



---

## **Stellungnahme der Mitglieder der Mitbestimmungskommission**

**Dr. Manfred Gentz  
Dr. Dieter Hundt  
Jürgen R. Thumann**

**zum Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmungskommission**

---

**Berlin, 20. Dezember 2006**

Bundesvereinigung der  
Deutschen Arbeitgeber-  
verbände

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.

Haus der  
Deutschen Wirtschaft  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

## I. Einleitung

Wir bedauern, dass es nicht möglich ist, einen einvernehmlichen Bericht mit Vorschlägen zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung vorzulegen. Der Auftrag der Mitbestimmungskommission lautete, ausgehend vom geltenden Recht Vorschläge für eine moderne und europataugliche Weiterentwicklung der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu entwickeln. Der vorstehende Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Mitbestimmungskommission, nachfolgend Bericht genannt, erfüllt diesen Auftrag nicht.

In dem Bericht wird ein grundsätzlicher Reformbedarf der Mitbestimmung ausdrücklich und mehrfach verneint. Diese Auffassung teilen wir nicht: Wir sehen einen grundsätzlichen Bedarf zur Reform der Mitbestimmung aufgrund der Internationalisierung der Kapitalmärkte, der Globalisierung der Wirtschaft, der europäischen Gesetzgebung zum Gesellschaftsrecht und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Die deutsche Mitbestimmung steht in einem Wettbewerb unterschiedlicher Gesellschaftsrechtssysteme und damit unterschiedlicher Unternehmensformen.

Das deutsche Gesellschaftsrecht muss für diese europäische Entwicklung geöffnet werden. Der Bericht verfolgt eine gegenteilige Zielsetzung, nämlich die deutsche Mitbestimmung von dieser Entwicklung abzuschotten und sogar noch auszudehnen.

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 ist weltweit einmalig geblieben. Weder in der Europäischen Union noch sonst wo in der Welt hat auch nur ein einziges Land eine quasiparitätische Unternehmensmitbestimmung übernommen. 30 Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes müssen wir feststellen, dass einerseits die singuläre Stellung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland fortbesteht, andererseits aber die Weltwirtschaft sich grundlegend verändert hat: Der europäische Binnenmarkt und die Entwicklung in der EU auf dem Gebiet des Gesell-

schaftsrechts, die Globalisierung der Wirtschaft, der internationale Standortwettbewerb und der internationale Kapitalmarkt erfordern grundsätzliche Reformen unserer Unternehmensmitbestimmung. Im Bericht wird stattdessen die Behauptung aufgestellt, dass die Aussagen des über 36 Jahre alten ersten Berichts zur Mitbestimmung aus dem Jahr 1970 nichts von ihrer Berechtigung verloren hätten. Diese Einschätzung können wir angesichts der geschilderten Veränderungen in keiner Weise teilen.

Dabei geht es nicht darum, die Unternehmensmitbestimmung abzuschaffen. Es geht entsprechend dem Auftrag der Mitbestimmungskommission um ihre Weiterentwicklung im europäischen Umfeld und eine Anpassung an die europäische und internationale Entwicklung. Dies bedeutet nicht, die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 generell und übergangslos in eine Drittelbeteiligung umzuwandeln. Es ist aber notwendig, ein mit der europäischen Entwicklung kompatibles Modell zu schaffen. Hierzu muss die Unternehmensmitbestimmung generell für Vereinbarungslösungen geöffnet werden, auch für solche Unternehmen, die nicht die Rechtsform der Europäischen Gesellschaft wählen wollen. Unser Ziel ist, das deutsche Gesellschaftsrecht und die Unternehmensmitbestimmung so attraktiv zu machen, dass deutsche Unternehmensformen auch in Zukunft international wettbewerbsfähig sind. Das setzt Wahlmöglichkeiten für Arbeitnehmer und Anteilseigner voraus. Eine Wahl besteht aber nur dort, wo wirksame Verhandlungsoptionen geboten werden.

Wir haben eingehende Vorschläge für solche Vereinbarungslösungen vorgelegt. Wir bedauern, dass die Kommission nicht bereit war, sich im Einzelnen mit diesen Vorschlägen auseinanderzusetzen.

