



---

**ULA**

**Sprecherausschusstag**

**Internationale Herausforderungen  
für den Standort Deutschland**

**Berlin, 31. Mai und 1. Juni 2017**

**Europa als Herausforderung für die  
deutsche Unternehmensmitbestimmung**

**Professor Dr. Rüdiger Krause  
Institut für Arbeitsrecht  
Georg-August-Universität Göttingen**

---



## Vergewisserung: Wozu Unternehmensmitbestimmung?

---

„Gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme ... an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen“

BT-Drs. 7/2172, S. 17 (1974)

„Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen ... ist ... der durch den Grundsatz der Selbstbestimmung und die Freiheit der Person gebotene Ausgleich der Fremdbestimmtheit des Arbeitnehmers im Unternehmen.“

BR-Drs. VI/334, S. 64 f. (Biedenkopf I) (1970)

„Mitbestimmung (ist) ... ein Element der einzelwirtschaftlichen Leitungs- und Entscheidungsstruktur („corporate governance“) von am Markt operierenden ... Unternehmen, deren strategische Positionierung sie im Interesse der von ihr vertretenen Belegschaften von *innen* ... zu beeinflussen versucht.“

Kommission Mitbestimmung (1998), S. 31



## Vergewisserung: Wozu Unternehmensmitbestimmung?

„Kooperation und Vertrauen (durch Mitbestimmung) als Wettbewerbsvorteil „in Märkten, in denen es darauf ankommt, mit Hilfe einer flexiblen Technologie und Arbeitsorganisation sowie eines hohen Humankapitaleinsatzes... ständig wechselnde, auf den Kunden zugeschnittene Produktvarianten anzubieten („diversifizierte Qualitätsproduktion“)“

Kommission Mitbestimmung (1998), S. 65

„Mitbestimmung ist ein Kulturgut, das wir in der ganzen Welt vorzeigen können.“

Bundespräsident a.D. *Joachim Gauck*

30. Juni 2016

ifo-Pressemitteilung v. 23. Mai 2017:

ifo Geschäftsklimaindex so hoch wie nie.

Der ifo Geschäftsklimaindex stieg im Mai von 113,01 auf 114,6 Punkte.

Dies ist der höchste gemessene Wert seit 1991.



## Europa als Anfrage: Überblick über aktuelle Herausforderungen

### Hintergrund:

- Keine einheitliche bzw. harmonisierte U-Mitbestimmung in Europa („Flickenteppich“)
- Unterschiedliche Corporate Governance-Systeme (monistisch / dualistisch)
- Italien, Spanien, Vereinigtes Königreich = Keine U-Mitbestimmung
- Österreich = 1/3 des AR in allen GmbH (> 300 AN) sowie allen AG
- Dänemark = 1/3 des AR in allen AG/GmbH > 35 AN
- Schweden = 2 bzw. 3 AN-Vertreter in allen AG/GmbH > 25 AN
- Frankreich (Reformen in 2013/2015) = 1 bzw. 2 AN-Vertreter in SA (ab 1.000 AN in F oder 5.000 AN weltweit)



## Europa als Anfrage: Überblick über aktuelle Herausforderungen

---

### **Herausforderung 1 > Mitbestimmungsvermeidung kraft Unionsrechtswidrigkeit?**

- Nichteinbeziehung von Auslandsbelegschaften in die deutsche Mitbestimmung als Verstoß gegen Diskriminierungsverbot (Art. 18/45 AEUV) bzw. Beschränkungsverbot (Art. 45 AEUV)?

### **Herausforderung 2 > Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?**

- Zementierung von Mitbestimmungsfreiheit bzw. geringerer Mitbestimmung durch Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) vor Überschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte (500 / 2.000 AN)?

### **Herausforderung 3 > Mitbestimmungsvermeidung durch ausländische Rechtsformen?**

- Vermeidung von Mitbestimmung durch „Import“ einer ausländischen Rechtsform nach Deutschland unter Ausnutzung der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)?



