die Mitbestimmungsmöglichkeiten die Arbeitszufriedenheit erhöhen, was sich wiederum in einer höheren Arbeitsproduktivität niederschlagen sollte.

Empirisch lässt sich weder die eine noch die andere Theorie belegen. Entsprechende Studien, die das Phänomen Unternehmensmitbestimmung anhand unterschiedlicher Rentabilitätskennziffern untersuchen, kommen zu keinem einheitlichen Ergebnis.<sup>175</sup> Dieser Befund überrascht nicht, lässt sich doch der Einfluss der Mitbestimmung auf den Unternehmenserfolg kaum isoliert betrachten.<sup>176</sup>

Die Ambivalenz der Studien bedeutet aber nicht, im gesetzlichen Status quo zu verharren. Dagegen spricht, dass sich die Rechtsform der Societas Europaea (SE) gerade unter deutschen Unternehmen einer immer größeren Beliebtheit erfreut. Von den insgesamt 134 bislang operativ tätigen SE sind 72 deutsche Gesellschaften (Stand: März 2010).<sup>177</sup> Inzwischen weist vieles darauf hin, dass die Gründung einer SE auch aus dem Motiv heraus erfolgt, ein flexibleres Mitbestimmungsmodell bspw. hinsichtlich der Größe des Aufsichtsrats oder der Einbeziehung ausländischer Mitarbeiter anwenden zu können, das sowohl von Anteilseignern als auch Arbeitnehmern mitgetragen wird.<sup>178</sup> Darüber hinaus fällt auf, dass zwei Drittel (48) der deutschen SE über weniger als 500 Mitarbeiter verfügen. Dies deutet zumindest bei einigen Unternehmen darauf hin, dass der mitbestimmungsfreie Status quo auch bei einem Anstieg der Beschäftigtenzahlen „eingefroren“ werden soll.

Die allgemeine Aussage, dass mitbestimmte Unternehmen erfolgreicher wären als nicht-mitbestimmte, trifft nicht zu. Vielmehr legt das große Interesse

<sup>172</sup> Siehe Kommission zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung. Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, Dezember 2006.

<sup>173</sup> Siehe bspw. Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“: Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 30. Jg., H. 19, 2009, S. 885ff.

<sup>174</sup> Zu diesen Theorieansätzen siehe z.B. Junkes, Joachim/Sadowski, Dieter: Mitbestimmung im Aufsichtsrat: Steigerung der Effizienz oder Ausdünnung von Verfügungsrechten, in: Frick, Bernd et al. (Hrsg.): Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, 1999, S. 53ff.; Franz, Wolfgang: Die deutsche Mitbestimmung auf dem Prüfstand: Bilanz und Vorschläge für eine Neuausrichtung, ZAF 2 und 3/2005, S. 268ff.

<sup>175</sup> Siehe hierzu die Überblicke in Stettes, Oliver, a.a.O., S. 17ff.; Sadowski, Dieter et al.: Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht, in: Quint-Essenzen Nr. 61, 2000, S. 13ff.; Rosen, Rüdiger von: Kapitalmarkt und Mitbestimmung, in: Grundmann, Stefan et al.: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 789ff.

<sup>176</sup> Zur methodischen Auseinandersetzung mit diesen Studien siehe Sadowski, Dieter et al., a.a.O., S. 13ff. und Schmid, Frank A./Seger, Frank: Replik auf „Arbeitnehmermitbestimmung und moderne Theorie der Unternehmung“. Anmerkungen zum Beitrag von Frick, Speckbacher und Wentges, ZfB 69 (1999), S. 765ff.

<sup>177</sup> Siehe Köstler, Roland: Europäische Aktiengesellschaft: Keine Aushöhlung der Mitbestimmung, Pressemitteilung vom 23.4.2010.