## **II. Europäisierung und Internationalisierung des Unternehmensrechts**

Die Europäisierung der Unternehmensverfassung hat in den letzten Jahren deutlich an Dynamik gewonnen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlas-

sungsfreiheit wird sich die deutsche Mitbestimmung ändern, auch wenn an den deutschen Mitbestimmungsgesetzen nichts geändert wird. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher nicht die weitere Entwicklung abwarten, sondern Schritte zu einer Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung ergreifen.

Der Bericht betont zwar zu Recht, dass ausländische Kapitalgesellschaften nicht ohne weiteres der deutschen Unternehmensmitbestimmung unterworfen werden dürfen; mit der von ihm angeregten Beobachtungspflicht wird allerdings gleich das Ergebnis solcher Beobachtungen vorweggenommen. Dieses lautet im Fall vermeintlicher „Flucht aus der Mitbestimmung“: Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Rechtsformen, um entsprechende Entwicklungen zu unterbinden. Dieser Eindruck wird noch durch die Behauptung verstärkt, dass der deutsche Gesetzgeber nicht daran gehindert sei, solche Unternehmen der Mitbestimmung zu unterwerfen. Eine solche Abschottung ist im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme nicht nur unzweckmäßig, sondern auch kontraproduktiv. Sie würde dazu führen, dass der Investitions- und Holdingstandort Deutschland geschwächt und gerade für die Ansiedlung ausländischer Unternehmen weniger attraktiv würde.

Die im Bericht – andeutungsweise – vorgesehene Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Rechtsformen widerspricht auch der vom Europäischen Gerichtshof immer wieder hervorgehobenen hohen Bedeutung der Niederlassungsfreiheit. Diese verbietet es, die Mitbestimmung durch deutsche Gesetze auf solche ausländischen Gesellschaften auszudehnen.

Die Nutzung ausländischer Rechtsformen kann unterschiedliche Gründe haben. Dazu gehören steuerrechtliche Gründe ebenso wie die teilweise einfacheren Gründungsregeln nach ausländischem Recht. Dazu gehört auch die Möglichkeit, eine bessere Binnenorganisation oder einheitliche Konzernstrukturen zu schaffen. Die Unternehmensmitbestimmung spielt bei dieser Entscheidung eine zentrale Rolle. Dies gilt gerade bei der Standortwahl von Personengesellschaften deutschen Rechts, deren

Inhaber sich überlegen, ihr Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln. Die Niederlassungsfreiheit ermöglicht es ferner, für unterschiedliche Formen und Ziele unternehmerischen Handelns auf die jeweils am besten passende Rechtsform zurückzugreifen. So können Unternehmen beispielsweise leichter in anderen Mitgliedstaaten aktiv werden, ohne Töchter in ihnen nicht vertrauten ausländischen Rechtsformen gründen zu müssen.

Wir sind der Überzeugung, dass der Gesetzgeber in der Verantwortung steht, die Rechtsformen des deutschen Rechts in diesem potenziellen Wettbewerb so auszugestalten, dass sie sich gegenüber ausländischen Rechtsformen nicht nur behaupten, sondern sogar wieder die Vorbildrolle einnehmen können, die sie in der Vergangenheit vielfach hatten. Mit ihren Überlegungen zur Reform des GmbH-Rechts hat die Bundesregierung diesen wichtigen Auftrag erkannt.

Berücksichtigt werden muss ferner, dass der Vergleich deutscher mit europäischen und internationalen Unternehmensformen die Sensibilität für die deutsche Mitbestimmung in Bezug auf die Corporate Governance Diskussion erhöht hat. In diesem Zusammenhang müssen wir die Frage beantworten, was die zunehmende Forderung der EU, der USA und des Deutschen Corporate Governance Kodex nach Professionalisierung und Intensivierung der Aufsichtsratsarbeit sowie nach Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder für quasiparitätisch mitbestimmte Aufsichtsräte bedeutet.

Unserer Auffassung nach ist die Mitbestimmung in ihrer heutigen Ausgestaltung mit den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung, die das Kapitalmarktvertrauen in die Führung der Unternehmen durch mehr Transparenz und eine effektivere Kontrolle der Unternehmensleitung verbessern soll, nur bedingt zu vereinbaren. Das gilt zum Beispiel im Hinblick auf die Größe der Aufsichtsräte, die Vertretung ausländischer Belegschaften in den Aufsichtsräten und die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter. Im internationalen Umfeld bedarf die deutsche Mitbestimmung immer wieder der Erläuterung. In der Praxis wird die deutsche

Mitbestimmung in ihrer heutigen Form im Ausland und auch von vielen deutschen Unternehmen nicht als Standortvorteil gesehen.

