

# STELLUNGNAHME

Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Zum Antrag der Bundestagsfraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
„Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen“

24.05.2017

## I. Grundlegende Einschätzung

Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat wird heute auch angesichts ihres Beitrags zur sozialpartnerschaftlichen Bewältigung der Finanzkrise 2007/2008 vielfach als zentraler Bestandteil der sozialen Marktwirtschaft (Bundeskanzlerin Angela Merkel 2010) gesehen und als „Kernelement der Kooperationskultur“ (Bundespräsident Joachim Gauck 2016) gelobt. Nach der aktuellen Stellungnahme der Bundesregierung „hat sich die Mitbestimmung auf Unternehmensebene bewährt“ (Bundesregierung v. 6.5.2016, Antwort auf kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/8354). Das deckt sich mit jüngsten Erkenntnissen des Mitbestimmungsindex MB-ix der Hans-Böckler-Stiftung<sup>1</sup>: Alles in allem zeigt die Mehrjahresbetrachtung eine Stabilität in der Verankerung der Mitbestimmung in den untersuchten Unternehmen. Die Unternehmen, die die Mitbestimmung haben, schätzen ihren positiven Beitrag und erhalten ihren Wert.

Trotz dieses Befundes der Akzeptanz und Anerkennung in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft zeigen Praktiken der Vermeidung und Umgehung, dass die Mitbestimmung Gefahren und Herausforderungen für ihren Bestand ausgesetzt ist. Die Hans-Böckler-Stiftung hat umfangreiche Studien zur Empirie der Anwendung der Mitbestimmungsgesetze vorgelegt.<sup>2</sup> Auch Prof. Walter Bayer, Jena, hat wichtige empirische Befunde beigetragen.<sup>3</sup> Diese greift der Antrag der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen auf.

Seit der Jahrtausendwende haben sich die Rahmenbedingungen für die Mitbestimmung grundlegend geändert: Europa hat neue Gestaltungsoptionen für Unternehmen geschaffen, die den Markt einer Mitbestimmungs-Vermeidungsberatung eröffnen. Die Europäisierung mit ihrer Zielvorgabe eines gemeinsamen Binnenmarktes führt dazu, dass die AG und die GmbH mit originär europäischen Kapitalgesell-

<sup>1</sup> <https://www.mitbestimmung.de/html/mbix-120.html>

<sup>2</sup> Sick, Sebastian, Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu, Hans-Böckler-Stiftung 2015, MBF Report Nr. 8. Sick Sebastian, Mitbestimmungsfeindlicheres Klima - Unternehmen nutzen ihre Freiheiten - Arbeitnehmer werden um ihre Mitbestimmungsrechte gebracht, Hans-Böckler-Stiftung 2016, MBF Report Nr. 13.

<sup>3</sup> Bayer, NJW 2016, 1930; Hoffmann, AG Report 2016, R167.

Stellungnahme ·

Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

schaftsmodellen (SE, SCE, EWIV) und aufgrund der Möglichkeit zur Sitzverlegung mit ausländischen Rechtsformen (Ltd., B.V. etc.) konkurrieren. Mit der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und den europäischen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Unternehmen stehen neue Instrumentarien zur Verfügung, weil die Mitbestimmungsgesetze hier selbst bei einem Anwachsen der Beschäftigten über die gesetzlichen Schwellenwerte hinaus nicht mehr greifen. Außerdem hat die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (Centros, Überseering, Inspire Art) zugleich den freien Zuzug von Unternehmen in ausländischer Rechtsform ermöglicht.