<sup>178</sup> Siehe Eidenmüller, Horst: Eine empirische Analyse der Societas Europaea als Rechtsformalternative, in: AG 23/2009, S. 846ff.

gerade deutscher Unternehmen an der SE den Befund nahe, dass immer mehr noch nicht mitbestimmte Unternehmen den derzeitigen Zustand erhalten wollen und viele schon mitbestimmte Unternehmen mehr Flexibilität hinsichtlich des Mitbestimmungsmodells wünschen. Diesem Umstand sollte der Gesetzgeber durch eine entsprechende Reform der bestehenden, zu starren Regeln Rechnung tragen.

## 2) *Mitbestimmung als Instrument der Verteilungspolitik?*

Als weiteren Grund zur Erweiterung der Mitbestimmungsregeln führt der SPD-Antrag eine „historisch niedrige Lohnquote und steigende Armut“ an. Ursächlich hierfür sei eine zu starke Shareholder-Value-Orientierung, hauptsächlich verbunden mit dem Streben der Anteilseigner nach hohen und raschen Profiten. Die Stärkung bzw. Erweiterung der Mitbestimmung, insbesondere in zentralen unternehmerischen Entscheidungen, müsse dieser Entwicklung Einhalt gebieten. Dies wäre eine wichtige Lehre aus der Krise.

### **Missverständnisse um den Begriff „Shareholder Value“**

Den Begriff „Shareholder Value“ mit der Maximierung kurzfristiger Renditen gleichzusetzen, ist falsch. Ganz im Gegenteil zeigt die Erfahrung, dass die Aktienanlage im Vergleich zu anderen Anlageformen erst in der langen Frist ihre Renditevorteile ausspielen kann. Wer kurzfristig extrem hohe Renditen erzielen will, muss auch entsprechende Kurseinbrüche einkalkulieren. Erwiesenermaßen können diese Kursschwankungen durch einen langfristigen Investmenthorizont signifikant verringert werden.

Trotzdem hält sich in Teilen der Öffentlichkeit und Politik hartnäckig das Missverständnis, Aktionäre wären ausschließlich an einer kurzfristigen Renditemaximierung interessiert und damit auch schuld an der Wirtschafts- und Finanzkrise. Die Krise, die von Fehlentwicklungen auf dem US-Immobilienmarkt ausgegangen ist, hat durch die damit verbundenen Kursverluste auf den Aktienmärkte die Vermögensposition der Aktionäre deutlich verschlechtert. Die Aktionäre waren daher weder Verursacher noch Schuldige, sondern Leidtragende der Krise. Gleichzeitig hat sich gezeigt, dass nicht nur private Banken betroffen waren, sondern in Deutschland insbesondere die öffentlich dominierten Landesbanken.

Krisenursache war daher nicht das vermeintlich kurzfristige Renditestreben der Aktionäre. Ausschlaggebend waren vielmehr die US-amerikanische Wohnungs- und Geldpolitik, Fehlanreize, die partiell von den Vergütungssystemen in den Finanzinstituten ausgingen, Lücken im Aufsichtsrecht und in der laufenden Aufsicht, ein fehlendes Geschäftsmodell bei den Landesbanken usw. Diese Ursachen wurden inzwischen – zumindest z.T. – in unzähligen Initiativen sowohl auf internationaler als auch nationaler Ebene adressiert und haben zu verschiedenen regulatorischen Änderungen mit Schwerpunkt im Bankenaufsichtsrecht geführt. Welchen zusätzlichen Beitrag eine Verschärfung der Unternehmensmitbestimmung noch leisten kann, ist daher zweifelhaft.

Auch ist die in dem SPD-Antrag implizit unterstellte These empirisch nicht haltbar, dass Betriebsschließungen oder Standortverlagerungen zwangsläufig im Interesse der Aktionäre liegen müssten. Zwar zeigen empirische Studien, dass sich angekündigte Entlassungen positiv auf den Börsenkurs auswirken können, wenn sie in ein sinnvolles unternehmerisches Konzept eingebettet sind, zumal auf solche Restrukturierungen i.d.R. der Wiederaufbau von Kapazitäten und Beschäftigung folgt. Genauso gut ist aber der umgekehrte Fall zu beobachten, dass die Ankündigung von Entlassungen als Zeichen einer tiefgreifenden unternehmerischen Krise aufgefasst wird und der Kurs der Aktien deshalb fällt. Ein genereller Zusammenhang zwischen Umstrukturierungsmaßnahmen und Anstieg der Aktienkurse ist nicht zu belegen.<sup>179</sup>