Die Behauptung im Bericht, die deutsche Mitbestimmung sei keine einzigartige Erscheinung und die europäische Rechtsentwicklung orientiere sich am deutschen Vorbild, ist nachweislich falsch. Im europäischen und internationalen Zusammenhang kann davon keine Rede sein. Das Gegenteil ist richtig. Das belegt auch die als Anhang 4 dem Bericht beige-fügte Übersicht Europa. Das Vereinigte Königreich, Italien, Irland, Spanien, Portugal, Belgien, Griechenland, Litauen, Lettland, Estland, Malta und Zypern kennen gar keine Unternehmensmitbestimmung. In Österreich, Luxemburg, Ungarn, Polen, Tschechien, Slowenien und der Slowakei existiert maximal eine Drittelbeteiligung. Vom deutschen System grundlegend abweichende Systeme, die aber unter dem deutschen Mitbestimmungsniveau bleiben, existieren in den skandinavischen Ländern, den Niederlanden und Frankreich.

Zu Recht ist von Herrn Professor Rebhahn im Auftrag des diesjährigen Deutschen Juristentags die Einzelstellung der deutschen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 ausdrücklich betont worden. Herr Professor Rebhahn hat festgestellt, dass die deutsche Mitbestimmung in vergleichender Sicht schon für sich betrachtet ein Sonderweg ist, der noch durch die gleichzeitige Existenz der Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz verstärkt wird. Der vorliegende Bericht geht mit seinen Ausführungen zur europäischen Bestandsaufnahme daher an wesentlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen vorbei und wird den Tatsachen nicht gerecht.

### **III. Die Bewertung der Unternehmensmitbestimmung nach geltendem Recht**

Verschiedene Studien kommen hinsichtlich der Folgen der Unternehmensmitbestimmung auf die Unternehmen und deren Werthaltigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach der jüngst veröffentlichten Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) in Köln und des Frankfurter Institute of Law and Finance (ILF) in Frankfurt wird die Mitbestimmung

mit numerischer Parität nach dem Mitbestimmungsgesetz als überwiegend hinderlich angesehen, insbesondere bei der Suche nach ausländischen Investoren und Partnern für eine Verschmelzung. Die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nach dem Mitbestimmungsgesetz verlangsamte notwendige Entscheidungsprozesse. Die Hälfte der betroffenen Kapitalgesellschaften beklagte, dass die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten Entscheidungen verzögern. Der Drittelbeteiligung werden solche negativen Folgen nicht oder in geringerem Umfang zugesprochen. Insoweit kann keine Rede davon sein, dass die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz grundsätzlich positive Effekte auf die Unternehmen oder ihre Belegschaften hat. Zumindest gibt es gerade keinen nachweisbaren Zusammenhang der angeblich „gefühlten“ Vorteile mit einer Quasiparität im Aufsichtsrat.

Auffällig ist die einseitige Behandlung der im Bericht erwähnten Studien. Die Studien, die die Auffassung stützen, Mitbestimmung wirke sich neutral oder positiv auf die Unternehmen aus, werden hinsichtlich ihres Zustandekommens nicht hinterfragt. Ausführlich hinterfragt wird demgegenüber die Studie von IW und ILF. Trotz des für vergleichende Studien zufrieden stellenden Rücklaufs an Antworten werden an Ihrer Aussagekraft Zweifel angedeutet. Die Rückläufe der anderen erwähnten Studien werden demgegenüber nicht untersucht, obwohl sich die Größe des Untersuchungssamples genau im Rahmen der Stichprobengrößen anderer Untersuchungen hält. Gleichzeitig werden dann doch einzelne Ergebnisse der Studie von IW und ILF – trotz des Zweifels der Wissenschaftler an ihrer Aussagekraft – hervorgehoben, um Thesen des Berichts zu stützen; negative Befunde der Studie – insbesondere zur Relevanz der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 für die Fusionsfähigkeit deutscher Unternehmen und die Wahl des Standorts – werden demgegenüber vollständig verschwiegen.

