

**Professor Dr. Hellmut Wißmann**

25.3.2014

Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D.

## **Forum 4 – Zukunft der Unternehmensmitbestimmung**

### **Kommentar zum Vortrag von Herrn Prof. Krause**

Herr Krause hat uns mit seinem Vortrag an die Hand genommen und meisterhaft in die Grundlagen unserer Gespräche eingeführt: Er hat gezeigt, worum es geht, auf welchem Feld wir uns bewegen und worauf wir aufbauen können. Ich kann ihm darin nur beipflichten.

Mitbestimmung ist Machtverteilung. Das bestehende Mitbestimmungsrecht ist Ergebnis unverbundener historischer Entwicklungen und Spiegel jeweils bestehender politischer Kräfteverhältnisse. Daher ist es in besonderem Maß gezeichnet durch Unvollkommenheit, Wildwuchs, innere Brüche und fehlende Anpassung an neue Gegebenheiten.

Somit gibt es viele Änderungswünsche. Ich werde nichts zu den großen Themen einer Verschiebung der Gewichte zwischen Kapital und Arbeit sagen, z. B. zur Erstreckung der Montan-Mitbestimmung auf alle Wirtschaftszweige oder zur Senkung der Anwendungsschwelle des MitbestG auf 1000 Arbeitnehmer. Das sind keine Fragen innerer Stimmigkeit des Rechts oder einer Lösung akuter Probleme, sondern der politischen Neubewertung. Eine Bereitschaft hierzu ist bei den maßgeblichen Akteuren nicht erkennbar. Deshalb beschränke ich mich auf Bemerkungen zu einigen wenigen Änderungen, die unterhalb dieser Schwelle diskutiert werden.

### **I. Alte Wünsche**

Manche Bereinigung des geltenden Rechts wird seit Jahrzehnten gefordert, auch wieder im Bericht der Wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmungskommission vom Dezember 2006. Getan hat sich freilich nichts. Es besteht kein Anlass zu Optimismus. Nur zwei Beispiele:

#### 1. Beseitigung innerer Widersprüche

Das DrittelbG ist auf Unternehmen mit über 500 Arbeitnehmern anwendbar. Die Belegschaften von Konzerntöchtern zählen insoweit nur mit, wenn das Tochterunternehmen

auf der Grundlage eines Beherrschungsvertrags oder der Eingliederung beherrscht wird (Vertragskonzern). Dagegen sind bei der Berechnung der für die Anwendung des MitbestG erforderlichen Zahl von mehr als 2000 Arbeitnehmern alle Konzerntöchter zu berücksichtigen, die tatsächlich beherrscht werden, also auch ohne vertragliche Grundlage (faktischer Konzern). Für die Aufsichtsratswahl folgt übrigens auch das DrittelbG diesem Muster: An ihr nehmen die Belegschaften der nur faktisch beherrschten Tochterunternehmen ebenfalls teil.

Eine Anpassung des insoweit überholten und in sich widersprüchlichen DrittelbG an das modernere MitbestG von 1976 ist überfällig. Die Regelung im DrittelbG von 2004 ist inhaltlich unverändert aus dem BetrVG 1952 übernommen worden; sie stammt aus der Zeit der Aktienrechtsreform von 1965. Für Belegschaften von Tochterunternehmen macht es keinen Unterschied, ob die Konzernspitze auf vertraglicher Basis oder auf Grund tatsächlicher Gegebenheiten, etwa der Kapitalmehrheit, ihr Unternehmen beherrscht.

## 2. Vereinfachung des Wahlverfahrens nach dem Mitbestimmungsgesetz

Die Aufsichtsratswahl nach dem MitbestG ist trotz gewisser Änderungen in den Jahren 2002 bis 2005 immer noch von abschreckender Kompliziertheit. Sie ist fehleranfällig und teuer für die Unternehmen. Ihre Organisation verlangt auf Arbeitnehmerseite erheblichen Personalaufwand.

Dem wäre dadurch abzuhelfen, dass nach dem Vorbild des Montan-MitbestG die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch vorhandene, demokratisch legitimierte Vertretungen gewählt werden: eine Vollversammlung der Betriebsräte und Sprecherausschüsse des Unternehmens. Im Unterschied zum Montan-MitbestG ist eine Beteiligung der Sprecherausschüsse erforderlich, weil die leitenden Angestellten in die Mitbestimmung nach dem MitbestG einbezogen sind und dort sogar besonderen Minderheitenschutz genießen.