Darüber hinaus konstruiert die negative Konnotation des Shareholder Value einen künstlichen Konflikt zwischen Arbeitnehmern und Kapitaleignern. Damit wird zuwenig der Tatsache Rechnung getragen, dass der „typische“ deutsche Aktionär aus der Mitte der deutschen Arbeitnehmerschaft kommt: Mit mehr als 50 Prozent der 8,4 Mio. Aktionäre und Aktienfondsbesitzer in Deutschland stellen in Deutschland die Angestellten und Arbeiter den größten Anteil. Weitere 30 Prozent sind Beamte oder Rentner bzw. Pensionäre.<sup>180</sup> Darüber hinaus investieren inzwischen 2,8 Mio. Riestersparer mittels staatlich geförderter Fondsanlage in Aktien.

Überwiegendes Motiv dieser langfristig orientierten Anleger ist die private Altersvorsorge als Ergänzung zur gesetzlichen Rente, deren Leistungsfähigkeit aufgrund demographischer Faktoren weiter sinken wird.<sup>181</sup> Auch die ausländischen Anteilseigner, darunter bspw. Pensionsfonds, die die Altersvorsorge der Arbeitnehmer verwalten, sind i.d.R. an einer nachhaltig erfolgreichen Unternehmenspolitik interessiert. Selbst sog. aktive Aktionäre, insbesondere Hedge Fonds, denen oftmals fälschlicherweise in der öffentlichen Diskussion ein extrem kurzfristiger Anlagehorizont nachgesagt wird, sind in der Mehrheit längerfristig in einem Unternehmen investiert.<sup>182</sup>

Alle Aktionäre unterschiedslos als kurzfristige Renditemaximierer zu bezeichnen, denen durch eine Ausweitung der Mitbestimmung Einhalt geboten werden muss, ist Ausdruck einer verzerrten Wahrnehmung und mit der Realität nicht vereinbar.

### **Lohnpolitik als Aufgabe des Aufsichtsrats?**

Der SPD-Antrag führt die sinkende Lohnquote als Maßstab für die steigende Verteilungsgerechtigkeit und zunehmende Armut in Deutschland an, die

<sup>179</sup> Siehe dazu beispielsweise Z. Iqbal und A. Akhigbe: Changes in corporate performance associated with layoffs, Journal of Financial and Strategic Decisions, Vol. 10 (2), 1997, S. 17ff.

<sup>180</sup> Siehe DAI-Factbook 2011, Blatt 08.3-Ber-A+F.

<sup>181</sup> Privatanleger werden daher von den börsennotierten Unternehmen insbesondere als langfristige Anleger geschätzt (siehe Kuhn, Norbert et al.: Privataktionäre in börsennotierten Unternehmen, Studien des Deutschen Aktieninstituts, H. 46, Frankfurt M. 2009, S. 19).

<sup>182</sup> Siehe Deutsches Aktieninstitut / McKinsey: Investorendialog im Umbruch. Umfrage zum Umgang börsennotierter Unternehmen mit aktiven Aktionären, Frankfurt M. 2009, S. 16.

es u.a. mit dem Instrument einer erweiterten Unternehmensmitbestimmung zu korrigieren gelte. Eine solche Aussage übersieht, dass in Deutschland Lohnpolitik aus guten Gründen die Angelegenheit der Tarifpartner ist. Vom Tarifvertrag abweichende flexible betriebliche Vereinbarungen, bspw. zur Standortsicherung, obliegen wiederum den Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber.