Ferner wird behauptet, dass mitbestimmungskritische Unternehmen überproportional im Sample vertreten seien. Für diese Behauptung existieren keinerlei Anhaltspunkte. Beispielsweise bewerten die Unternehmen, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, nicht nur im Vergleich zu den paritätisch mitbestimmten Unternehmen, sondern auch für

sich alleine betrachtet ihre Erfahrungen mit der Unternehmensmitbestimmung im Großen und Ganzen positiv. Lediglich eine Minderheit von knapp einem Fünftel bewertete die Mitsprache im Aufsichtsrat insgesamt als eher negativ. Im Ergebnis vermittelt dies den Eindruck, dass Studien, deren Inhalte nicht mit dem Grundtenor des Berichts übereinstimmen, von vorneherein ausgeblendet werden sollen.

Die Effekte der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz aus dem Jahre 1976 verstärken sich noch durch das Zusammenwirken mit der betrieblichen Mitbestimmung. Die vielfach anzutreffende Identität von Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat führt dazu, dass betriebsverfassungsrechtliche Fragen in den Aufsichtsrat getragen werden können. Damit besteht die Möglichkeit, die Zustimmung der Arbeitnehmerseite zu vom Vorstand beantragten Aufsichtsratsentscheidungen von Zugeständnissen auf der betrieblichen Ebene abhängig zu machen. Durch die Kumulation von Mitbestimmung auf der Betriebs- und Unternehmensebene können Vorstände in Abhängigkeiten geraten, insbesondere wenn es um ihre Erst- oder Wiederberufung geht. Diese Kumulation von Einflussmöglichkeiten reicht deutlich weiter als die Rechte des einzelnen Mitgliedes des Betriebs- oder Aufsichtsrates für sich genommen. Es geht dabei nicht um den Vorwurf opportunistischen Verhaltens von Vorständen. Die Feststellung, dass die strukturelle Vermischung verschiedener Mitbestimmungsebenen zu einer Gewichtsverlagerung führen kann, ist von einem solchen Werturteil frei. Sie kann aber auch nicht dadurch in Zweifel gezogen werden, dass der strukturelle Umbau der deutschen Wirtschaft und ihre Anpassung an den Weltmarkt in vielen Unternehmen laufend vollzogen werden.

Die Aussage, dass laut Befragungen eine gute Mitbestimmungspraxis innerhalb des bestehenden Systems möglich und eine schlechte Praxis in der überwiegenden Wahrnehmung eher eine Ausnahme sei, verkennt, dass bei derartigen Befragungen häufig keine ausreichende Differenzierung zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung sowie zwischen Drittelbeteiligung und Quasiparität vorgenommen wird. Kritische Stimmen aus Unternehmen und Vorständen über die Mitbe-

stimmung sind auch wegen der geschilderten Kumulation der Beteiligungsrechte selten.

Im Bericht selbst wird an verschiedenen Stellen festgestellt, dass die Mitbestimmung auf Betriebs- und Unternehmensebene zusammen gesehen werden muss. Beide dienen demselben Ziel. Die Folgen der wechselseitigen Beeinflussung und Verstärkung beider Systeme werden aber nicht hinreichend herausgearbeitet und daher auch nicht die richtigen Konsequenzen gezogen. Dies ist ein schwerwiegender Mangel.

Das Zusammenwirken der unterschiedlichen Einflussphären bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Stellung der Eigentümer des Unternehmens. Dieser Eingriff bedarf einer Rechtfertigung, die weder im Bericht noch in den Studien, auf die sich dieser vorzugsweise stützt, erbracht wird. Insbesondere treten wir mit Nachdruck der These des Berichts entgegen, es gebe einen Anspruch auf Mitbestimmung. Ein Anspruch auf Mitbestimmung existiert nicht! Mitbestimmung ist eine Möglichkeit, Partizipation der Arbeitnehmer an Entscheidungen des Unternehmens sicherzustellen. Dies kann – muss aber nicht – durch Unternehmensmitbestimmung sichergestellt werden. Ohne die Basis klarer empirischer Erkenntnisse lässt sich daher die Intensität des Eingriffs der Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Gestalt und in ihrer Kumulation mit der betrieblichen Mitbestimmung nicht rechtfertigen.

