

Prof. Dr. Volker Rieble

# Schnelle Mitbestimmungssicherung gegen die SE

Die SE wirkt – mitbestimmungsvermeidend. Die Zahl paritätisch mitbestimmter Unternehmen sinkt. Der Macht-„Besitzstand“ der Gewerkschaften in den Aufsichtsräten ist bedroht. „Helfen“ kann nur eine Absenkung der Schwellenwerte – im Wettlauf mit den Unternehmen, die – schneller als der Gesetzgeber „hilft“ – in die SE entschwinden.

## I. SE als Erfolgsgeschichte der Mitbestimmungsvermeidung

Die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft ist (vorbehaltlich von ausgetüftelten Sonderstrategien) kein Instrument zur Flucht aus einer bestehenden Unternehmensmitbestimmung, aber überaus erfolgreich zur Mitbestimmungsvermeidung – vor Erreichen der einschlägigen Belegschaftsschwellenwerte. Denn das Mitbestimmungsstatut wird in der Sekunde der Umwandlung eingefroren.<sup>1</sup> Wird ein Unternehmen mit einer Belegschaft von weniger als 500 Arbeitnehmern in eine SE umgewandelt, bleibt es dauerhaft mitbestimmungsfrei (und nach derzeitigem Stand von der angekündigten deutschen Frauenquote im Aufsichtsrat „verschont“). Damit steht insbesondere der Weg zum Verwaltungsrat offen, in dem geschäfts- und aufsichtführende Personen „unbelascht“ von Arbeitnehmervertretern zusammenarbeiten können – was das deutsche Aktienrecht nicht erlaubt, aber für Familienunternehmen durchaus attraktiv ist.

Wichtig auch: Solange die Gesamtbelegschaft in der Unternehmensgruppe unter 2000 liegt, gelten nicht die scharfen Zurechnungsvorschriften des MitBestG – sondern greift die weiche des § 2 Abs. 2 DrittelbG. Solange kein Beherrschungsvertrag geschlossen oder ein Eingliederungsbeschluss gefasst ist, gibt es keine Zurechnung der Belegschaften anderer Unternehmen, also weder im einfachen Konzern (wie nach § 5 Abs. 1 MitbestG), noch in der GmbH & Co (§ 4 MitbestG), noch gar eine mitbestimmte Teilkonzernspitze (§ 5 Abs. 3 MitbestG). Denn die Gruppe befindet sich insgesamt außerhalb der paritätischen Mitbestimmung. So kann ein mittelständischer Konzern mit 1860 Mitarbeitern insgesamt mitbestimmungsfrei bleiben, wenn die Belegschaft so auf die (inländischen) Konzernunternehmen aufgeteilt ist, dass in der jeweiligen juristischen Person jeweils weniger als 500 Arbeitnehmer wirken. Die GmbH & Co bleibt mitbestimmungsfrei, wenn in der GmbH 450 und in der KG 1500 Mitarbeiter wirken. Wird dann die leitende Gesellschaft in eine SE umgewandelt, so bleibt diese mitbestimmungsfrei.

Ist eine Gesellschaft drittelbeteiligt, so bleibt sie es nach der Umwandlung in eine SE auch dann, wenn die Belegschaft über 2000 wächst, sei es organisch, sei es durch Unternehmenszukauf.

Dieser europäische Schutz vor national verschärften Mitbestimmungsvorgaben ist ein Motiv zur Gründung der SE – wie insbe-