Der Aufsichtsrat hat hingegen die generelle Aufgabe, die Geschäftsleitung zu kontrollieren und ist dabei an das Unternehmensinteresse gebunden. Lohn- oder Tarifverhandlungen sind hingegen nicht Aufgabe des Aufsichtsrats. Hieran sollte sich auch künftig nichts ändern, würde dies doch die Arbeit des Aufsichtsrats überfrachten, zahlreiche unauflösbare Zielkonflikte heraufbeschwören und damit dessen originäre Kontrollaufgabe schwächen. Gleichzeitig wäre eine solche Kompetenzerweiterung ein unangemessener Eingriff in bewährte Mechanismen der Tarifautonomie bzw. betrieblicher Bündnisse.

Darüber hinaus sind Zweifel angebracht, ob die Lohnquote überhaupt als belastbarer Indikator für die Angemessenheit der Lohnhöhe herangezogen werden kann. Die längerfristige Betrachtung der Lohnquote gibt lediglich Auskunft darüber, wie sich das Einkommen aus nicht-selbständiger Arbeit in Relation zum gesamten Volkseinkommen entwickelt hat. Damit wird allerdings die Tatsache vernachlässigt, dass das Lohnniveau in Deutschland trotz moderater Abschlüsse der Tarifpartner in den letzten Jahren im internationalen Vergleich weiterhin relativ hoch ist. Hinsichtlich der Lohnstückkosten, die Relation von Lohnkosten zur Produktivität, belegt das deutsche Verarbeitende Gewerbe im Jahr 2009 hinter Großbritannien den zweiten Platz. Allerdings ist es gerade in den Jahren vor der Wirtschaftskrise gelungen, die Lohnstückkosten zu senken und damit die internationale Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern.<sup>183</sup> Dies ist mitunter auch ein Grund, warum die deutschen Unternehmen im Gegensatz zu den griechischen oder spanischen Unternehmen, deren Lohnstückkosten im gleichen Zeitraum deutlich gestiegen sind, gestärkt aus der Krise hervorgegangen sind.

#### **Vorgeschlagene Maßnahmen sind nicht zielführend**

Der Antrag der SPD-Bundestagsfraktion sieht vier Maßnahmen vor, das Mitbestimmungsgesetz zu erweitern:

- 1) Die Ausweitung des MitbestG auf Unternehmen in ausländischer Rechtsform, die ihren Verwaltungssitz oder eine Zweigstelle in Deutschland haben bzw. auf Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär;
- 2) Die gesetzliche Festschreibung von zustimmungspflichtigen Geschäften, insbesondere zu Betriebsschließungen, Standortverlagerungen und Unternehmenskäufe, wobei diese Liste mit einer qualifizierten Minderheit von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder ergänzt werden kann;

<sup>183</sup> Siehe Schröder, Christoph: Produktivität und Lohnstückkosten der Industrie im internationalen Vergleich, in: IW-Trends, 37. Jg., H. 4/2010.

3) Absenkung der Schwellenwerte zur Anwendung der paritätischen Mitbestimmung auf 1.000 Mitarbeiter / der Drittelbeteiligung auf 250 Mitarbeiter;

4) Die Abschaffung des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden in paritätisch mitbestimmten Unternehmen.

Zu 1) Das Ausweichen in die SE oder in eine ausländische Rechtsform ist u.a. ein Indiz dafür, dass die Mitbestimmung im Aufsichtsrat von einer steigenden Zahl an Gesellschaften als zu unflexibel angesehen wird, um den individuellen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Zwar ist die Zahl der „Abweichler“ bislang noch zu gering, um von einem „Massenexodus“ aus den deutschen Rechtsformen zu sprechen. Dieser Trend sollte aber in der Politik als Signal wahrgenommen werden, die Mitbestimmungsregeln weiterzuentwickeln, auch um die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Rechtsformen gegenüber ausländischen zu erhalten. Die Unternehmensmitbestimmung sollte – wie einleitend beschrieben – eine Flexibilisierung per Verhandlungslösung ermöglichen. Eine Ausweitung der Mitbestimmung auf ausländische Rechtsformen würde hingegen den Wettbewerb der Rechtsformen schwächen. Auch wäre es keine gesamtwirtschaftlich sinnvolle Lösung, die Unterschiede in der Flexibilität dadurch zu beseitigen, dass alle Rechtsformen gleich unflexibel ausgestaltet werden.