Die Einschränkung der Eigentumsrechte der Anteilseigner von Kapitalgesellschaften muss am Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemessen werden. Der Schutz der Arbeitnehmerinteressen ist durch die von der Rechtsprechung ausgebaute und verstärkte Mitbestimmung auf der Betriebsebene weitestgehend gewährleistet und kann durch die Drittelbeteiligung auf Unternehmensebene gesichert werden. Eine Rechtfertigung für die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 gibt es im gleichen Maße nicht oder – aufgrund der faktischen Weiterentwicklung der Mitbestimmungswirkungen auf der betrieblichen Ebene – nicht mehr. Die numerische Parität der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bedarf daher einer gesonderten Rechtfertigung, die darin

liegen kann, dass sie vereinbart wird. Für eine gesetzliche Regelung, die Ausnahmen nicht vorsieht, fehlt eine solche Rechtfertigung.

#### **IV. Vorschläge zur Unternehmensmitbestimmung**

##### **1. Vereinbarungslösungen**

a) Wir plädieren für die Einführung von Vereinbarungslösungen. Diese müssen die Größe der Aufsichtsräte, aber auch die Intensität der Mitbestimmung umfassen. Regelungen greifen im internationalen und europäischen Maßstab zu kurz, die Vereinbarungen über die Intensität der Mitbestimmung nur dort zulassen, wo Konzernstrukturen vorliegen.

Arbeitnehmern und Anteilseignern soll vielmehr generell die Möglichkeit gegeben werden, zu adäquaten Lösungen für das jeweilige Unternehmen zu gelangen. Gerade auch kleinere Unternehmen haben ein starkes Bedürfnis nach einer auf das Unternehmen passenden und frei zu vereinbarenden Mitbestimmung.

Für den Fall, dass die Verhandlungen über die Mitbestimmung scheitern, soll eine gesetzliche Auffanglösung vorgesehen werden. Diese Auffangregelung kann nicht die maximal vereinbarungsfähige Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 sein. Eine Auffangregelung, die bereits das Maximum dessen vorsieht, was überhaupt zulässig ist, gibt keine Verhandlungsanreize. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen sollte daher die Auffangregelung in einer Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer bestehen. Die Drittelbeteiligung ist in den europäischen Staaten, die überhaupt eine Mitbestimmung kennen, die am häufigsten anzutreffende Partizipationsform. Für Unternehmen, die heute einem der geltenden Mitbestimmungsgesetze unterliegen, kann im übrigen auch im Rahmen von Vereinbarungslösungen eine Bestandsschutzregelung vorgesehen werden.

Im Gegensatz zum Bericht halten wir es im Rahmen von Vereinbarungslösungen für völlig ausgeschlossen, in Unternehmen in Konzernstrukturen eine Mitbestimmung zu verhandeln, die sogar noch über das Niveau der numerischen Parität des Mitbestimmungsgesetzes hinausgehen

könnte. Eine solche Regelung wäre nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Sie widerspräche auch klar der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung.

b) Für problematisch halten wir den Vorschlag, Vereinbarungslösungen über die Intensität der Mitbestimmung mit Absprachen zusätzlicher Zustimmungsvorbehalte für den Aufsichtsrat zu verbinden. Wir sehen im Zusammenhang mit Mitbestimmungsvereinbarungen keine Notwendigkeit, Abreden über zustimmungspflichtige Entscheidungen von Vorständen zu treffen, auch nicht im Wege der Selbstverpflichtung. Diese Aufgabe gehört ausschließlich in die Zuständigkeit des Aufsichtsrates oder der Beschlussfassung der Hauptversammlung der Aktionäre. Hierbei sollte es in vollem Umfang bleiben.

c) Es ist richtig, dass Vereinbarungen über die Unternehmensmitbestimmung nicht Gegenstand eines Tarifvertrages sein können. Die Tarifvertragsparteien sind nicht dazu legitimiert, Fragen zu regeln, die den gesellschaftsrechtlichen Status und dessen Ausgestaltung in einzelnen Unternehmen betreffen. Dies gilt insbesondere auch für die Feststellung, dass Mitbestimmung nicht Gegenstand von Arbeitskämpfen sein kann und darf.

## **2. Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat**

a) Der beschriebene Effekt der Kumulation von Mitwirkungsrechten durch die Kumulation von betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung würde noch verstärkt, wenn dem Vorschlag des Berichts gefolgt würde, die Betriebsräteversammlung mit der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu betrauen.

Wir können uns nicht der Auffassung anschließen, dass die Urwahl eine zu bürokratische und teure Lösung ist. Richtig ist vielmehr, dass die heute nach dem Mitbestimmungsgesetz vorgeschriebene Delegiertenwahl die Unternehmen mit hohen Kosten und komplizierten Wahlvorgängen belastet. Wir plädieren daher nachdrücklich für eine Wahlregelung, die unmittelbar den Arbeitnehmern einen stärkeren Einfluss auf ihre Repräsentanten gewährt, als dies bisher der Fall ist.

