



VON THUNEN
Rechtsanwaltsbüro

EIN OFFENES WORT

Verschärfung der Arbeitnehmermitbestimmung

In ihrem Koalitionsvertrag hat die von SPD, Grünen und FDP gebildete sogenannte Ampelkoalition deutliche Verschärfungen der unternehmerischen Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter angekündigt. Bisher müssen nur Unternehmen, die in einer einzelnen Kapitalgesellschaft über 500 oder konzernweit über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, einen Aufsichtsrat mit Arbeitnehmervertretern bilden. Künftig soll die konzernweite Zurechnung aller Arbeitnehmer auch bereits für das Erreichen der Schwelle von 500 Arbeitnehmern gelten. Damit wären künftig deutlich mehr Unternehmen mitbestimmungspflichtig als bisher. Außerdem sind Mitbestimmungserweiterungen auf ausländische Rechtsformen und beim Einsatz Europäischer Aktiengesellschaften (SEs) geplant.

I. Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag vom 24.11.2021 heißt es auf den Seiten 71/72 wörtlich:

„Deutschland nimmt bei der Unternehmensmitbestimmung eine weltweit bedeutende Stellung ein. Die bestehenden nationalen Regelungen werden wir bewahren. Missbräuchliche Umgehungen geltender Mitbestimmungsrechts wollen wir verhindern. Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt). Wir werden die Konzernzurechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen, sofern faktisch eine echte Beherrschung vorliegt.“

II. Unternehmensmitbestimmung vs. betriebliche Mitbestimmung

Dabei geht es hier nicht um die sogenannte betriebliche Mitbestimmung, also die Frage, ob in einem Unternehmen ein Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz eingerichtet werden muss. Dessen Befugnisse sind weitestgehend auf die sozialen und personellen, größtenteils innerbetrieblichen Angelegenheiten wie z.B. Arbeitsschutz, Kündigungen und Einstellungen, beschränkt. Die unternehmerische Mitbestimmung betrifft demgegenüber die Frage, inwieweit auf der Leitungsebene einer Gesellschaft ein mit Arbeitnehmervertretern besetzter Aufsichtsrat eingerichtet werden muss. Ist dies der Fall, gewinnen die Arbeitnehmervertreter Einblick in vertrauliche Unternehmensinterna und Einfluss auf originär unternehmerische Entscheidungen.

III. Status Quo der Mitbestimmung

Die Unternehmensmitbestimmung ist im Wesentlichen im Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und im Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) geregelt. Beide Gesetze zählen bisher die Rechtsformen, für die die Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gilt, abschließend auf. Das sind die AG, die GmbH und die KGaA. Das MitbestG gilt in der Regel auch für die Kapitalgesellschaft & Co. KG, zum Beispiel die GmbH & Co. KG. Unternehmen mit ausländischer Rechtsform unterliegen nach bisheriger herrschender Meinung nicht den deutschen Mitbestimmungsregelungen, ebenso nicht deutsche Arbeitnehmer in Betrieben im Ausland.

DrittelbG und MitbestG unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Dabei kommt es auf die Größe der Belegschaft an.

Das DrittelbG gilt bisher grundsätzlich nur, wenn in einer einzelnen Gesellschaft mehr als 500 Arbeitnehmer in inländischen Betrieben beschäftigt werden. Dann muss der zwingend einzurichtende Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden. Eine konzernweite Zurechnung von Arbeitnehmern erfolgt lediglich, wenn zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft ein Beherrschungsvertrag besteht oder eine Tochter-AG in eine Mutter-AG nach §§ 319 ff. AktG eingegliedert ist. Das ist bei Unternehmensgruppen in Familienhand praktisch äußerst selten der Fall.

Hingegen gilt das MitbestG zwar erst ab einer Schwelle von 2.000 Beschäftigten. Ob diese Schwelle erreicht ist, wird aber stets konzernweit ermittelt. Hierzu werden der obersten Konzerngesellschaft, die eine mitbestimmungspflichtige Rechtsform hat, die Arbeitnehmer in inländischen Betrieben aller konzernierten Unternehmen zugerechnet. Dem 12-köpfigen Aufsichtsrat müssen dann sogar zu gleichen Teilen Vertreter der Anteilseignerseite und der Arbeitnehmer angehören.