## **II. Reaktionen auf Europa**

Die Schaffung des europäischen Binnenmarktes hat mehrere neue Fragen für die deutsche Mitbestimmung aufgeworfen.

## 1. Öffnung der Mitbestimmungsgesetze für Vereinbarungslösungen

Die Anwendungsbereiche der deutschen Mitbestimmungsgesetze sind traditionell zwingend geregelt. Seit etlichen Jahren wird eine Abkehr von diesem Prinzip diskutiert. Der Anstoß dazu kommt vom EU-Recht, das als Grundlage der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE primär eine Vereinbarung vorsieht.

Dieses Modell passt indessen nicht auf die Mitbestimmung nach deutschem Recht. Bei der SE geht es um ein Unternehmen mit Belegschaften in verschiedenen Ländern. Die Vorschriften über die Arbeitnehmerbeteiligung beziehen sich auf die Gründung der SE als eines neuen multinationalen Gebildes. Das EU-Recht braucht die Vereinbarung, um eine Brücke zwischen unterschiedlichen Standards und Traditionen der Arbeitnehmerbeteiligung in den einzelnen Ländern zu schlagen. Für den Fall der Nichteinigung wird bestimmt, welcher dieser unterschiedlichen Standards als gesetzliche Auffangregelung für die ganze SE maßgeblich sein soll. Wird das Verfahren zur Regelung einer Arbeitnehmerbeteiligung nicht eingehalten, wird die Entstehung der SE vom Gesetz blockiert.

Alles das ist kein Thema für das deutsche Mitbestimmungsrecht: Es hat im Wesentlichen mit längst bestehenden Unternehmen zu tun und kann sich nicht auf die Gründungssituation beschränken. Es hat keine Zusammenfassung in verschiedenen Staaten bestehender Einheiten zu einem neuen Unternehmen zu regeln, muss daher keine Brücke zwischen unterschiedlichen nationalen Beteiligungstraditionen schlagen und dabei aus den Rechten der betreffenden Staaten die passende gesetzliche Auffangregelung auswählen. Daher ist im nationalen Recht eine Vereinbarung als Basis der Machtverteilung zwischen beiden Seiten weder erforderlich noch geeignet. Wie sollte ein gesetzlicher Sockel für den Fall des Scheiterns einer Vereinbarung auch aussehen? Wäre er mit dem „normalen“ gesetzlichen Mitbestimmungsstatut identisch, so wäre die Vereinbarungsmöglichkeit überflüssig; läge er unter diesem Niveau, so käme das einer Absenkung oder gar Beseitigung der bestehenden Mitbestimmung gleich. Freiwillig wird keine Seite ihre Einflussmöglichkeiten aufgeben oder substantiell mindern.

Dennoch könnte eine begrenzte Öffnung für Vereinbarungen über den Anwendungsbereich nützlich sein. So könnte die Arbeitnehmerseite z. B. in einem mehrstufigen Konzern auf die Mitbestimmung im Aufsichtsrat einer Zwischenebene verzichten, um dafür mehr Einfluss in Konzernspitze zu erreichen, z. B. bezüglich des Arbeitsdirektors oder des Katalogs der zustimmungsbedürftigen Geschäfte.

## 2. Wahlrecht ausländischer Belegschaften

Die deutsche Mitbestimmung – wie überhaupt die Mitbestimmung nach nationalem Recht – hat eine Schwäche: Viele betroffene Unternehmen sind – über Konzerntöchter – international organisiert, die Mitbestimmung in der Spitze wirkt daher international. Sie ist aber nur national legitimiert: Allein die Arbeitnehmer der deutschen Betriebe wählen die Aufsichtsratsmitglieder, und allein sie sind wählbar auf Sitze, die Belegschaftsangehörigen vorbehalten sind.

Zunächst ist klarzustellen, dass hierin keine vom EU-Recht verbotene Diskriminierung von Ausländern oder Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit liegt. Das Nötige hierzu hat Herr Krause an anderer Stelle gesagt. Die Beschränkung auf Belegschaften im Inland stellt aber ein politisches Defizit unserer Mitbestimmung dar. Im Konkurrenzmodell SE ist die Arbeitnehmervertretung international organisiert. Daher ist eine Einbeziehung von Auslandsbelegschaften wünschenswert.