Wir können uns aber vorstellen, die Frage der Wahldurchführung in das Verhandlungsmandat von Unternehmen und Arbeitnehmervertretern zu legen. Wenn die durch eine Urwahl bestimmten Belegschaftsvertreter im Verhandlungsgremium auf Arbeitnehmerseite zu dem Ergebnis gelangen sollten, dass das Modell der Wahl durch die Betriebsräteversammlung die Urwahl ersetzen möge, kann dies akzeptabel sein. Dies setzt allerdings voraus, dass das Verhandlungsgremium nach den Grundsätzen der Urwahl zusammengesetzt ist. Dabei ist auf die Beteiligung der leitenden Angestellten und deren Vertretung im Verhandlungsgremium zu achten.

b) Zwar ist es grundsätzlich richtig, die Größe des Aufsichtsrates vereinbarungsoffen zu gestalten, die de facto vorgesehenen Sitzgarantien für Gewerkschaftsvertreter halten wir allerdings nicht für sinnvoll. Solche Sitzgarantien sollten generell entfallen. Der Gesetzgeber kann vorsehen, dass unter den Kandidaten für die Wahl in das Verhandlungsgremium, wie unter den Kandidaten für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmer aus der Gruppe der leitenden Angestellten sein sollen und externe Gewerkschaftsvertreter sein können. Diese Differenzierung ist angemessen. Leitende Angestellte sind Teil des Unternehmens, in dem Aufsichtsratswahlen stattfinden. Dies gilt nicht entsprechend für externe Gewerkschaftsvertreter. Diese können, müssen aber nicht auf Listen kandidieren.

### **3. Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Verhandlungsgremium**

Das Verhandlungsgremium auf Arbeitnehmerseite muss nicht automatisch ein Spiegelbild der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sein. Die Begründung des Berichts, dass diejenigen Gruppen, die unter Umständen etwas abzugeben haben, auch darüber zu bestimmen haben, leuchtet nur bei oberflächlicher Betrachtung ein. Es geht im Kern um die Legitimation der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat.

Die Freiheit der Verhandlung sollte daher nicht von vornherein durch eine zu enge Begrenzung der Möglichkeiten hinsichtlich der Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums eingeschränkt werden. Das

besondere Verhandlungsgremium muss nach den jeweiligen Bedürfnissen der Arbeitnehmer und des Unternehmens gestaltet werden können. Insbesondere muss eine unbürokratische und kostengünstigere Urwahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums ermöglicht werden.

#### **4. Einbeziehung ausländischer Belegschaften**

Ein Schritt zu einer verbesserten Legitimation und zu einer Öffnung nach Europa, aber auch über Europa hinaus kann die Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die deutsche Mitbestimmung sein. Zu Recht betont der Bericht, dass dies ausschließlich auf freiwilliger Basis durch Vereinbarungen möglich ist.

Die Einbeziehung ausländischer Belegschaften darf dabei nicht zu einer substantiellen Erweiterung der Mitbestimmung führen. Genau dies wäre der Fall, wenn diese Belegschaften nicht nur an den Wahlen beteiligt würden, sondern auch bei der Ermittlung der Größe des Aufsichtsrats und der Intensität der Mitbestimmung berücksichtigt werden müssen. Eine solche Zurechnung der Arbeitnehmer ausländischer Gesellschaften würde in der Praxis zu einer Erweiterung der Mitbestimmung führen und den positiven Effekt der Einbeziehung dieser Belegschaften aufheben.

#### **5. Monistisches System**

Mit seinem Verzicht, das monistische System als Option auch für deutsche Unternehmen vorzuschlagen, bleibt der Bericht ebenfalls hinter den Anforderungen einer durchgreifenden Reform des Gesellschaftsrechts zurück. Die vielfältigen Vorteile des dualistischen Systems stellen wir nicht in Frage. In seiner konkreten Ausgestaltung ist es aber nur in wenigen Ländern akzeptiert. Hierzu gehören neben der Bundesrepublik Deutschland Österreich, die Niederlande und Finnland.