## Mitbestimmungsvermeidung kraft Unionsrechtswidrigkeit?

### Ausgangspunkt:

- MitbestG/DrittelbG = Kein aktives und passives Wahlrecht von Auslandsbelegschaften in Niederlassungen/Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen/Konzerne
- Z.B. TUI-Gruppe (10.000 AN in Deutschland; 40.000 AN in sonstigen EU-Mitgliedstaaten)

### Bisherige Entwicklung:

- Zunächst rein akademische Diskussion
- Seit 2013 mehrere Statusverfahren auf Antrag von Kleinaktionären
- KG Berlin v. 16.10.2015 – 14 W 8/15, ZIP 2015, 2172:  
Vorlage an den EuGH (C-566/15) – Erzberger/TUI
- *Sonderfrage*: Zurechnung von Auslandsbeschäftigten  
LG Frankfurt v. 16.2.2015 – 3-6 O/14, ZIP 2015, 634  
(Deutsche Börse): bejahend



## Mitbestimmungsvermeidung kraft Unionsrechtswidrigkeit?

- Europäische Kommission (Stellungnahme v. 9.2.2016):  
**Unvereinbarkeit** mit Art. 45 AEUV
  
- Mündliche Verhandlung vor EuGH am 24.1.2017:
  - Europäische Kommission > **Vereinbarkeit** mit EU-Recht
  - Ebenso Deutschland und einige andere Mitgliedstaaten
  
- Schlussanträge von GA Saugmandsgaard Øe v. 4.5.2017:  
**Vereinbarkeit** mit Art. 18/45 AEUV
  
- Entscheidung des EuGH voraussichtlich nach Sommerpause



## Mitbestimmungsvermeidung kraft Unionsrechtswidrigkeit?

### GA Saugmandsgaard Øe:

#### 1. Anknüpfungspunkt > **Auslandsbeschäftigte** der TUI-Gruppe

- (Mittelbare) Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit aufgrund Nichteinbeziehung in Wahlrecht?
- Art. 45 II AEUV (AN-Freizügigkeit) verdrängt Art. 18 AEUV
- *Entscheidend*: Art. 45 II AEUV nicht betroffen, weil Auslandsbeschäftigte (in Tochtergesellschaften) von AN-Freizügigkeit keinen Gebrauch machen
- *Aber*: Offen gelassen für unselbstständige Niederlassungen





### GA Saugmandsgaard Øe:

#### 2. Anknüpfungspunkt > **Inlandsbeschäftigte** der TUI-Gruppe

- Beschränkung der AN-Freizügigkeit (Art. 45 I AEUV), weil Wegzug aus Deutschland „weniger attraktiv“ ist?
- *Aber*: Wahlrechte können bei Wechsel **außerhalb** von Unternehmensgruppe nicht mitgenommen werden (unstreitig)
- Wahlrechte können auch bei (dauerhaftem) Wechsel **innerhalb** von Unternehmensgruppe nicht mitgenommen werden
- *Hilfsweise*: Rechtfertigung der Beschränkung
- *Nicht*: Territorialitätsprinzip als solches
- *Aber*: Konkrete Ausgestaltung der Wahlen ist nationale Besonderheit
- Übertragung der Organisation der Wahl auf Konzernleitung würde Charakter der Wahl verändern



### Rechtstatsächliche und rechtliche Ausgangslage

Anzahl der Europäischen Aktiengesellschaften:

Von 6 (2004) auf 2.757 (Q1/2017)

Tschechien: 1.898; Deutschland: 411

454 operativ tätig (davon rund 230 in Deutschland)

19 deutsche SE haben paritätische U-Mitbestimmung:

u.a. Allianz, BASF, Bilfinger, Dekra, E.ON, Innogy, MAN, Porsche Automobil Holding, RWE Generation, SAP, SGL Carbon, Uniper

35 deutsche SE haben Drittelbeteiligung:

u.a. PUMA (monistisch)



## Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?

An sich keine Flucht **aus vorhandener** Mitbestimmung möglich

Aber „**Zementierung**“ von Drittelbeteiligung / Mitbestimmungsfreiheit möglich

Grundlagen (Zusammenspiel von SE-VO, SE-RL, SEAG, SEBG):

- SE keine originär mitbestimmte Rechtsform
- Stattdessen: „Europäisches Modell“ der Mitbestimmung (als Kompromiss)
  - Verhandlungslösung
  - Gesetzliche Auffangregelung
  - Vorher-Nachher-Prinzip
  
- Bei Gründung einer SE Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums
- Verhandlungen über Beteiligungsvereinbarung
- Auffangregelung beeinflusst Verhandlungspositionen beider Seiten
  
- *Trend*: Häufig Verkleinerung des Aufsichtsrats
- *Trend*: Beibehaltung der Quote
- *Trend*: Fortfall des leitenden Angestellten



## Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?