Hierfür fehlt dem deutschen Gesetzgeber jedoch die Regelungskompetenz. Er kann die zur Durchführung der Wahl im Ausland erforderlichen Duldungs- und Mitwirkungspflichten des dortigen Arbeitgebers nicht anordnen. Zwar wird vereinzelt eine Auslegung des MitbestG für möglich gehalten, nach der Auslandsbelegschaften das aktive Wahlrecht – nicht dagegen die Wählbarkeit – zustehen soll, das in einer von Deutschland aus organisierten Briefwahl auszuüben sei. Das dürfte aber auch keine Lösung des Problems sein. Es erscheint schon zweifelhaft, ob sich diese Briefwahl von Deutschland aus ordnungsgemäß durchführen ließe: wie soll der deutsche Wahlvorstand feststellen, wer wahlberechtigt ist? Jedenfalls kann das deutsche Recht die Wählbarkeit von Mitgliedern ausländischer Belegschaften nicht vorgeben, denn hierdurch würden Rechte des ausländischen Arbeitgebers berührt. Belegschaften ausländischer Betriebe dürfte eine Beteiligung an der Wahl deutscher Arbeitnehmervertreter aber kaum interessant sein. Für eine Kandidatur von Arbeitnehmervertretern aus dem Ausland blieben allenfalls die wenigen Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat.

Nur der EU-Gesetzgeber kann eine grenzüberschreitende Wahl umfassend regeln, wie dies für die SE geschehen ist. Die Bereitschaft zu einer solchen Hilfestellung für nationale Mitbestimmungssysteme ist aber nicht erkennbar.

Daher kommt als „Krücke“ eine Öffnung des deutschen Rechts für Vereinbarungen über die Beteiligung ausländischer Belegschaften an der Aufsichtsratswahl in Betracht. Parteien der Vereinbarung müssten zumindest diejenigen sein, deren Rechte eine solche Wahlbeteiligung

berührt: Das sind das ausländische Unternehmen einerseits und die deutsche Arbeitnehmerseite andererseits. Diese könnte durch ein Verhandlungsgremium agieren, in dem alle diejenigen vertreten sind, die etwas verlieren; das sind im Fall des MitbestG die im Aufsichtsrat vertretenen Gewerkschaften sowie die vom Gesamt-(Konzern-)Betriebsrat und vom Gesamt-(Konzern-)Sprecherausschuss vertretenen deutsche Belegschaften. Zu den Einzelheiten, besonders den wichtigen Schutzmechanismen in Form bestimmter Mehrheitserfordernisse im Verhandlungsgremium, haben die wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmungskommission Vorschläge gemacht.

Praktikabel wäre eine Beteiligung ausländischer Belegschaften wohl nur über Länderquoten wie bei der SE. Eine Vereinbarung hierüber wäre nicht erzwingbar. Die Begeisterung auf deutscher Seite, Sitze an das Ausland abzugeben, bliebe sicher verhalten. Aber mit wachsender internationaler Zusammenarbeit auf Arbeitnehmerseite, z. B. in Europäischen Betriebsräten, könnten möglicherweise das Interesse aus dem Ausland an einer Vertretung im Aufsichtsrat der deutschen Konzernspitze sowie die Bereitschaft auf deutscher Seite, diese zu akzeptieren, wachsen.

Eine solche Öffnungsklausel könnte übrigens einen politischen Nebeneffekt haben: Es würde deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber die Einbeziehung von Auslandsbelegschaften in die Mitbestimmung bejaht und bis an die Grenze des ihm Möglichen geht, um dieses Ziel zu erreichen. Dies könnte seine Position gegenüber EU-rechtliche begründeten Angriffen stärken.