Auch auf europäischer Ebene wird darüber diskutiert, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Verpflichtung aufzuerlegen, neben den jeweils bestehenden Systemen der dualistischen oder monistischen Unternehmensführung generell auch das jeweils alternative Konzept anzubieten. Die Attraktivität des Standortes Deutschland könnte gestei-

gert werden, wenn der deutsche Gesetzgeber schon zum jetzigen Zeitpunkt ein solches Alternativkonzept zur Verfügung stellen würde. Der Bericht geht zu Recht davon aus, dass das monistische System spezifische Anforderungen an die Mitbestimmung notwendig macht. Deswegen von Vorschlägen für die Ausgestaltung einer Mitbestimmung in einem solchen System abzusehen, ist verfehlt.

## **6. „Bereinigung geltenden Rechts“**

Was in dem Bericht als „Bereinigung des geltenden Rechts“ beschrieben wird, läuft in Wirklichkeit in weiten Teilen auf eine deutliche Ausdehnung der Unternehmensmitbestimmung hinaus. Die deutsche Mitbestimmung – und damit das deutsche Gesellschaftsrecht – würden hierdurch gerade nicht an das europäische Modell angepasst, sondern die Ausweitung der deutschen Mitbestimmung würde das deutsche Gesellschaftsrecht noch weiter von der europäischen Entwicklung entfernen.

a) Die Ausdehnung der Mitbestimmung im faktischen Konzern ist keine systemgerechte Schließung von Regelungslücken. Sie widerspricht in zentralen Punkten Grundwertungen des deutschen Gesellschaftsrechts. Schon gesellschaftsrechtlich ist der faktische Konzern nur schwer zu greifen. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat solcher Konzernobergesellschaften kann daher schon heute über das durch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom März 1979 legitimierte Maß hinausgehen. Die „Beseitigung eines Systembruchs“ kann daher systematisch am ehesten dadurch erreicht werden, dass der faktische Konzern generell aus der Mitbestimmung ausgeklammert wird. Die Erstreckung der Mitbestimmung auf faktische Konzerne mit 500 bis zu 2.000 Arbeitnehmern verstärkt demgegenüber den Systembruch.

b) Ebenso unsystematisch ist der Ansatz, die Kapitalgesellschaft & Co. KG der Drittelbeteiligung zu unterwerfen. In Unternehmensstrukturen mit 500 bis zu 2.000 Arbeitnehmern ist der Einfluss der mit ihrer Einlage haftenden Kommanditisten deutlich stärker als in einer größeren Gesellschaft. Eine Anpassung an das Mitbestimmungsgesetz würde diesen unterschiedlichen Charakter verkennen und den Anforderungen solcher Gesellschaften nicht gerecht werden.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber mit der Novellierung des Drittelbeteiligungsgesetzes im Jahre 2004 bei gleichzeitiger Aufhebung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 die Drittelbeteiligung in Gesellschaften mit mehr als 500 aber nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern neu geordnet. Das Argument, systematische Brüche beseitigen zu wollen, lässt sich vor diesem Hintergrund nur schwer nachvollziehen. Die Regelungen waren dem Gesetzgeber vor zwei Jahren sehr wohl bekannt.

c) Entsprechendes gilt für die Überlegung, dass Mitbestimmungsgesetz auf den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auszudehnen. Dieser Verein ist in seiner Struktur nicht mit sonstigen Kapitalgesellschaften vergleichbar. Teilweise kann sogar erst die Entscheidung der mit der Versicherungsaufsicht betrauten Behörde dazu führen, dass ein solcher Verein einen Aufsichtsrat erhält und daher mitbestimmt wird. Die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes würde somit zu Friktionen führen, die vom Gesetzgeber bisher aus guten Gründen nicht gewollt waren.

d) Die Aufhebung der nur historisch zu begründenden Regelung, nach der Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern teilweise noch einer Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, begrüßen wir, auch wenn von dieser Regelung nur noch wenige Unternehmen betroffen sind.