Zu 2) Zwar definiert § 111 Abs. 4 AktG nicht explizit Geschäfte, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, aber der Deutsche Corporate Governance Kodex spricht die Empfehlung aus, „Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern“, unter den Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats zu stellen (DCGK 3.3). Diese Empfehlung lässt dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften den nötigen Spielraum, unter Berücksichtigung unternehmensindividueller Anforderungen einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte festzulegen. Das Deutsche Aktieninstitut ist der Ansicht, dass es keiner weiteren gesetzlichen Regelung bedarf und folgt damit der Empfehlung der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung.<sup>184</sup>

Zu 3) Das Deutsche Aktieninstitut ist gegen eine Absenkung der Schwellenwerte zur Anwendung der paritätischen Mitbestimmung bzw. der Drittelmitbestimmung. Es spricht schon unter dem gegenwärtigen System nichts dagegen, als kleineres Unternehmen per Satzung ein Mitbestimmungsmodell zu beschließen. Eine gesetzlich vorgeschriebene Absenkung der Schwellenwerte würde aber mit einem zusätzlichen bürokratischen Aufwand für kleinere Unternehmen einhergehen und dem Erfordernis, die Mitbestimmungsregeln zu flexibilisieren, widersprechen.

Zu 4) Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 1979 in seinem Urteil zum Mitbestimmungsgesetz

<sup>184</sup> Siehe Kommission zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung, a.a.O., S. 25f.

festgestellt, dass das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, der i.d.R. von den Anteilseignern bestellt wird, ein leichtes Übergewicht der Anteilseigner im Aufsichtsrat begründet.<sup>185</sup> Hieraus wurde der Schluss gezogen, dass das MitbestG nicht gegen die grundgesetzlich verankerte Eigentumsgarantie verstößt.

Die Abschaffung des Zweitstimmrechts und die Herstellung von tatsächlicher Parität zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmer wäre ein schwerwiegender Eingriff in die Eigentumsrechte der Aktionäre und damit verfassungsrechtlich äußerst bedenklich. Dies ist auch die Auffassung der Kommission zur Modernisierung der Mitbestimmung, die sich aus diesem Grund ebenfalls gegen eine diesbezügliche Änderung ausspricht.<sup>186</sup>

Abgesehen von verfassungsrechtlichen Kriterien steht zu befürchten, dass eine tatsächliche Parität in Pattsituationen die Arbeit des Aufsichtsrats stark blockieren oder gänzlich lahm legen könnte. Darunter würde die Effizienz der Kontrolle und der Corporate Governance als Ganzem deutlich leiden. Auch wäre ein solches System sowohl in- als auch insbesondere ausländischen Investoren nur schwer vermittelbar, was mit einer Verschärfung der Finanzierungsbedingungen für die betroffenen Kapitalgesellschaften verbunden wäre. Das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden muss daher als zentrales Institut zur Absicherung der Eigentumsrechte der Anteilseigner erhalten bleiben.

#### **Flexibilisierung statt Verschärfung der Mitbestimmung**

Insgesamt entbehren die Anträge der Fraktionen SPD und Die Linke einer überzeugenden Begründung. Statt über eine Verschärfung sollte über eine Flexibilisierung der bestehenden Regeln nachgedacht werden, um den geänderten weltwirtschaftlichen Anforderungen Rechnung zu tragen. Hierzu eignet sich am besten eine Verhandlungslösung zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmern, die von einer Aufanglösung flankiert sein kann. Kern der Verhandlungen könnten der Anteil der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, die Beteiligung der Mitarbeiter ausländischer Konzerngesellschaften, die Mitbestimmung in Konzerntochtergesellschaften, die Größe des Aufsichtsrats oder der Umfang der zustimmungspflichtigen Geschäfte sein.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Siehe BVerfGE 50, 290.