sondere die EU-Kommission in ihrem Bericht an das Parlament konstatiert.<sup>2</sup> Die SE als Gestaltungsinstrument zur Mitbestimmungsvermeidung wird attraktiver. Zum 1.10.2014 gab es 2234 SE in Europa.<sup>3</sup> Nach Angaben der Böckler-Stiftung<sup>4</sup> zählt Deutschland 147 SE mit mehr als fünf Arbeitnehmern (ohne Mantel- oder Micro-SE). Davon sind 47 „monistisch“ organisiert, haben also einen Verwaltungsrat. Unter ihnen hat nur die Puma SE mit mehr als 10000 Konzernbeschäftigten ein Drittel Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat – 46 monistische SE sind mitbestimmungsfrei. Von den 100 „dualistischen“ SE mit Vorstand und Aufsichtsrat haben nur 13 die paritätische Mitbestimmung „mitgenommen“, aber den Aufsichtsrat verkleinert. 28 haben die Drittelbeteiligung in die SE importiert – aber 58 haben keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sind also mitbestimmungsfrei. Das heißt: Von 147 deutschen SE sind insgesamt 106 frei von den positiven und negativen Einflüssen<sup>5</sup> deutscher Unternehmensmitbestimmung, also überwältigende 72 Prozent. Das nennt man Abstimmung mit den Füßen. Ein Blick in die derzeit geplanten Umwandlungen<sup>6</sup> am 10.11.2014 zeigt: Von 20 angekündigten Umwandlungen betreffen acht deutsche Unternehmen.

Ein Blick in die Statistik zeigt das. Die Zeitschrift Mitbestimmung wertet aus, wieviele Unternehmen mit paritätischer Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 „regiert“ werden. Seit 2003 ist eine Abnahme von damals 763 auf 651 Unternehmen im Jahr 2013 zu verzeichnen, also um 14,7%.<sup>7</sup> In der Graphik auf S. 2998.

Außerdem: Die deutsche Mitbestimmung verschafft ausschließlich den Inlandsbelegschaften Teilhaberechte und schließt ausländische Standorte aus.<sup>8</sup> Wenn eine SE ein bisheriges nationales Mitbestim-

1 Dazu Rieble, BB 2006, 2018; Henssler, RdA 2005, 330.

2 EU-Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der VO (EG) Nr. 2157/2001 v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), KOM (2010) 676 endg. vom 17.11.2010, S. 5, abrufbar unter [ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/se/report112010/com2010\\_676\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/se/report112010/com2010_676_de.pdf) (Abruf: 10.11.2014); zuvor Studie von Ernst & Young für die Kommission unter wissenschaftlicher Begleitung von Hopt/Menjuq/Rickford, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) – 2008/S 144-192482, dort insbes. S. 244 ff., abrufbar unter [ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/se/study\\_SE\\_9122009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf) (Abruf: 10.11.2014); aus der Wissenschaft Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, 721; dies., Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage, European Business Organization Law Review [EBOR] 10 (2009), S. 1 ff.

3 Abrufbar unter [www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Facts-Figures](http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Facts-Figures) (Abruf: 10.11.2014);

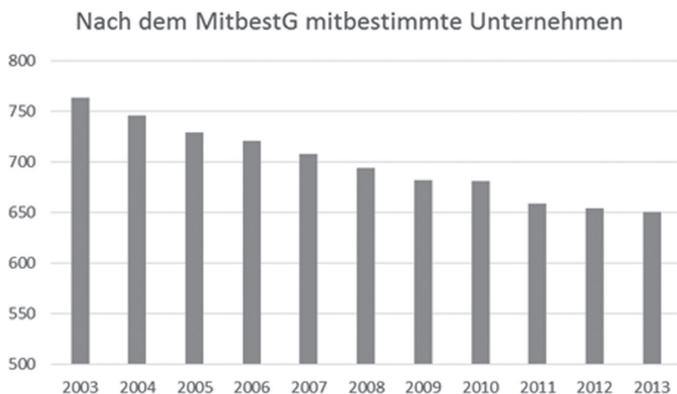
4 Abrufbar unter [www.boeckler.de/pdf/pb\\_mitbestimmung\\_se\\_2014\\_10.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2014_10.pdf) (Abruf: 10.11.2014), auch zum folgenden. Ähnliche Zahlen bei Schuberth/von der Höh, AG 2014, 439, die allerdings Vorratsgesellschaften einbeziehen und so zu 81 % Mitbestimmungsfreiheit gelangen.