### „Zementierungseffekt“ („Einfrieren der Mitbestimmung“)

#### Ausgangspunkt

- SE unterliegt nicht nationalem Mitbestimmungsrecht (§ 47 I Nr. 1 SEBG)
- Grds. nur statische Wirkung von Beteiligungsvereinbarung / Auffangregelung
- Überschreiten hypothetischer Schwellenwerte (500 / 2.000 AN) grds. unerheblich

#### **Autonome Durchbrechung qua Klausel in Beteiligungsvereinbarung**

- Grds. möglich > § 21 IV bzw. § 21 I Nr. 6 SEBG
- *Aber:* Frage der Verhandlungsmacht der AN-Seite



## Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?

### **Gesetzliche Durchbrechung bei „strukturellen Veränderungen“ (§ 18 III SEBG)?**

Was sind „strukturellen Veränderungen“?

- Nur korporative Akte?
- UU auch Veränderungen in Belegschaftsstruktur
- Rein organisches Wachstum nach ganz h.L. nicht

Für § 18 III SEBG **Minderung von Beteiligungsrechten** erforderlich  
(Bestandsschutz)

*Anders* § 43 S. 1 SEBG:

Beteiligungsrechte dürfen nicht entzogen oder **vorenthalten** werden

§ 43 S. 2 SEBG: Vermutung des Missbrauchs bei strukturellen  
Veränderungen ohne Verfahren nach § 18 III SEBG, wenn  
Beteiligungsrechte **vorenthalten** oder entzogen werden



## Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?

### **Gesetzliche Durchbrechung bei Missbrauch (§ 43 SEBG)?**

Verhältnis von § 43 und § 18 III SEBG unklar;  
Rechtsgebrauch an sich kein Rechtsmissbrauch

Daher erforderlichlich Abgrenzung: Missbrauch / Gebrauch

BT-Drs. 15/3405, S. 57:

Nutzung vorgesehener Handlungsmöglichkeiten **kein** Missbrauch

Missbrauch etwa bei künstlichen Gestaltungen

(vorübergehende Stilllegung bzw. Verschiebung von Betrieben)

Missbrauch uU bei Verzögerung der Einstellung von Arbeitnehmern

Rechtsfolgen von § 43 SEBG aber eher ungeeignet > Strafbarkeit



### Handlungsperspektiven

Gesetzliche Neufassung von § 18 III SEBG?

Andere Mitgliedstaaten:

Österreich: Erhebliche Änderungen der Zahl der Beschäftigten

Belgien: Wesentliche Änderungen der Belegschaft

Polen: Wesentliche Änderungen, welche die Anzahl der Arbeitnehmer betreffen

Österreich: Änderungen betreffen Interessen der Arbeitnehmer

Polen: Rechte der Arbeitnehmer werden vorsätzlich vorenthalten

*Zentrale Frage* > Europarechtskonformität?

SE-RL als schlichter Mindestarbeitnehmerschutz?

*Aber:* Ermächtigungsgrundlage nicht Art. 153 AEUV,  
sondern Art. 352 AEUV (seinerzeit Art. 308 EG)



## Mitbestimmungsvermeidung durch Europäische Aktiengesellschaft?

---

### **Europäische Kommission (2008):**

- SE-RL sieht kein Verhandlungsverfahren bei Größenwachstum vor
- Aber auch kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Belgien oder Polen

### **Argumente für Zulässigkeit für politisches Handeln:**

- Mitbestimmung nicht in VO, sondern nur in RL geregelt
- Größerer Freiraum der Mitgliedstaaten (Art. 288 III AEUV)
- Strukturelle Änderung in Art. 2 SE-RL nicht definiert
- Erwägungsgründe der SE-RL für sich genommen mehrdeutig

### **Weißbuch „Arbeiten 4.0“ (November 2016), S. 162:**

- Problem „Einfrieren der Mitbestimmung“ erwähnt
- Aber: Erreichter SE-Konsens soll nicht in Frage gestellt werden