Eine mehrheitliche Beteiligung an einer Tochtergesellschaft genügt im Rahmen des MitbestG regelmäßig für die Konzernzurechnung. Denn die Beherrschung und daraus folgend die konzernrechtliche einheitliche Leitung der Tochter- durch die Muttergesellschaft werden dann gesetzlich vermutet.

IV. Die Situation bei der SE

Eigenen Regeln folgt wiederum die unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE). Wird z.B. eine deutsche AG in eine SE umgewandelt, wird das vor der Umwandlung bestehende Mitbestimmungsniveau beibehalten, sofern mit den Arbeitnehmern nichts anderes vereinbart wird. Das bisherige Mitbestimmungsniveau wird auch dann beibehalten, wenn bislang aufgrund der Arbeitnehmeranzahl überhaupt keine Mitbestimmung bestand. Gleiches gilt, wenn später die Arbeitnehmeranzahl über den Schwellenwert von 500 oder 2.000 ansteigt. Wegen dieses „Einfriereffektes“ ist die SE beliebt bei auf ihre strategische Unabhängigkeit

bedachten Unternehmenseignern. Umgekehrt werden die – europarechtlich vorgegebenen – Regelungen des SE-Rechts seitens der deutschen Gewerkschaften kritisiert, die „Flucht“ aus dem nationalen Mitbestimmungsregime zu ermöglichen.

V. Änderungsvorhaben der Ampelkoalition

Die Ampelkoalition beabsichtigt nun drei Änderungen:

- Ausdehnung der Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Rechtsformen,
- Abschaffung des „Einfriereffektes“ bei der Umwandlung in eine SE und
- Regelung der Konzernzurechnung im DrittelbG wie im MitbestG bei faktischer Beherrschung.

Davon ist der letztgenannte Punkt das praktisch bedeutsamste Änderungsvorhaben:

VI. Bewertung

1. Bei der SE, deren Regelungen auf Europarecht basieren, dürfte eine Abschaffung des Einfriereffektes wegen der europarechtlichen und europapolitischen Implikationen zumindest nicht kurzfristig zu erwarten sein. Ähnlich schwierig ist die Erstreckung der Mitbestimmung auf ausländische Rechtsformen, zu deren gesellschaftsrechtlicher Struktur zudem die deutsche Mitbestimmung im Aufsichtsrat in aller Regel nicht „passt“.

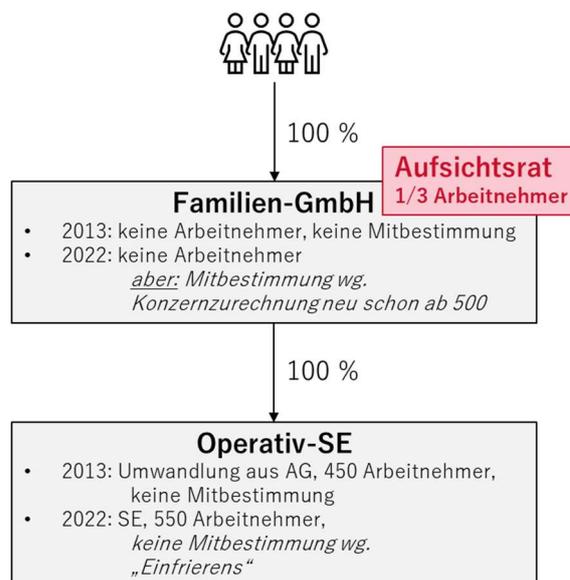
2. Anders verhält es sich bei der Verschärfung der Konzernzurechnung der Arbeitnehmer nach dem DrittelbG. Diese kann die Ampelkoalition mit ihrer Stimmenmehrheit im Bundestag praktisch schnell umsetzen. Die Übertragung der Konzernzurechnungsregelungen aus dem MitbestG in das DrittelbG ist gesetzgebungstechnisch auch kein besonders komplexes Vorhaben. Laut informierten Kreisen wird die SPD zudem auf der Umsetzung dieser Absprache im Koalitionsvertrag in der laufenden Legislaturperiode beharren. Sie kommt damit Forderungen der Gewerkschaften nach. Aufgrund der Mehrheitsverhältnisse in der Koalition dürfte es politisch schwer sein,