5 Überaus eindeutig die Ergebnisse einer Unternehmensbefragung von Stettes, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland: Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?, ILF Working Paper 64 (2009), abrufbar unter [www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF\\_WP\\_064.pdf](http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_064.pdf) (Abruf: 10.11.2014).

6 Abrufbar unter [ecdb.worker-participation.eu/show\\_overview.php?letter=A&orderField=e.se\\_name&status\\_id=2&title=Planned%20SEs](http://ecdb.worker-participation.eu/show_overview.php?letter=A&orderField=e.se_name&status_id=2&title=Planned%20SEs) (Abruf: 10.11.2014).

7 Mitbestimmung 2003, 66; 2004, 66; 2005, 64; 2006, 70; 2007, 67; 2008, 68, 2009, 67; 2010, 59, 2011, 62; 2012, 62; 2013, 58.

8 Zur Verfassungsdiskussion Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 m. w. N.



mungsstatut mitnimmt, ist fortan die europäische Belegschaft teilhabeberechtigt. Das mindert die Mitbestimmungsmacht der deutschen Belegschaften im Unternehmen.

Schließlich: Die SE taugt zur räumlichen Flucht innerhalb der Union. Sie kann anders als nationale Rechtsformen unter dem Schutz des Unionsrecht ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen – und gewinnt so Unternehmensmobilität im verschärften Standortwettbewerb. Allerdings erwägt die Kommission derzeit eine 14. Gesellschaftsrechtsrichtlinie über die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften.<sup>9</sup>

## II. Gegenpläne: Schwellenwertsenkung – aber schnell

Wer Mitbestimmung für gut und unverzichtbar hält, kann das nicht hinnehmen – zumal in der Praxis eine Beschleunigung der SE-Bewegung wahrzunehmen ist. Auch droht den Gewerkschaften nicht bloß Einfluss- und Informationsverlust – sondern auch Einnahmeausfall: Führen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat doch jährlich mehr als 40 Mio. Euro an die Böckler-Stiftung ab.<sup>10</sup> Auch wenn die SE keine Unternehmen aus der deutschen Mitbestimmung herausführt – verhindert sie doch den Mitbestimmungsnachwuchs. Unternehmen, die die Mitbestimmungsfreiheit oder die Drittelbeteiligung konserviert haben, berichten (nichtöffentlich) über Wettbewerbsvorteile insbesondere gegenüber paritätisch mitbestimmten Unternehmen. Validiert ist das nicht, weil sich Vor- und Nachteile der Mitbestimmung nicht messen lassen. Jedenfalls ist seit 2002 ein Absinken der Zahl paritätisch mitbestimmter Unternehmen zu beobachten.<sup>11</sup>

Solche Mitbestimmungsverödung löst Gegenpläne aus. Die SPD hat noch in der letzten Legislatur aus der Opposition heraus einen Entschließungsantrag zur Mitbestimmungsstärkung gestellt – mit den Kernforderungen der Absenkung der Schwellenwerte von 2000 auf 1000 in der paritätischen Mitbestimmung und von 500 auf 250 in der Drittelbeteiligung.<sup>12</sup> Die Mitverfasserin *Anette Kramme* ist jetzt Parlamentarische Staatssekretärin bei der Bundesministerin für Arbeit und Soziales.

Nun verzeichnet der Koalitionsvertrag keine Mitbestimmungsverstärkungspläne – auch ist kein aktuelles Gesetzgebungsvorhaben bekannt. Das kann Mitbestimmungsaverse nicht beruhigen. Wenn ein solches Mitbestimmungsstärkungsgesetz kommt, dann kommt es schnell, womöglich versteckt in einem Artikelgesetz und als Nacht- und-Nebel-Gesetz.