Mitbestimmungsvermeidung ist zwar kein neues Phänomen. Die Möglichkeiten dazu sind aber durch das europäische Recht vergrößert worden. Zudem bestehen national seit jeher Inkonsistenzen in der historisch gewachsenen Mitbestimmungsgesetzgebung, die es zu beheben gilt – so beispielsweise bei der Konzernzurechnung. Denn sie führen zu unbegründeten Ungleichbehandlungen von Arbeitnehmern und Lücken in der Anwendung der Gesetze. Der Befund lautet demnach: Es droht zwar keine groß angelegte Flucht aus der Mitbestimmung – die Mitbestimmung erfreut sich großer Akzeptanz in den Unternehmen, die bereits mit ihr arbeiten. Jedoch droht eine schleichende Erosion der Mitbestimmung. Im Jahre 2002 zählte die Hans-Böckler-Stiftung 767 paritätisch mitbestimmte Unternehmen. Ende 2015 waren es nur noch 615. Weniger Unternehmen gelangen erstmals in den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze, indem sie vor Erreichen eines Schwellenwerts entsprechende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen vornehmen.

Angesichts der veränderten Rahmenbedingungen und des verzeichneten Befunds gilt es erstens das Mitbestimmungssystem national zu schützen und zweitens in Europa für generelle Mindeststandards einzutreten.

Der Antrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen enthält vor diesem Hintergrund die richtige Problembeschreibung und fordert auch die richtigen gesetzgeberischen Maßnahmen ein. Er verdient daher in Gänze Unterstützung.

## **II. Anmerkungen im Detail**

Sämtliche Forderungen im Antrag von Bündnis 90/Die Grünen sind berechtigt und verdienen Unterstützung. An dieser Stelle soll nur auf einige ausgewählte Aspekte eingegangen werden.

### **1. Kapitalgesellschaft & Co. KG**

Grundsätzlich sollten alle Arbeitnehmer dasselbe Recht auf Mitbestimmung haben. Ziel sollte es sein, sämtliche kapitalistisch strukturierte Unternehmen von der Mitbestimmung zu erfassen. Rechtsformspezifische Unterschiede in der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze lassen sich nicht überzeugend begründen, soweit in einer Personengesellschaft keine natürliche Person uneingeschränkt haftet. Diese Überlegung trägt sowohl bei der Kapitalgesellschaft und Co. KG als auch bei der kapitalisierten Stiftung. 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. Jedoch ist ihr Anwendungsbereich aufgrund der vorgeschriebenen und leicht vermeidbaren Gesellschafterkongruenz und aufgrund Vermeidungsgestaltungen durch Auslandsgesellschaften & Co. KG so lückenhaft, dass mehr Vermeidungsfälle als Anwendungsfälle der Mitbestimmung existieren. Lediglich ca. 20 Anwendungsfälle stehen ca. 60 Auslandskapitalgesellschaften & Co. KG im Bereich der paritätischen Mitbestimmung gegenüber. Um dies zu ändern müsste § 4 MitbestG neu und lückenlos formuliert werden. Zugleich müsste eine entsprechende Regelung in das Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen werden. Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ist bislang nicht vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst, was einen Systembruch darstellt.

### **2. Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung**

Die sogenannte Drittelbeteiligungslücke bei der Konzernzurechnung der Arbeitnehmer sollte geschlossen werden. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genau so wie nach § 5 Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden. Die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz, wonach stets ein Beherrschungsvertrag erforderlich ist, führt aktuell dazu, dass sogar Unternehmen selbst dann keinen mitbestimmten Aufsichtsrat haben, wenn sie knapp unter 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Kritische Desintegrations- und Ausgliederungsstrategien werden durch die jetzige Regelung gefördert. Diese Lücke im Mitbestimmungssystem setzt sich fort, wenn solche Unternehmen durch SE-Gründung oder grenzüberschreitende Verschmelzung ihre Mitbestimmungsfreiheit für immer einfrieren und nachträglich auf über 2000 Beschäftigte wachsen. Prof. Bayer geht von ca. 600 betroffenen Unternehmen aus, die aufgrund fehlender Konzernzurechnung keine Drittelbeteiligung haben (Bayer, NJW 2016, 1933).