dies zu verhindern. Nichtsdestotrotz gibt es zahlreiche sachliche Gründe, warum eine Konzernzurechnung im Anwendungsbereich des DrittelbG nicht stattfinden sollte. Dazu zählen der unverhältnismäßige Aufwand und die unverhältnismäßige Einschränkung der Eigentümerrechte bei kleineren Unternehmensgruppen. Besonders schwer wiegt aber, dass eine Verschärfung der nationalen Mitbestimmung aus Sicht des nationalen Arbeitsmarktes und der Binnennachfrage kontraproduktiv sein dürfte: Sie würde nämlich einen Anreiz für Unternehmen setzen, weiteres Personal im Ausland statt in Deutschland aufzubauen.

3. Wird das DrittelbG geändert, kann das auch wieder Rückwirkungen auf bisher schon umgesetzte Gestaltungen unter Einbeziehung von SE-Umwandlungen haben. So „sperrt“ eine SE mit – für sich genommen – „eingefrorener“ Mitbestimmung im Konzernverbund schon bislang nicht die Zurechnung von mehr als 2.000 Arbeitnehmern nach dem MitbestG der von ihr und ihren Tochtergesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer „nach oben“ zu einer Muttergesellschaft der SE selbst. Dies würde sicher auch für die Schwelle von 500 Arbeitnehmern des DrittelbG gelten, wenn dort künftig eine Konzernzurechnung eingeführt würde.

Beispiel: Eine operativ tätige AG mit seinerzeit 450 Arbeitnehmern wurde im Jahr 2013 formwechselnd in eine SE umgewandelt. Die Mitbestimmungsfreiheit der AG wurde dabei auf Dauer auch für die SE „eingefroren“. Alle Aktien (100 %) an der SE werden von einer arbeitnehmerlosen Mutter-GmbH gehalten, an der wiederum die Mitglieder der Unternehmerfamilie direkt beteiligt sind. Im Jahr 2022 beschäftigt die SE 550 Arbeitnehmer. Würde (nur) das DrittelbG gemäß dem Koalitionsvertrag geändert, bliebe die SE aufgrund des seit 2013 fortwirkenden „Einfriereneffekts“ mitbestimmungsfrei. Etwas anderes gälte aber für ihre Muttergesellschaft, die GmbH: Diese beschäftigt zwar selbst keine Arbeitnehmer. Bei Übertragung der generellen Konzernzurechnung aus dem MitbestG in das DrittelbG wäre sie aber verpflichtet, einen zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat einzurichten. Denn

aufgrund einer solchen Gesetzesänderung würden der GmbH die Arbeitnehmer der von ihr beherrschten SE zugerechnet:



4. In vielen Familienunternehmen sind insbesondere Aufsichts- und Beiratsgremien Teil einer sorgsam und individuell ausbalancierten Governance-Struktur – oder es wurden eben bewusst keine solchen Gremien eingerichtet. Der Zwang, einen Aufsichtsrat mit gesetzlich festgelegten zwingenden Kompetenzen einzurichten und diesen mit für die Unternehmerfamilie fremden Arbeitnehmervertretern besetzen zu müssen, würde zu erheblichen Störungen im Gefüge führen. Das zeigt auch das Beispiel unter Ziff. 3. Ein mitbestimmter Aufsichtsrat müsste dort auf Ebene der Familien-Holding eingerichtet werden. Diese beschäftigt selbst keine Arbeitnehmer und hat kein operatives Geschäft. Vielmehr sind auf dieser Ebene die Eigentümerinteressen ausbalanciert und gebündelt und es ist hier die Führungs- und Organisationsstruktur zur Wahrung des Einflusses der Eigentümerfamilie („Family Business Governance“) verankert.

VII. Gestaltungsansätze

1. Ebenso wie das Steuerrecht oder Publizitätserwägungen sollte die Unternehmensmitbestimmung nicht alleiniger Treiber für gesellschaftsrechtliche Gestaltungen sein. Weil Unabhängigkeit, Selbstbestimmtheit und Vertraulichkeit in

Familienunternehmen aber besonders hohe Güter sind, ist die Unternehmensmitbestimmung seit jeher eine wichtige Rahmenbedingung bei Gestaltungsüberlegungen.