Der Grund dafür ist einfach: Sobald das Gesetz in Kraft ist, rutschen bislang mitbestimmungsfreie Unternehmen in die Drittelbeteiligung oder gar in die paritätische Mitbestimmung, wenn die Unternehmensgruppe

mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigt, weil dann die Zurechnungstatbestände in §§ 4, 5 MitbestG greifen. Die bislang mitbestimmungsfreie GmbH & Co (GmbH 450 und KG 1500 Mitarbeiter) wandert direkt in den Anwendungsbereich des MitbestG 1976. Drittelbeteiligte Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmern könnten sich darüber freuen, endlich gerecht und paritätisch mitbestimmt zu werden. Nach Inkrafttreten des Mitbestimmungsstärkungsgesetzes hilft keine SE-Umwandlung mehr. Die Mitbestimmung, die das Unternehmen einmal hat, wird sie im Zuge der Umwandlung in eine SE nicht los.

Das wiederum dürfte eine erkleckliche Anzahl betroffener Unternehmen dazu verleiten, bei Bekanntwerden solcher Gesetzgebungspläne die Umwandlung zu starten – in der Hoffnung, „noch schnell“ zur SE zu werden, bevor die Mitbestimmungsschärfung in Kraft tritt. Nach der Umwandlung kann die deutsche Mitbestimmung der SE nichts mehr anhaben, § 47 SEBG und Art. 13 Abs. 2 SE-Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG. So schnell ist die Umwandlung indes nicht zu machen. Allein das Verfahren zur verhandelten Arbeitnehmerbeteiligung läuft mehr als neun Monate. Schnelle Umwandlungen dauern etwas über ein Jahr. Eine frühzeitige Ankündigung solcher Pläne trieb also die Unternehmen in die schnelle Entscheidung über eine SE-Umwandlung. Der Gesetzgeber wird deshalb solche Nebenwirkungen seiner Gesetzgebungsankündigung einkalkulieren und im Wettlauf mit den potentiellen Mitbestimmungsvermeidern ein Schnellgesetz beschließen – in weniger als neun Monaten. Wer in diesen Wettlauf als deutsche Gesellschaft geht, wacht mitbestimmt wieder auf. Wer heute die SE-Umwandlung hinter sich hat oder jetzt betreibt, der kann sich zurücklehnen und beobachten, wie segensreich sich Mitbestimmung bei seinen Konkurrenten auswirkt.

## III. Konsequenz

Wer unter Mitbestimmungsaspekten über die SE als Rechts- und Gestaltungsform nachdenkt, sollte bedenken, dass es für das Unternehmen eines Tages zu spät sein könnte. Ein von Verfasser, der gelegentlich solche Umwandlungen begleitet, durchaus wahrgenommenes Motiv für die SE-Umwandlung ist diese Sorge vor der Gesetzesschärfung. So wie es für den mitbestimmungsschützenden Gesetzgeber notwendig ist, ein solches Gesetz „schnell“ zu machen, um Ausweichbewegungen zuvorzukommen – so ist es für den Freund der Mitbestimmungsfreiheit oder der Drittelbeteiligung notwendig, vor auszudenken und Möglichkeitsräume zu sichern. Gedanken müssen sich machen Unternehmen zwischen 250 und 500 Arbeitnehmern und Unternehmen oder Unternehmensgruppen zwischen 1000 und 2000 Beschäftigten. Und: Wer heute nicht hören will, der mag morgen fühlen!

**Prof. Dr. Volker Rieble** lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und ist Direktor des ZAAR.



<sup>9</sup> Abrufbar unter [ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm) (Abruf: 10.11.2014).

<sup>10</sup> Abrufbar unter [www.boeckler.de/331.htm](http://www.boeckler.de/331.htm) (Abruf: 10.11.2014).

<sup>11</sup> Abrufbar unter [www.boeckler.de/38347.htm](http://www.boeckler.de/38347.htm) (Abruf: 10.11.2014).

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/2122 vom 16.6.2010; abrufbar unter [dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/021/1702122.pdf](http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/021/1702122.pdf) (Abruf: 10.11.2014).