## **5. Fragen der inneren Ordnung des Aufsichtsrates**

a) Wir halten es für vollständig verfehlt, dass der Bericht Empfehlungen für eine gesetzliche Regelung der Zusammensetzung entscheidungsbefugter Ausschüsse im Aufsichtsrat gibt. Diese Empfehlungen greifen tief in die durch den deutschen Corporate Governance-Kodex gestärkte Autonomie und die Verantwortung des Gesamtaufichtsrats ein. Dasselbe gilt für die Vorschläge zur Regelberichterstattung in der GmbH. Anders als der Bericht sehen wir den Grund für die Unterscheidung in den unterschiedlichen Gesellschaftsformen, die bei der GmbH eine Regelberichterstattung nicht erforderlich machen.

b) Mit den Ausführungen des Berichts zum Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden und zur Bestellung des Arbeitsdirektors in Gesellschaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern stimmen wir überein. Eine faktische oder tatsächliche Angleichung der Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes an die Montanmitbestimmung ist abwegig. Vielmehr muss es darum gehen, auch die Montanmitbestimmung durchgreifend zu reformieren. Entsprechend den Ausführungen im Gutachten von Herrn Professor Dr. Raiser zum diesjährigen Deutschen Juristentag und vor dem Hintergrund der auch von den wissenschaftlichen Mitgliedern der Kommission anerkannten Tatsache, dass von dem Gesetz nur noch sehr wenige Unternehmen betroffen sind, regen wir daher an, das Montanmitbestimmungsgesetz sowie das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz aufzuheben.

c) Ebenso stimmen wir im Ergebnis mit dem Bericht darin überein, die strukturellen Unterschiede zwischen einer Aktiengesellschaft und einer GmbH, die vielfach über einen überschaubareren Gesellschafterkreis verfügt, beizubehalten. Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der GmbH und das Recht der Bestellung der Geschäftsführer in einer GmbH mit nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern ist nicht nur sachlich geboten, sondern auch verfassungsrechtlich unabdingbar. Deswegen ist zu überlegen, ob die GmbH nicht generell aus dem Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes herausgelöst und dem Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes zugeordnet werden soll, auch soweit sie den Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschreitet. Dies wäre unserer Auffassung nach den Strukturen der GmbH, unabhängig von deren Größe, angemessener.

## **V. Fazit und Ausblick**

Der in dem Bericht vorgenommene Ausblick ist widersprüchlich und hält im Ergebnis faktisch am Status Quo der deutschen Mitbestimmung fest, obwohl ein grundlegender Wandel prognostiziert wird. Einerseits wird in dem Bericht auf die angeblich abnehmende Bedeutung des Kapitals für die Unternehmen hingewiesen, andererseits werden Veränderungen der Finanzmärkte mit großen Auswirkungen auf Unternehmen beschrieben.

Die Mitbestimmung ist ein völlig ungeeignetes Instrument, um internationale oder globale Kapitalmarktentwicklungen, wie vom Bericht beschrieben, aufzuhalten oder zu beeinflussen. Ein Ausblick auf die künftige Entwicklung der Mitbestimmung müsste vielmehr herausarbeiten, wie die europäische Entwicklung in den nächsten 15 bis 20 Jahren ablaufen wird, welche Bedeutung diese Entwicklung für den Standort Deutschland und damit für die Beschäftigung und Ansiedlung neuer Unternehmen gewinnen wird und welche Antworten darauf das deutsche Gesellschaftsrecht und damit verbunden die deutsche Mitbestimmung geben müssen.

Eine weitgehend vereinbarungsoffene Mitbestimmung ist eine mögliche Antwort auf die zukünftigen europäischen und internationalen Entwicklungen. Die Öffnung der Unternehmensmitbestimmung für Vereinbarungslösungen ermöglicht es, gravierende Nachteile der derzeit geltenden Regelungen zu vermeiden. Die große Vielfalt unterschiedlicher Unternehmen erfordert unterschiedliche Partizipationsformen für die Arbeitnehmer. Eine solche Vielfalt bietet Unternehmen und Arbeitnehmern die Chance individuell zu bestimmen, wie sie dem faktisch eröffneten Wettbewerb der Führung und Arbeitnehmerbeteiligung europäischer Gesellschaften begegnen wollen. Einschränkungen, wie sie der Bericht hierzu vornimmt, passen demgegenüber nicht in das System einer flexiblen und modernen Mitbestimmungskultur. Das Festhalten am Status Quo der Unternehmensmitbestimmung ist keine europaverträgliche Position.

Wir appellieren deshalb an Bundesregierung und Gesetzgeber, unter Berücksichtigung der europäischen und internationalen Entwicklung moderne Rahmenbedingungen für das Gesellschaftsrecht und die Mitbestimmung zu schaffen, um so die Attraktivität des deutschen Investitions- und Holdingstandortes zu stärken.

Dr. Gentz

Dr. Hundt

Thumann