2. So individuell wie die gesellschaftsrechtliche Struktur des einzelnen Unternehmens, so unterschiedlich fielen schon bisher die möglichen Gestaltungsoptionen für die Arbeitnehmermitbestimmung aus.

a) Denkbar ist zunächst die identitätswahrende Umwandlung des Unternehmens in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform.

So unterliegt die Rechtsform der GmbH & Co. KG bereits bislang nicht dem DrittelbG, sondern nur dem MitbestG. OHG oder gar GbR unterliegen keinem der Mitbestimmungsgesetze. Ob die Ampelkoalition das künftig ändert, bleibt abzuwarten, scheint aber nicht sehr wahrscheinlich. Für Kapitalgesellschaften wird allerdings die Umwandlung in die Personengesellschaft zur Vermeidung der Mitbestimmung aus steuerlicher Sicht praktisch meist nicht gangbar sein.

b) Der Einsatz ausländischer (Komplementär-) Gesellschaften, die nach ihrem Heimatrecht mitbestimmungsfrei sind, oder auch von Stiftungen kann weiterhin erwogen werden. Gleiches gilt für die zur Sicherung bestehender Mitbestimmungsfreiheit nach wie vor sinnvolle Umwandlung in eine SE. Dies gilt allerdings nicht mehr, falls der Ampelkoalition (wenn auch auf europäischer Ebene kurz- bis mittelfristig nicht sehr wahrscheinlich, s.o.) eine Erstreckung der Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaftsformen oder eine Abschaffung des „Einfriereffekts“ der SE-Umwandlung gelingen sollte.

c) Wenn die Ampelkoalition das DrittelbG erwartungsgemäß um eine generelle Konzernzurechnung ergänzt, müssten künftig allerdings gruppenweit alle Gesellschaften, die selbst oder zusammen mit ihren Tochtergesellschaften mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, in mitbestimmungsfreie Rechtsformen umgewandelt werden. Es reichte dann – wie schon bisher im Anwendungsbereich des

MitbestG bei über 2.000 Arbeitnehmern – nicht mehr aus, allein die Ebene der einzelnen Gesellschaft zu betrachten und diese ggf. umzuwandeln (siehe das Beispiel unter VI.).

d) Ein weiterer Gestaltungsansatz außer Umwandlungsüberlegungen kann es sein, Mehrheitsbeteiligungen im Konzern in kleinere Beteiligungen, z.B. 1/3:1/3:1/3 zu „zerlegen“, oder trotz Bestehenbleibens von Mehrheitsbeteiligungen die daraus folgende aktienrechtliche Konzernvermutung anderweitig durch vertragliche Gestaltungen zu widerlegen und so die Konzernzurechnung zu „unterbrechen“. Auch kann es sich anbieten, bisher mittelbar über eine Familienholding gehaltene Beteiligungen künftig direkt als Eigentümerfamilie in Gestalt mehrerer Schwestergesellschaften nebeneinander zu halten. Bei derartigen Gestaltungen ist aber besonders genau zu erwägen, ob die Vermeidung der Drittelmitbestimmung mögliche organisatorische Nachteile für die Unternehmensführung aufwiegt.

e) Insgesamt dürfte es sich empfehlen, mit entsprechenden Überlegungen nicht zu lange zuzuwarten, da derartige Gestaltungen regelmäßig eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Auch ist angesichts der Vielzahl betroffener Familienunternehmen und der erwartbaren Reaktionen von Interessenverbänden nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber eine Art Bestandsschutz für Unternehmen gewährt, die bei Gesetzesänderung mitbestimmungsfrei sind.

3. Wir beobachten und begleiten die weitere rechtspolitische Entwicklung sehr genau für Sie. Bei Interesse besprechen wir diese Themen gerne vertieft mit Ihnen persönlich.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre

Sebastian v. Thunen und Christoph Mehringer

Kontakt:

E: buero@vonthunen.de

T: 0521 800 670 0 oder 0711 447 097 0

Hinweis: Dieser Artikel dient ausschließlich der Information. Er stellt keinen Rat und keine Empfehlung dar.