## Mitbestimmungsvermeidung durch ausländische Rechtsformen?

### Rechtstatsächliche und rechtliche Ausgangslage

„Reine“ Auslandskapitalgesellschaften / Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG  
1995-2014 > Wachstum: 10 auf 25 bzw. 1 auf 69 Unternehmen  
(häufig B.V. (= niederländische GmbH) & Co. KG)

Mitbestimmungsrechtlich: Unterscheidung zwischen „echter“ Auslandsgesellschaft  
und Scheinauslandsgesellschaft

Kollisionsrecht > Welches Recht ist anwendbar?

Sachrecht > Konkrete Anwendung des berufenen Rechts

Deutsches (Gesellschafts-)Kollisionsrecht:

- Ausgangspunkt > Sitztheorie (BGHZ 178, 192):
- Gesellschaftsrechtsstatut richtet sich nach Verwaltungssitz
- Mitbestimmungsrecht als Teil des Gesellschaftsrechtsstatuts

Für unternehmerische Mitbestimmung entscheidend also grds. Verwaltungssitz der  
Gesellschaft (also nicht Arbeitsort, anders bei betrieblicher Mitbestimmung)



## Mitbestimmungsvermeidung durch ausländische Rechtsformen?

Deutsches Sachrecht:

Scheinauslandsgesellschaft ist „an sich“ Personengesellschaft

Daher faktischer Zwang zur GmbH / AG > Mitbestimmung

Reichweite und Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)?

EuGH (Centros – 1999; Überseering – 2002; Inspire Art – 2003)

Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland unter Beibehaltung der bisherigen Rechtsform (z.B. britische Ltd. oder niederländische B.V.)

Konsequenz an sich:

Geltung (nur) ausländischen Gesellschafts-/Mitbestimmungsrechts

Konkrete Reichweite der Niederlassungsfreiheit bzgl.

„Briefkastengesellschaften“ allerdings unklar:

EuGH (Cartesio – 2008; Cadbury Schweppes – 2006; Vale – 2012)



## Mitbestimmungsvermeidung durch ausländische Rechtsformen?

### Zulässigkeit einer mitgliedstaatlichen Mitbestimmungserstreckung?

Antrag der SPD-Fraktion v. 16.6.2010, BT-Drs. 17/2122

Auferlegung mitgliedstaatlicher Mitbestimmung zwar Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit (deren Ausübung hierdurch „weniger attraktiv“ wird)

*Aber:* Rechtfertigung nach sog. Gebhard-Formel des EuGH:  
Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zulässig, wenn sie

- (1) nicht diskriminierend ist,
- (2) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erfolgt,  
(Arbeitnehmerschutz ist unstreitig anerkannt)
- (3) zum Erreichen des verfolgten Zieles geeignet ist und
- (4) nicht über das hinausgeht, was zum Erreichen des Zieles erforderlich ist  
(anders z.B. wenn ausländische Rechtsordnung gleichwertigen Schutz vorsieht)

Neue Impulse durch GA Saugmandsgaard Øe in Rs. Erzberger/TUI



## Schlussbetrachtungen

- **Deutsche Unternehmensmitbestimmung**
  - Voraussichtlich unionsrechtskonform
- **Europäische Aktiengesellschaft**
  - Nachsteuerung zulässig
  - Politisch derzeit aber wenig wahrscheinlich
- **Scheinauslandsgesellschaften**
  - Nachsteuerung zulässig
  - Politisch derzeit aber wenig wahrscheinlich
- **Sitzverlegungsrichtlinie?**
  - Weißbuch „Arbeiten 4.0“ (November 2016), S. 161: Befürwortung
  - Aber: Mitteilung der Kommission COM(2015) 550 final v. 28.10.2015  
„Den Binnenmarkt weiter ausbauen“: Keine Erwähnung
- **Richtlinie über mitbestimmungsrechtliche Mindeststandard in grenzüberschreitenden Konstellationen?**
  - Forderungen des EGB (Oktober 2014 und Juni 2016)
  - Politisch derzeit aber wenig wahrscheinlich



---

**ご清聴ありがとうございました！**

**(Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit!)**