<sup>186</sup> Siehe Kommission zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung, a.a.O., S. 44f.

<sup>187</sup> So der Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, a.a.O.



**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)518**

2. Mai 2011

**Information für den Ausschuss**

Stellungnahme des Deutschen Führungskräfteverbandes (ULA)

**zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum**

- a) Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD**

**Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)**

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.**

**Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)**

**1. Allgemeine Bewertung**

Der Deutsche Führungskräfteverband ULA stimmt mit den Antragstellern in ihrer Einschätzung überein, dass sich die Systeme der Mitbestimmung auf betrieblicher und Unternehmensebene bewährt haben. Er begrüßt, dass auch die Bundesregierung diese Auffassung teilt (Bundestagsdrucksache 17/5414).

Aus Sicht des Verbandes leistet die eigenständige Vertretung Leitender Angestellter (auf betrieblicher Ebene in Sprecherausschüssen sowie in Unternehmen die dem MitbestG 1976 unterliegen durch eine eigenständige Vertretung im Aufsichtsrat) einen maßgeblichen Beitrag zum Funktionieren dieser Systeme.

Die gewachsenen Möglichkeiten für Unternehmen, europäische oder ausländische Rechtsformen zu wählen, stellen für die Mitbestimmungssysteme eine Herausforderung dar.

Aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbandes ULA ist die Wahl **europäischer Rechtsformen** wie etwa die SE, oder die SCE, ganz überwiegend nicht als Mitbestimmungsflucht zu bewerten und ist normalerweise auch nicht durch diesbezügliche Erwägungen der Anteilseigner motiviert. Die Verhandlungen zur Mitbestimmung in Europäischen Aktiengesellschaften (SE) führen aber in der Mehrzahl der Fälle zu einer Verschlechterung der Partizipationschancen für Leitende Angestellte.

Dieser Befund wurde unter anderem auch von der im Antrag der SPD-Fraktion zitierten „Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung“ (Biedenkopf-Kommission) getroffen. Der Deutsche Führungskräfteverband ULA hat die in dem Bericht ausgesprochenen Empfehlungen zur Stärkung der Position der Leitenden Angestellten bereits bei Vorlage des Berichts begrüßt und erneuert bei dieser Gelegenheit dieses Votum.

Darüber hinaus können der im Antrag der SPD-Fraktion angesprochene „Einfriereffekt“ bei Unternehmen mit Mitarbeiterzahlen knapp unterhalb mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte, sowie die hohen prozeduralen Hürden für eine Anpassung eines ausgehandelten Teilnehmungsmodell nachträglich anzupassen, in Einzelfällen durchaus dazu führen, dass sich die Beteiligungschancen der Arbeitnehmer insgesamt in einem Vorher-Nachher-Vergleich tendenziell verschlechtern.

Im Gegensatz dazu beurteilt der Deutsche Führungskräfteverband ULA die Gründung so genannter „Scheinauslandsgesellschaften“ als eine ernst zu nehmende „Fluchtoption“. Trotz ihrer derzeit noch zahlenmäßig vergleichsweise geringen Nutzung birgt sie ein beträchtliches Gefährdungspotential für eine funktionierende Arbeitnehmerbeteiligung.

## 2. Bewertung im Besonderen

### 2.1 Scheinauslandsgesellschaften

Die unlängst (in Bundestagsdrucksache 17/5414) getätigte Aussage der Bundesregierung, von einer Mitbestimmungsflucht könne auch angesichts des von der Mitbestimmungsforschung nachgewiesenen Anstiegs der Zahl von „Scheinauslandsgesellschaften“ nicht die Rede sein, greift aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbandes ULA zu kurz.

Der derzeit zu verzeichnende, merkliche Anstieg von Unternehmen, deren Verwaltungssitz im Inland und deren Satzungssitz im Ausland liegt, sollte aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbandes ULA ernst genommen werden.

Er empfiehlt dem Gesetzgeber, die weitere Entwicklung eingehend zu verfolgen und rechtzeitig geeignete gesetzgeberische Optionen zu prüfen.