### **3. Ausländische Rechtsformen**

Eine Einbeziehung der Auslandskapitalgesellschaften in die Mitbestimmungsgesetze ist sinnvoll. Der Einsatz von Scheinauslandsgesellschaften führt aktuell zu fast 100 Unternehmen, die nicht vom Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteili-

gungsgesetz erfasst sind. Nach herrschender Meinung ist eine solche Erstreckung der Mitbestimmung auch europarechtlich zulässig und praktisch machbar. Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ist gerechtfertigt, weil die Mitbestimmung wesentlicher Bestandteil des deutschen Arbeitsmarktes und der deutschen Sozialordnung ist (so zuletzt Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH, Rechtssache C-566/15 *Erzberger./TUI*). Die ausländischen Rechtsformen (orientiert an Anhang II der SE-Verordnung) wären in den Anwendungskatalog der Rechtsformen der Mitbestimmungsgesetze aufzunehmen.<sup>4</sup>

#### **4. SE-Beteiligungsgesetz**

Die SE bietet aktuell die Möglichkeit des „Einfrierens“ eines mitbestimmungsfreien oder drittelbeteiligten Aufsichtsrats. Gerade im Zusammenhang mit der lückenhaften Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung führt dies zu Verwerfungen in der Mitbestimmungslandschaft. Ca. 50 Unternehmen sind aufgrund dessen nicht paritätisch mitbestimmt. Möglich ist das, weil für die SE das Mitbestimmungsniveau zum Zeitpunkt der Eintragung dauerhaft fortgilt und die nationalen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung mehr finden (Vorher-Nachher-Prinzip). Wie die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen es fordert, wären Neuverhandlungen unter Berücksichtigung einer sich an den dann aktuellen Arbeitnehmerzahlen orientierenden Auffanglösung zu führen, wenn die Schwellenwerte überschritten werden. Dass dies europarechtlich möglich ist, zeigen Regelungen in Österreich, Belgien und Polen, die zu Neuverhandlungen führende strukturelle Änderungen auch in einem Zuwachs von Beschäftigten sehen.<sup>5</sup> Ziel der SE-Richtlinie ist die Sicherung erworbener Rechte auf Beteiligung der Arbeitnehmer. Dies gebietet ein extensives Verständnis von strukturellen Änderungen, das über bloße Änderungen von gesellschaftsrechtlichen Strukturen hinaus geht.

### **III. Fazit**

Wenn man den Wert der Mitbestimmung auch in Zukunft für eine sozialpartnerschaftliche Interessenwahrnehmung bewahren möchte, muss man sie schützen und ihre konsistente Anwendung gewährleisten. Dazu ist es notwendig, sowohl herkömmliche als auch zum Teil durch europäisches Recht neu geschaffene Lücken zu schließen. Sonst wird eine schleichende Erosion der Mitbestimmung unaufhaltbar.

---

<sup>4</sup> Dazu bereits Sick, *Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften – Inkonsistenzen beheben!* – Stellungnahme zu den Anträgen der BT-Fraktion der SPD und der BT-Fraktion Die Linke zur Unternehmensmitbestimmung, GmbHR 2011, 1196.

<sup>5</sup> Österreich: Art. 228 Abs. 2 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG). Beispielsweise sind des Weiteren auch Sitzverlegungen erfasst, die die eigentliche Gesellschaftsstruktur unberührt lassen.

Stellungnahme ·  
Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Zum Antrag der Bundestagsfraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen“

Hierzu enthält der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen überzeugende Lösungsansätze.

Eine europäische Rahmenrichtlinie zu Mindeststandards der Mitbestimmung ist zusätzlich ein wichtiges Ziel, um die Entstehung neuer Lücken in europäischen Rechtsakten zu vermeiden.

---

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Str. 39

40476 Düsseldorf

[Sebastian-sick@boeckler.de](mailto:Sebastian-sick@boeckler.de)

Tel.: 0211/7778-257