### 3. Schließung von Schlupflöchern des EU-Rechts?

EU-Recht kann eine Vermeidung von Mitbestimmung ermöglichen. Dies wird zunehmend diskutiert, scheint aber bisher kein Massenphänomen zu sein. Es geht um zwei Komplexe:

Zum einen lässt sich vermittels der Verschmelzung eines deutschen mit einem ausländischen Unternehmen oder der Gründung einer SE ein mitbestimmungsfreier oder nur schwach mitbestimmter Status des deutschen Bestandteils auch für den Fall zementieren, dass das neue Unternehmen später eine Größenordnung erreicht, die nach deutschem Recht zur (stärkeren) Mitbestimmung führen würde. Das EU-Recht macht nämlich die Mitbestimmung nicht von Eigenschaften des Unternehmens abhängig (z. B. Arbeitnehmerzahl), die sich im Lauf der Zeit verändern können. Für den Mitbestimmungsstatus kommt es vielmehr auf die bei den Gründern bestehende Mitbestimmungssituation an. So bleibt z. B. die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat einer durch Umwandlung einer deutschen AG entstandenen SE mit

ursprünglich weniger als 2000 Arbeitnehmern auch nach Wachstum über diese Schwelle auf ein Drittel der Sitze beschränkt. Deutsches Recht kann hieran nichts ändern. Für Abhilfe könnte hier nur der EU-Gesetzgeber sorgen.

Zweitens gibt es als eine Folge der EU-Niederlassungsfreiheit mittlerweile Unternehmen ausländischer Rechtsformen, die Betriebe und ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben. Mangels einer inländischen Rechtsform unterliegen sie nicht der deutschen Mitbestimmung.

Ob eine Einbeziehung solcher Unternehmen in die Mitbestimmung durch deutsches Gesetz europarechtskonform wäre, ist umstritten. Nach den vom EuGH entwickelten Grundsätzen zum Eingriff in Grundfreiheiten der EU – wie die Niederlassungsfreiheit – erscheint eine solche Erstreckung jedenfalls für die beschriebene Konstellation zulässig. Die damit verbundenen technischen Probleme sollten freilich nicht unterschätzt werden: Deutsches Recht wird kaum das MitbestG und das DrittelbG. durch Einpassung in 27 verschiedene ausländische Gesellschaftsrechte mit je unterschiedlichen Regeln für AG und GmbH unmittelbar anwendbar machen können. Es reicht nicht, für die Arbeitnehmer Sitze im Aufsichtsrat zu reservieren, den es im Ausland meist nicht gibt. Nicht umsonst bestimmen die deutschen Gesetze außerdem, dass GmbH überhaupt einen Aufsichtsrat haben müssen, welche Rechtsstellung der mitbestimmte Aufsichtsrat in der Unternehmensverfassung hat und wie er funktioniert.

Leichter realisierbar erscheint die Schaffung eigenen Mitbestimmungsorgans für solche Unternehmen. Dieses, nur aus Arbeitnehmervertretern bestehende Organ müsste umfassende wirtschaftliche Beteiligungsrechte gegenüber der Unternehmensleitung haben, die den von der deutschen Mitbestimmung eröffneten Einflussmöglichkeiten vergleichbar sind. Sollte das Unternehmen auch Betriebe im Ausland haben, so erscheint die Einbeziehung von deren Belegschaften in die Mitbestimmung noch drängender als in den unter 2. erörterten Fällen.

### **III. Aktuelle Bewegung: Geschlechterquote im Aufsichtsrat**

Das Mitbestimmungsrecht ist, was oft kaum wahrgenommen wird, aktuell in Bewegung. Nach dem Koalitionsvertrag soll für „voll mitbestimmungspflichtige“ (damit ist wohl eine zahlenmäßige Parität im Aufsichtsrat gemeint) Unternehmen eine zwingende Quote von mindestens 30 % für die Vertretung der Geschlechter im Aufsichtsrat eingeführt werden. Das soll allerdings nur gelten, wenn das Unternehmen auch börsennotiert ist. Damit werden etwa 85 % der paritätisch mitbestimmten Unternehmen ausgenommen: alle GmbH und viele AG.

## 1. Sachgründe für Begrenzung des Anwendungsbereichs?

Diese Beschränkung irritiert. Ein Zusammenhang zwischen der Börsennotierung und der Chancengleichheit der Geschlechter ist nicht erkennbar. Will man – etwa im Hinblick auf die Signalwirkung – nur die wirklich bedeutenden Unternehmen erfassen, so müsste man z. B. auf Arbeitnehmer- oder Umsatzzahlen abstellen. Die Börsennotierung taugt dagegen kaum zur Abgrenzung, weil sie wichtige Unternehmen ausschließt und weniger wichtige einbezieht: So ist z. B. die Bosch GmbH ausgenommen. Ist aber die Differenzierung mit Sachgründen nicht zu rechtfertigen, so schafft sie das überflüssige Risiko neuer Angriffe gegen eine verbindliche Quote, in diesem Fall begründet mit Gleichbehandlungsverstößen.