### 2.2 Schwellenwerte

Der Deutsche Führungskräfteverband ULA würde sich Bestrebungen einer moderaten Absenkung der Schwellenwerte für das Drittelbeteiligungsgesetz sowie das Mitbestimmungsgesetz 1976 grundsätzlich nicht verschließen. Der politische Vorrang gebührt derzeit jedoch Maßnahmen zur Absicherung der derzeitigen Mitbestimmungsregelungen. Hiervon würden unter dem Strich auch mehr Arbeitnehmer profitieren als lediglich diejenigen Arbeitnehmer aus

Unternehmen mit Arbeitnehmerzahl im Bereich der geforderten Absenkungen.

### 2.3 Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte, Neutrale Person im Aufsichtsrat, Doppelstimmrecht

Der Vorschlag, einer qualifizierten Minderheit im Aufsichtsrat eine Ergänzung des Kataloges zustimmungsbedürftiger Geschäfte (Betriebsschließungen etc.) zu ermöglichen, stößt beim Deutschen Führungskräfteverband ULA auf Bedenken.

Ein solcher Schritt würde tief in die Satzungsautonomie der Anteilseigner eingreifen.

Der Vorschlag, das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden im Aufsichtsrat abzuschaffen und über die Aufnahme einer „neutralen Person“ eine „echte Parität“ herzustellen, findet nicht die Zustimmung des Deutschen Führungskräfteverbandes ULA.

Beide Vorschläge drohen die Grundlagen des historischen Kompromisses massiv zu tangieren, der die Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetz 1976 überhaupt ermöglicht hat.

Nicht zuletzt in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes von 1979, in der die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes bekräftigt wurde, kam dem Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden eine wichtige Bedeutung zu (BVerfG, Urteil vom 1.3.1979, 1 BvR 532/77; 1 BvR 533/77; 1 BvR 419/78; 1 BvL 21/78).

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)519**

2. Mai 2011

**Information für den Ausschuss**

Stellungnahme des dbb beamtenbund und tarifunion

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 09. Mai 2011 zum

- a) **Antrag der Abgeordneten Ottmar Schreiner, Anette Kramme, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD**

**Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken (BT-Drucksache 17/2122)**

- b) **Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sahra Wagenknecht, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.**

**Unternehmensmitbestimmung lückenlos garantieren (BT-Drucksache 17/1413)**

**Allgemeines**

Die Bedeutung der Mitbestimmung für den sozialen Frieden, das Verantwortungsbewusstsein und die Innovationsbereitschaft der Arbeitnehmer durch die Qualitätskontrolle der Unternehmensführung, den Schutz der Beschäftigten in Krisenzeiten und die Akzeptanz von Unternehmensentscheidungen ist allgemein anerkannt. Die Mitbestimmung stellt daher einen der Grundpfeiler für ökonomische, rechtliche und soziale Stabilität und dementsprechend einen unverzichtbaren Bestandteil der deutschen Wirtschaftsordnung dar.

**Unternehmensmitbestimmung**

Kritiker der Unternehmensmitbestimmung behaupten, sie hielte ausländische Unternehmen von Investitionen ab. Das ist unzutreffend. Die Unternehmensmitbestimmung hat keinen entscheidenden Einfluss auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands. Standortentscheidend ist vielmehr das Zusammenspiel von Faktoren wie Infrastruktur, Qualifikation der Arbeitskräfte, Lohnniveau und Höhe der steuerlichen Belastungen.

Deutschland ist auch nicht unter dem Aspekt globalisierungs- und europarechtlich bedingter Änderungen im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme benachteiligt. Der internationale Wettbewerb, dem sich deutsche Unternehmen zu stellen haben, dreht sich weniger um die Gesellschaftsrechtssysteme als vielmehr um die Höhe der Personalkosten. Gleichwohl sind die Auswirkungen der nach neuerem EU-

Recht geschaffenen Möglichkeiten zur Errichtung von Gesellschaftsformen auf deutschem Boden zu beobachten.

Bei der Bildung einer Europäischen Aktiengesellschaft können die Unternehmen zwischen den verschiedenen Unternehmensverfassungen wählen und die Form der Mitbestimmung verhandeln. Dies zeigt zunächst, dass die Existenz unterschiedlicher Unternehmensverfassungen anerkannt wird und die Mitbestimmung im europäischen Kontext nicht wegzudenken ist. Ob die deutsche Form der Mitbestimmung dabei stets außen vorbleibt, wie ihre Kritiker behaupten, muss sich erst noch zeigen. Der dbb verlangt jedoch grundsätzlich die Gesellschaftsform nach deutschem Recht. Entsprechendes gilt im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Die Entwicklungen in diesem Bereich bleiben zu beobachten.

Sollten sich Anpassungen zur Vermeidung von Nachteilen für den Standort Deutschland als unerlässlich erweisen, sind diese zu unterstützen. Nur unter dieser Voraussetzung ist über eine grundlegende alternative Ausgestaltung des deutschen Systems

der Unternehmensmitbestimmung nachzudenken. Insbesondere verfolgt der dbb die Einbindung/Partizipation aller Mitarbeiter, insbesondere auch der ausländischen Mitarbeiter, in die Unternehmensmitbestimmung. Nicht gefolgt werden kann jedenfalls dem von Arbeitgeberseite vorgelegten Reformvorschlag der Einführung eines Verhand-

lungsmodells mit gesetzlicher Auffanglösung. Er lässt die ungleichen Machtverhältnisse zwischen Unternehmen und Beschäftigten unberücksichtigt. Gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten können Arbeitnehmervertreter unter Druck gesetzt werden, einer verringerten Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern zuzustimmen. Ziel ist letztlich, die Informations- und Einflussmöglichkeiten von Arbeitnehmervertretern einzugrenzen. Es ist anzunehmen, dass die Arbeitnehmerseite in entsprechenden Verhandlungen regelmäßig unterläge und damit zwangsläufig auf eine Drittelbeteiligung reduziert wäre.

Ein grundlegender Änderungsbedarf besteht daher derzeit nicht. Korrekturen hingegen sind wünschenswert: Einführung der Direktwahl (Urwahl) der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerbank als wichtiges Anliegen insbesondere der kleineren Gewerkschaften, Abschaffung der Doppelstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden bzw. Ersetzung durch Losentscheid sowie Beteiligung von Arbeitnehmern ausländischer Betriebe eines inländischen Unternehmens an der Unternehmensmitbestimmung.

Des Weiteren sollte über die Größe des Aufsichtsrats, eine mögliche Begrenzung der Aufsichtsratssitze, die in Personalunion eingenommen werden können

sowie das Gefahrenpotential, das die Möglichkeit der Doppelfunktion in Vorstand und Aufsichtsrat und der sofortige Wechsel von dem einen zu dem anderen Gremium in sich bergen, diskutiert werden.

Darüber hinaus ist in der Praxis zu beobachten, dass die Überwachung der Unternehmensführung nicht immer in ausreichendem Maße erfolgt. Die vom Corporate Governance Kodex verlangte Effizienzprüfung wird oft halbherzig durchgeführt, Aufsichtsratsvertreter mit einer Vielzahl an Aufsichtsratssitzen können ihrer Aufgabe vielfach nicht gerecht werden, und in vielen Fällen fehlt es an den notwendigen Kenntnissen. Zur Verbesserung der Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats sollten deshalb Fortbildungen der Aufsichtsratsmitglieder eingeführt werden (Schulungsanspruch). Denkbar sind zum besseren Verständnis der Gegebenheiten auch Besuche von Niederlassungen und Produktionsstätten. Die Aufsichtsratsmitglieder sollten ausreichend Zeit zum Studium der jeweiligen Sitzungsunterlagen haben. Diese sind angemessen aufzubereiten. Zudem sollte die Anzahl der pro Jahr durchgeführten Aufsichtsratssitzungen erhöht werden, zunächst auf eine pro Quartal.