## 2. Kollision mit Quotensystemen der Mitbestimmung

Im mitbestimmten Aufsichtsrat trifft die Geschlechterquote auf eine andere gesetzliche Quotierung: Im 12-köpfigen Aufsichtsrat, dem häufigsten Modell nach dem MitbestG, entfallen je 6 Sitze auf die Anteilseigner und die Arbeitnehmer. Von den 6 Arbeitnehmersvertretern sind 3 Belegschaftsmitglieder, 2 Gewerkschafter und 1 leitender Angestellter. Jede dieser drei Kategorien bildet einen gesonderten Wahlgang. Für jeden Wahlgang bestehen andere Wahlvorschlagsrechte. Teilweise gelten für die Wahlgänge auch unterschiedliche Verfahrensregeln. Diese Aufteilung ist Ergebnis mühsam erreichter politischer Kompromisse

Sollte die Geschlechterquote auf die gesamte Arbeitnehmerbank bezogen werden (also bei 6 Arbeitnehmersvertretern 2 Sitze), bliebe unklar, welche Wahl(en) bei einer Verfehlung der Quote unwirksam sein soll(en). Wegen fehlender Vergleichbarkeit der drei Wahlgänge (unterschiedliche Sitzzahlen, oft unterschiedliche Zahl von Wahlvorschlägen, teils Mehrheits- und teils Verhältniswahl) kann insoweit nicht auf die von den Bewerbern erreichten Stimmzahlen abgestellt werden.

Falls sich, was wohl der richtige Ansatz ist, die Quote auf jeden Wahlgang bezieht, ist ihre Anwendung auf den Sitz der leitenden Angestellten rechnerisch unmöglich. Ein Aufsichtsratsmitglied ist nicht teilbar. Insoweit geht es nicht um ein technisches Problem, sondern um kollidierende politische Wertungen: politische Entscheidung: Entweder soll die Geschlechterquote für alle Aufsichtsratssitze der Arbeitnehmer wirksam werden, dann ist die Sitzgarantie für die leitenden Angestellten aufzugeben. Oder die Sitzgarantie bleibt und die leitenden Angestellten werden von der zwingenden Geschlechterquote ausgenommen. Auch wenn das Gesetz der letztgenannten Variante folgt, wird zwar die Quote auf der

Arbeitnehmerbank erreicht: Auf das unterrepräsentierte Geschlecht entfällt je 1 Sitz der Belegschaftsmitglieder und der Gewerkschafter. Gerade für die leitenden Angestellten, deren niedriger Frauenanteil vielfach beklagt wird („gläserne Decke“), fehlt die Wirkung der zwingenden Quote.

### 3. Sanktion bei Verfehlung der Quote

Wird die Quote bei der Wahl verfehlt, so sollen nach dem Koalitionsvertrag „die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Stühle frei bleiben“.

Das ist wohl nicht wörtlich zu nehmen. Sonst würde das auf zahlenmäßiger Parität beruhende Funktionieren der Mitbestimmung gestört. Ein so schwer wiegender Eingriff in die Mitbestimmung kann nicht gewollt sein; er könnte auch Verfassungsrisiken bergen. Zur Sicherung der Quote reicht es aus, wenn die Wahl des „überzähligen“ Mitglieds des überrepräsentierten Geschlechts unwirksam ist (also z. B. im Wahlgang der zwei Gewerkschaftsvertreter bei einer Wahl von zwei Männern die Wahl desjenigen mit der niedrigeren Stimmenzahl). Schon nach geltendem Recht hätte das ohne weiteres zur Folge, dass der freie Sitz auf Antrag (z. B. einer Gewerkschaft, des Gesamtbetriebsrats, von 100 Arbeitnehmern) unverzüglich durch das Gericht zu besetzen ist. Dieses ist dabei an die für den betreffenden Sitz bestehenden gesetzlichen Vorgaben gebunden, also auch an die Quote. Die – zeitaufwendige – Nachwahl für den betreffenden Sitz bleibt jederzeit möglich, muss aber zur Komplettierung des Aufsichtsrats nicht abgewartet werden. Findet sie statt, so endet die Amtszeit des gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieds.