

**MITBESTIMMUNG**

**MODERNISIEREN**

Bericht der Kommission Mitbestimmung

Die Präsidien von BDA und BDI haben Anfang 2004 die gemeinsame Kommission Mitbestimmung mit dem Auftrag eingesetzt, ein Konzept für eine erneuerte und moderne Mitbestimmung für die Bundesrepublik Deutschland zu erarbeiten. Die Kommission legt hiermit den Bericht über die Ergebnisse ihrer Arbeit vor.

Der Bericht bezieht sich auftragsgemäß sowohl auf die Unternehmensmitbestimmung im Rahmen der Unternehmensverfassung als auch auf die betriebliche Mitbestimmung im Rahmen der Betriebsverfassung. Die Kommission bejaht den Grundsatz der Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen als Partizipation und Mitverantwortung der Arbeitnehmer an der betrieblichen und unternehmerischen Entwicklung. Mitbestimmung ist das historische Produkt einer fast hundertjährigen gesellschaftlichen Entwicklung. Das Unternehmensmitbestimmungsgesetz von 1976 und das Betriebsverfassungsgesetz von 1972 regeln dem Grunde nach bis heute unverändert die Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Betrieben und Unternehmen. In den vergangenen 30 Jahren ist die Geschichte aber weiter gegangen. Die Globalisierung der Wirtschaft, die zunehmende internationale Arbeitsteilung und Vernetzung, die grenz- und kontinentalübergreifenden Aktivitäten weit verzweigter, international agierender, aber auch kleiner und mittlerer Unternehmen, die Erweiterung der Europäischen Union, die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes und einer europäischen Währung sowie die europäische Entwicklung des Gesellschaftsrechtes sind gravierende Veränderungen, die die Mitbestimmung einschneidend beeinflussen. Aus diesen Entwicklungen ergibt sich der Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung.

Die Kommission will mit ihren Vorschlägen zur Fortentwicklung der Unternehmensmitbestimmung dazu beitragen, dieses weltweit einmalig gebliebene System internationalen Entwicklungen zu öffnen. Kein einziges Land der Welt hat unsere Unternehmensmitbestimmung übernommen. Das deutsche Gesellschaftsrecht für Unternehmen ist insoweit international isoliert. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung der Europäischen Union, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie des internationalen Standortwettbewerbs wird sich die Mitbestimmung hier in Deutschland auch dann ändern, wenn an den überholten gesetzlichen Regelungen unverändert festgehalten wird.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verschärft den Wettbewerb der Unternehmensformen in der EU. Ausländische Unternehmensformen ohne Mitbestimmung oder mit anderen Mitbestimmungsformen können sich ohne weiteres in Deutschland niederlassen. Damit ist der potentielle Wettbewerb unterschiedlicher Mitbestimmungssysteme eröffnet. Die europäische Gesetzgebung wird grenzüberschreitende Fusionen und Sitzverlegungen erleichtern. Damit können Unternehmen besser als bisher auf den internationalen Wettbewerb und die Anforderung ihrer Märkte reagieren. Viele Unternehmen überlegen sich sorgfältig, ob sie u. a. aus steuer- und mitbestimmungsrechtlichen Gründen ihren Sitz in Deutschland wählen oder möglicherweise in einen anderen Staat der EU verlegen. Umgekehrt kann der Sitz einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen europäischen Land nach Deutschland verlegt werden, ohne dass dieses Unternehmen dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt. Deutschland kann sich dem Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme nicht entziehen. Es gibt aus Sicht der Kommission daher nicht die Alternative, wonach sich nichts ändern wird, soll oder kann. Die Frage ist allein, ob und wie der Wandel gestaltet wird.

Die Auffassungen zur Zukunft der Mitbestimmung, insbesondere die Einschätzungen und Erfahrungen mit der Unternehmensmitbestimmung, sind in der Wirtschaft durchaus unterschiedlich. Auch in der Kommission sind unterschiedliche Lösungsansätze und unterschiedliche Auffassungen zur künftigen Gestaltung der Unternehmensmitbestimmung ausführlich diskutiert worden. Die Kommission hat sich schließlich einmütig auf ein Konzept verständigt, in dessen Mittelpunkt die Idee steht, Art und Form der Mitbestimmung innerhalb eines gesetzlichen Rahmens vereinbaren zu können. Die Kommission ist überzeugt, dass nicht alle Unternehmen mitbestimmungsrechtlich „über einen Kamm geschoren“ werden können. Es ist wenig einsichtig, dieselben Mitbestimmungsregelungen z. B. für weltweit agierende, börsennotierte Konzerne oder eine GmbH im Familienbesitz mit nur einem Standort in Deutschland zu fordern. Die große Vielfalt unterschiedlicher Unternehmen erfordert auch unterschiedliche Partizipationsformen für die Arbeitnehmer. Die Vielfalt ermöglicht es zugleich den Unternehmen, individuell zu bestimmen, wie sie dem faktisch eröffneten Wettbewerb der europäischen Mitbestimmungssysteme durch ausländische Unternehmensrechtsformen mit deutschem Gesellschaftsrecht begegnen können. Vereinbarungen schaffen Raum für differenzierte Lösungen.

Um den Verhandlungspartnern in den Unternehmen eine Orientierung zu geben, empfiehlt die Kommission Regelbeispiele vorzugeben, an die sich die Vereinbarung ganz oder teilweise halten kann, aber nicht muss. Regelbeispiel für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat soll zum einen die hälftige Besetzung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 sein, zum anderen die Drittelbeteiligung. Als drittes Regelbeispiel schlägt die Kommission die Auslagerung der Mitbestimmung aus dem Aufsichtsrat oder Board in einen „Konsultationsrat“ vor.

Nur für den Fall, dass eine Vereinbarung nicht zustande kommt, muss der Gesetzgeber eine bindende Regelung vorsehen. Die in keinem anderen Land der Welt akzeptierte paritätische Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 kann dafür kein Maßstab sein. Vielmehr hat sich die Kommission an der auch in anderen Ländern der EU verbreiteten Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat orientiert. Für den Fall, dass eine monistische Unternehmensverfassung gewählt wird, sollte der Konsultationsrat als gesetzliche Lösung vorgesehen werden.

Die Öffnung der Unternehmensmitbestimmung für Vereinbarungslösungen ermöglicht auch, gravierende Nachteile der derzeit geltenden Regelungen zu vermeiden. Im Wege der Vereinbarung kann z. B. die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zurückgeführt werden, um eine effiziente und vertrauensvolle Zusammenarbeit zu erleichtern. Ähnliches gilt für die vielfach fehlende Legitimation der Arbeitnehmermitbestimmung, bei der Arbeitnehmer aus ausländischen Konzernteilen nicht beteiligt werden. Dieses Problem kann nur durch eine Vereinbarungslösung geregelt werden, weil dem deutschen Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung für Unternehmen im Ausland aus völkerrechtlichen Gründen verwehrt ist.

Ebenso wie die Unternehmensmitbestimmung können nach Auffassung der Kommission auch viele Fragen der betrieblichen Mitbestimmung durch Vereinbarungen innerhalb eines gesetzlichen Rahmens gelöst werden. Die Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 war kein Beitrag zu ihrer Modernisierung, sondern hat die Betriebsverfassung bürokratischer gemacht und die Gremien im Betriebsverfassungsgesetz weiter aufgebläht. Auch für die betriebliche Mitbestimmung gilt, dass zu große Gremien der Effizienz hinderlich sind.

Gerade bei der betrieblichen Mitbestimmung muss eine Entbürokratisierung und Beschleunigung der Verfahren erfolgen, um eine effiziente Mitwirkung zu gewährleisten, die nicht zu unnötigen Verzögerungen von Betriebsabläufen führt. Im Zuge der tarifpolitischen Öffnungsklauseln und Veränderung des Günstigkeitsprinzips im Tarifvertragsrecht werden die Betriebspartner größere Gestaltungsmöglichkeiten erhalten. Dies wird im Ergebnis ein Mehr an betrieblicher Mitbestimmung bedeuten. Gerade in der Betriebsverfassung zeigt sich, dass mehr Verantwortung und Gestaltungsoptionen in den Betrieben und weniger zentrale Regulierungen gefragt sind.

Die Kommission hält eine breite politische Debatte zur Zukunft der Mitbestimmung in Deutschland für überfällig. Auch diejenigen, die sich in der Verteidigung von Besitzständen und eigenen Positionen gegen notwendige Änderungen stellen, werden in den nächsten Jahren erleben, wie der Wettbewerb Einzug in die Mitbestimmungsdebatte hält. Wer Mitbestimmung erhalten will, muss sie verändern. Der Bericht der Mitbestimmungskommission von BDA und BDI soll dazu beitragen, den Veränderungsprozess erfolgreich zu gestalten.

Wir danken allen Mitgliedern der Kommission aus Unternehmen, Wissenschaft und Verbänden für ihre engagierte Mitwirkung.

Berlin, im November 2004

**Dr. Reinhard Göhner**

Vorsitzender der Kommission Mitbestimmung

Hauptgeschäftsführer der BDA

**Klaus Bräunig**

Mitglied der Hauptgeschäftsführung des BDI

	Seite
I. Die Sonderstellung der deutschen Mitbestimmung	1
1. Die Mitbestimmung in Deutschland	2
a. Die Auswirkungen der Mitbestimmung in Unternehmen und Betrieben	2
b. Die deutsche Mitbestimmung: zwischen Verantwortungsbeteiligung und Investitionshemmnis	6
2. Die Isolation der deutschen Mitbestimmung in Europa	10
a. Die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in den anderen EU-Mitgliedstaaten	11
b. Die Niederlassungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH und die Auswirkungen auf die Mitbestimmung	14
c. Die europäische Rechtsetzung	18
d. Mitbestimmung und Corporate Governance	20
e. Die betriebliche Mitbestimmung in Europa	23

II.	Das Konzept für die Erneuerung der Unternehmensmitbestimmung	27
1.	Die Gesetzliche Öffnungen zur Vereinbarung von Mitbestimmung in Unternehmen	28
2.	Modelle europäischer Vereinbarungslösungen	29
3.	Der gesetzliche Rahmen für Vereinbarungen auf Unternehmensebene.	33
4.	Die gesetzlichen Optionsmodelle	36
a.	Mitbestimmung in Anlehnung an das Mitbestimmungsgesetz 1976	36
b.	Mitbestimmung in Anlehnung an das Drittelbeteiligungsgesetz	37
c.	Konsultationsmodell	37
5.	Gesetzliche Regelung bei fehlender Vereinbarung	39
6.	Mitwirkung von Arbeitnehmern ausländischer Beteiligungen	41
7.	Wahlverfahren	43
8.	Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat	43

III. Das Konzept für die Erneuerung der betrieblichen Mitbestimmung	45
1. Strukturen der Betriebsverfassung flexibilisieren und betrieblichen Vereinbarungen öffnen	46
2. Legitimation der Betriebsräte gewährleisten und Wahlverfahren demokratisieren	47
3. Mitbestimmungsverfahren beschleunigen, Missbräuche unterbinden	48
4. Betriebsverfassung straffen - Schwellenwerte anheben	49
5. Betriebsverfassung entbürokratisieren	51
6. Wachsende Zuständigkeit der Betriebsräte bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen	54
Mitgliederliste	56

## **I. Die Sonderstellung der deutschen Mitbestimmung**

Mit seiner Mitbestimmung nimmt Deutschland eine weltweit singuläre Stellung ein. Die Mitbestimmung deutscher Prägung ist ein Unikat. Kein Land kennt so umfassende Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer – und kein Land hat sich bisher bereit gefunden, eine so weitgehende Mitbestimmung zu übernehmen. Dies gilt für die betriebliche Mitbestimmung ebenso wie für die Unternehmensmitbestimmung. Jahrzehntelange Bemühungen von Bundesregierungen und deutschen Gewerkschaften um die Übernahme der deutschen Mitbestimmung in Europa oder auch nur um eine Angleichung der Mitbestimmungsstandards haben sich als fruchtlos und illusorisch erwiesen.

Die deutsche Mitbestimmung hat ihre heutige Form im Kern in den Jahren 1952, 1972 und 1976 erhalten. Seitdem haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen grundlegend verändert. Globalisierung, internationale Arbeitsteilung, zunehmende Vernetzung der Wirtschaft und der zunehmende Einfluss der europäischen Rechtssetzung und Rechtsprechung kennzeichnen diesen Wandel. Diese Internationalisierung der Wirtschaft und eine immer stärker zusammenwachsende und verrechtlichte erweiterte Europäische Union stellen damit die Mitbestimmung in Deutschland in einen neuen, immer weniger durch nationalstaatliche Gesetze regelbaren Zusammenhang. Eine Politik, die auch langfristig die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen stärken will, muss gewährleisten, dass grenzüberschreitende Kooperationen, Fusionen und Sitzverlegungen auch aus dem Ausland nach Deutschland so einfach wie möglich sind.

Trotz vielfältiger internationaler Kritik an der Mitbestimmung sind die Mitglieder der Kommission in ihrer großen Mehrzahl davon überzeugt, dass die Mitbestimmung nicht abgeschafft werden sollte. Dies gilt sowohl für die betriebliche Mitbestimmung als auch für die Unternehmensmitbestimmung. Die Berechtigung der Unternehmensmitbestimmung ist dabei unter verschiedenen Blickwinkeln – auch unter dem Gesichtspunkt ihrer

prinzipiellen Existenzberechtigung – diskutiert worden. Sie wurde von einigen Mitgliedern ganz in Frage gestellt. Im Ergebnis hat sich die Kommission für den Fortbestand einer - allerdings wesentlich zu verändernden - Mitbestimmung ausgesprochen. Die Entwicklung des europäischen Rechts und der Vergleich mit anderen europäischen Mitbestimmungssystemen bilden dabei wesentliche Orientierungspunkte für diesen Erneuerungsprozess.

## **1. Die Mitbestimmung in Deutschland**

Die geltende deutsche Mitbestimmung ist das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung. Erste Überlegungen, die Mitwirkung der Arbeitnehmer zu regeln, stammen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts. Die besondere Rolle, die die deutsche Mitbestimmung seitdem im internationalen Vergleich spielt, erklärt sich aus den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umbrüchen nach den beiden Weltkriegen. Das Betriebsrätegesetz und die darin vorgesehene Entsendung von Betriebsräten in den Aufsichtsrat ist unmittelbare Folge des einschneidenden gesellschaftlichen Wandels nach dem Ersten Weltkrieg; die Verstärkung der Mitbestimmung in den Aufsichtsräten von Unternehmen durch das Betriebsverfassungsgesetz 1952 und vor allem die Einführung der Montanmitbestimmung, die zu einer zum Teil überparitätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat geführt hat, lassen sich ohne die Demontagen und die Einflussnahme der britischen Besatzungsmacht nicht erklären. Diese besondere historische Entwicklung ist auch ein Grund dafür, dass Mitbestimmung nach dem deutschen Modell in der Welt und vor allem in anderen Industrienationen zu keinem Zeitpunkt Nachahmer gefunden hat.

### **a. Die Auswirkungen der Mitbestimmung in Unternehmen und Betrieben**

Die Kommission verzichtet an dieser Stelle auf eine umfassende Darstellung des geltenden Rechts. Dafür gibt es in Deutschland umfangrei-

che Literatur, auf die verwiesen wird. Dargestellt werden soll nur, welche Unternehmen in welchem Umfang von der Mitbestimmung auf den Ebenen des Unternehmens und des Betriebes betroffen sind:

Von der betrieblichen Mitbestimmung sind grundsätzlich alle Betriebe mit mehr als fünf Arbeitnehmern in Deutschland betroffen. Das Betriebsverfassungsgesetz gilt für alle in Deutschland gelegenen Betriebe, unabhängig davon, ob sie zu einem Unternehmen deutschen oder ausländischen Rechts gehören. Der Betriebsrat hat bei allen Fragen der betrieblichen Ordnung abgestufte Anhörungs-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte. Ein Gesamtbetriebsrat wird, ein Konzernbetriebsrat kann als Verhandlungspartner in Unternehmen oder Konzernen eingerichtet werden, wenn es um Fragen geht, die über die betriebliche Ebene hinausweisen.

Die betriebliche Mitbestimmung sollte nach ihrer ursprünglichen Konzeption allein soziale und personelle Fragen betreffen. In systemwidriger Weise erstreckt sie sich inzwischen aber auch auf eine Vielzahl von wirtschaftlichen Angelegenheiten. Sie hat außerdem Auswirkungen auf Fragen wie die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers während eines Kündigungsschutzprozesses. Bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat entscheidet das Arbeitsgericht oder eine Einigungsstelle.

Anders als die betriebliche Mitbestimmung setzt die Unternehmensmitbestimmung nicht an der organisatorischen Einheit des Betriebs, sondern an der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens und seiner Rechtsform an. Als wichtigste Kapitalgesellschaftsformen sind Aktiengesellschaften grundsätzlich mitbestimmt, ebenso Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wenn sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen; der Grad der Mitbestimmung richtet sich nach der Unternehmensgröße.

In kleinen Kapitalgesellschaften mit 500 – 2000 Arbeitnehmern muss nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden. Aktiengesellschaften,

die vor dem 10. August 1994 gegründet wurden, müssen – soweit es sich nicht um Familiengesellschaften handelt – in ihrem Aufsichtsrat auch bei geringerer Beschäftigtenzahl ein Drittel Arbeitnehmervertreter haben. Dieses Mitbestimmungssystem, das in Deutschland am weitesten verbreitet ist, gilt für ca. 3500 Gesellschaften (Unternehmen & Gesellschaft, Heft 3/2004, S. 32).

In Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Beschäftigten wird nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 (MitbestG) der Aufsichtsrat zu gleichen Teilen mit Vertretern von Arbeitnehmern und Anteilseignern besetzt. Dabei kommt dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats in Pattsituationen ein doppeltes Stimmrecht zu. Er wird bei Nichteinigung von der Anteilseignerseite bestimmt. Diese Form der Mitbestimmung gilt in Deutschland für ca. 770 Unternehmen (Unternehmen & Gesellschaft, Heft 3/2004, S. 32).

Für Unternehmen der Montanindustrie mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern gilt die paritätische Mitbestimmung. Die eine Hälfte der Mitglieder im Aufsichtsrat wird von den Anteilseignern, die andere Hälfte von den Arbeitnehmern bestimmt. Dazu kommt ein weiteres neutrales Mitglied des Aufsichtsrates, das durch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder kooptiert wird. Ferner ist als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands zwingend ein Arbeitsdirektor vorgesehen, dessen Bestellung und Abberufung nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgen kann. Zusammen mit dem Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz gilt diese Mitbestimmungsform noch für ca. 50 Unternehmen in Deutschland (Unternehmen & Gesellschaft, Heft 3/2004, S. 32).

Der Aufsichtsrat bildet das entscheidende Kontrollorgan des Unternehmens. Er prüft die Geschäftsbücher, stellt zusammen mit dem Vorstand oder der Geschäftsführung den Jahresabschluss fest und vor allem bestellt er die Mitglieder des Vorstands bzw. der Geschäftsführung. Die Satzung der Unternehmen oder der Aufsichtsrat hat ferner zu bestimmen, welche Geschäfte des Vorstandes von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig sind.

Die Personenidentität von Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, die bei größeren Unternehmen üblich ist, hat die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in der Praxis vielfach zum verlängerten Arm der betrieblichen Mitbestimmung werden lassen. Mitglieder des Betriebsrates können ihre Stellung als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nutzen, um ihre Position als Betriebsrat zu verbessern. Sie verhandeln als Betriebsrat mit der Geschäftsleitung, die sie gleichzeitig kontrollieren. Eine Folge hiervon sind sachwidrige Koppelungsgeschäfte, bei denen die Zustimmung des Aufsichtsratsmitglieds zu einer unternehmerischen Entscheidung daran geknüpft wird, dass der Vorstand oder der der die Geschäftsführung bei einer Frage des Betriebsverfassungsrechts dem Betriebsrat über den gesetzlichen Umfang hinaus entgegen kommt. Von besonderer Bedeutung ist, dass der Betriebsrat als Mitglied des Aufsichtsrats über die Wieder- oder Neubestellung von Vorstands- oder Geschäftsführungsmitgliedern mit entscheidet. Diese Kumulation von Einflussmöglichkeiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz und dem Mitbestimmungsrecht sichert den Arbeitnehmervertretern „Einflusssphären“, die deutlich weiter reichen als die Rechte aus ihrer Tätigkeit als Aufsichtsrat oder Betriebsrat für sich genommen.

Diese weit reichenden, aus der Kumulation der Beteiligungsrechte herührenden „Einflusssphären“ führen dazu, dass kritische Stimmen aus den Unternehmen und aus den Vorständen über die Mitbestimmung selten öffentlich geäußert werden. Der Kommission sind Beispiele bekannt, in denen die kritische Befassung mit dem Thema Mitbestimmung durch einzelne Vorstandsmitglieder zumindest zur Androhung von Konsequenzen durch Arbeitnehmervertreter bei der nächsten Entscheidung über die Verlängerung des Vorstandsvertrages geführt haben. Dabei ist der Kommission bewusst, dass die beispielhaften Belege solcher Prozesse nicht öffentlich präsentiert werden können, weil alle potentiellen Beweisführer selbst Betroffene sind.

## **b. Die deutsche Mitbestimmung: zwischen Verantwortungsbeteiligung und Investitionshemmnis**

Die Kommission hat intensiv die Vor- und Nachteile des Mitbestimmungssystems in Deutschland erörtert.

Die Kommission verzichtet darauf, detailliert die ethischen und verfassungsrechtlichen Fragen der Mitbestimmung darzustellen. Unbestritten ist Mitbestimmung eine staatliche Intervention und bedarf deshalb der Rechtfertigung; Mitbestimmung lässt sich weder aus dem Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes ableiten, noch ist sie mit dem Argument der Demokratisierung wirtschaftlicher Entscheidungsabläufe begründbar. Im Vordergrund ihrer Rechtfertigung steht vielmehr der Teilhabegedanke als Ausprägung individualnützigen Arbeitnehmerschutzes. Mitbestimmung dient der Berücksichtigung der Belange der Arbeitnehmer.

Die Beteiligung der Arbeitnehmer in Form der betrieblichen wie der überbetrieblichen Mitbestimmung ist in fast 100 Jahren ein fester Bestandteil der Unternehmens- und Betriebskultur in Deutschland geworden. Als gezielte Form der Konfliktbewältigung kann sie einen Beitrag zum sozialen Frieden leisten und hat dies in der Vergangenheit auch häufig getan. So gibt es viele Beispiele dafür, wie durch den Strukturwandel bedingte Unternehmensentscheidungen unterstützt durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und die Betriebsräte sinnvoll umgesetzt werden konnten, ohne dass dies zu übermäßigen Spannungen und unverträglichen Belastungen geführt hat. Zwar zeigen Erfahrungen in anderen Ländern ohne vergleichbar weitgehende Mitbestimmungsregeln, dass z.B. bei Restrukturierungsmaßnahmen eine Beteiligung der Arbeitnehmer auch in anderer Weise möglich ist. Die Einbindung in Entscheidungsprozesse auf einer institutionalisierten Grundlage kann aber vielfach zu einem höheren Verantwortungsbewusstsein der Arbeitnehmer gegenüber dem Unternehmen beitragen. Insbesondere ein ausreichender Informationsfluss kann die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit das Betriebsklima verbessern und die Identifikation der Arbeitnehmer mit dem Unternehmen sowie ihre Motivation

positiv beeinflussen. Die Mitbestimmung kann dazu beitragen, dass die Arbeitnehmer sich in das Unternehmen integriert fühlen, sich aktiv für Innovationen einsetzen und den unternehmerischen und den wirtschaftlichen Wandel stärker unterstützen.

Diesen Vorteilen stehen schwerwiegende Nachteile der Mitbestimmung in ihrer heutigen konkreten Form gegenüber, die sich im Zuge von Globalisierung, Standortwettbewerb, internationalen Kapitalmärkten, der Weiterentwicklung des europäischen Rechts und der weltweiten Arbeitsteilung in den letzten zwei Jahrzehnten erheblich verstärkt haben und international schärfere Aufmerksamkeit erfahren:

Das deutsche Mitbestimmungssystem weist weltweit das höchste gesetzliche Gesamt- und Einzelmitbestimmungsniveau auf. Diese Tatsache hat dazu geführt, dass das deutsche Mitbestimmungsrecht weltweit vollständig isoliert ist. Die Mitbestimmung wird jenseits der deutschen Grenzen nicht akzeptiert. Dies gilt sowohl für die betriebliche wie für die überbetriebliche Mitbestimmung, vor allem aber für die Kombination von beidem. Diese isolierte Stellung des deutschen Mitbestimmungsrechtes wird außerhalb Deutschlands nicht verstanden. Allein diese Tatsache, dass die deutsche Mitbestimmung weltweit und insbesondere in Europa keine Nachahmer gefunden hat (siehe ausführlich I.2.a.), erfordert eine Modernisierung unseres Mitbestimmungssystems.

Die Kommission sieht ferner aufgrund dieser isolierten Stellung des deutschen Mitbestimmungssystems gravierende Nachteile für Deutschland als Holdingstandort. Selbstverständlich ist das Mitbestimmungsrecht nicht allein für die Attraktivität eines Holdingstandortes verantwortlich. Insbesondere das Steuerrecht mit seiner hohen Grenzsteuer- und effektiven Steuerbelastung, der Mindestgewinnbesteuerung, der verschärften Steuerbehandlung der Gesellschafterfremdfinanzierung, der partiellen Gewerbesteuerpflicht bei Beteiligungsverkäufen, der vergleichsweise strengen Hinzurechnungsbesteuerung, dem teilweisen Betriebsausgabenabzugsverbot benachteiligt im internationalen Vergleich Holdings in

Deutschland. Steuerrecht wird von Investoren im Wettbewerb zu Großbritannien, den Niederlanden, Luxemburg oder der Schweiz also ebenso kalkuliert wie die deutsche Unternehmensmitbestimmung. Eine moderne und im Ausland akzeptierte Mitbestimmung kann aber einen entscheidenden Beitrag dazu leisten, dass Deutschland ein attraktiver Standort für internationale Holdings wird.

Internationale Organisationen, wie z. B. die American Chamber of Commerce weisen immer wieder darauf hin, dass Deutschland als Holding- und Investitionsstandort für ausländische Investoren, insbesondere wegen der hälftigen Besetzung des Aufsichtsrats mit Arbeitnehmervertretern häufig nicht vermittelbar sei. Überlegungen der Deutschen Bank, bei einer möglichen Fusion mit einem europäischen Partner die Holdinggesellschaft nicht in Deutschland anzusiedeln, weil unter anderem die deutsche Mitbestimmung niemandem außerhalb unseres Landes verständlich zu machen sei (siehe FAZ vom 5. Juni 2004, S. 11), sind ein aktuelles Beispiel für die Diskussion in vielen Unternehmen, ob Deutschland ein geeigneter Holdingstandort ist. Gerade auch eine Vielzahl von Familienunternehmen nutzt die Möglichkeiten, die die Entwicklungen des europäischen Rechtes bieten. Mit der Abwanderung einer Holding gehen zu meist weitere zentrale Tätigkeits- und Wissensschwerpunkte des Unternehmens verloren. Mit den wichtigen Führungseinheiten eines Unternehmens wandert häufig auch das know-how ins Ausland und ihm folgen auf lange Sicht eine erhebliche Zahl von Arbeitsplätzen.

Ein weiterer gravierender Nachteil unserer Mitbestimmungssysteme besteht in der vielfachen Verzögerung notwendiger Entscheidungen. Die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung führt häufig zu zeitaufwändigen und bürokratischen Verfahren. Dies gilt sowohl für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat wie für die betriebliche Mitbestimmung. In der betrieblichen Mitbestimmung bildet die lange Dauer der Mitbestimmungsverfahren, die an keinerlei Fristen gebunden sind, ein erhebliches Kostenrisiko (siehe auch III.3.). In einer globalisierten Wirtschaft kommt es

häufig auch auf schnelle Entscheidungen und ihre unmittelbare Umsetzung an; lange Mitbestimmungsverfahren dürfen dies nicht behindern.

Auch die Größe der Aufsichts- und Betriebsräte kann zu ineffektiver Arbeit und einer Verzögerung von Entscheidungsprozessen führen. Vergleichbare Gremien in anderen Ländern sind deutlich kleiner. Eine effektive Mitbestimmung muss daher Bürokratie und Behäbigkeit der Entscheidungsabläufe weitgehend vermeiden. Die Beschränkung der Gremiengrößen ist dafür ein zentraler Schritt.

Die Mitbestimmung in ihrer heutigen Ausgestaltung ist auch mit den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung (Corporate Governance), durch die das Kapitalmarktvertrauen in die Führung der Unternehmen durch mehr Transparenz und eine effektivere Kontrolle der Unternehmensführung verbessert werden sollen, schwer zu vereinbaren. Das gilt z. B. im Hinblick auf die Größe der Aufsichtsräte, die Vertretung ausländischer Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter. Im internationalen Umfeld bedarf die konkrete Form deutscher Mitbestimmung ständiger Erläuterungen und Ausnahmeregelungen (siehe dazu ausführlich I.2.d.). Die Kommission verweist auf die umfangreichen Ausführungen des Berliner Netzwerks Corporate Governance, einem Zusammenschluss von Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlern sowie Unternehmensvertretern (Die Aktiengesellschaft 2004, S. 165 ff.). Die Mitbestimmung in ihrer bestehenden Form wird von den Mitgliedern dieses Netzwerks mit den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung im Sinne der Corporate Governance-Regeln als nicht vereinbar angesehen.

Die Regierungskommission „Deutscher Corporate Governance Kodex“ hat den ausdrücklichen Regierungsauftrag gehabt, die Mitbestimmung in ihre Überlegungen nicht mit einzubeziehen. Ihr Vorsitzender, Gerhard Cromme, hat aber zu Recht den dringenden Reformbedarf bei der deutschen Mitbestimmung betont: „Der Handlungsbedarf ist unübersehbar. Alle Diskutanten in der Mitbestimmungsdebatte müssten sich die Frage

stellen oder stellen lassen: Passt die deutsche Mitbestimmung, deren gedankliche Wurzeln über 30 Jahre zurück liegen, noch in die heutige Zeit und in ein Umfeld, in dem globale Strukturen, internationale Zwänge und strenge Kapitalmarktvorschriften Standard sind? Schließlich wird die Praxis der deutschen Mitbestimmung in ihrer heutigen Form im Ausland nicht unbedingt als ein Standortvorteil gesehen. Wir werden diesem Thema auf längere Sicht nicht ausweichen können. Aus Sicht guter Corporate Governance wird gerade die anstehende Empfehlung der Europäischen Union zur Rolle der Aufsichtsräte zu einer größeren Diskussion führen. Die Unabhängigkeit der Aufsichtsräte ist ein europäisches Thema, das bei uns in Deutschland zweifelsohne in ordnungspolitischen Fragestellungen münden wird. Es gibt also eine Reihe von Aspekten im Zusammenhang mit den Aufsichtsräten, die auch das Thema der Mitbestimmung tangieren. Unabhängigkeit, Professionalität, Internationalität und Effizienzprüfung von Aufsichtsräten müssen auf beiden Bänken des Gremiums Berücksichtigung finden“ (Gerhard Cromme, abrufbar unter [www.corporate-governance-code.de](http://www.corporate-governance-code.de)).

Diese Bewertung teilt die Kommission. Deutschland hat nicht nur bei seinem Arbeitsrecht und seinen Steuergesetzen, sondern auch bei seiner Mitbestimmung Handlungsbedarf, um als Standort insbesondere von Holdings attraktiver zu werden.

## **2. Die Isolation der deutschen Mitbestimmung in Europa**

Die europäische und internationale Entwicklung des Gesellschaftsrechts hat zunehmenden Einfluss auf die deutsche Mitbestimmung. Durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), europäische Rechtssetzungsakte und internationale Entwicklungen ist die deutsche Mitbestimmung einem Druck zum Wandel ausgesetzt, der nach Auffassung der Kommission ihre grundlegende strukturelle Änderung erforderlich macht, um dem Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme standhalten zu können:

- Gestützt auf die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages hat der EuGH in mehreren Entscheidungen dem Einzug ausländischer Kapitalgesellschaften nach Deutschland eine weite Schneise geschlagen;
- wichtige Neuerungen im europäischen Gesellschaftsrecht sind die Verordnung und die Richtlinie über die Europäische Gesellschaft, von der deutsche Unternehmen allerdings nur bei einem grundlegenden Wandel der Unternehmensmitbestimmung profitieren werden;
- in den nächsten Jahren werden voraussichtlich europäische Richtlinien im Gesellschaftsrecht über die grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Sitzverlegung verabschiedet, die ebenfalls Nachteile für deutsche Unternehmen mit sich bringen können, wenn der deutsche Sonderweg der Unternehmensmitbestimmung unverändert erhalten bliebe;
- schließlich haben sich in der weltweiten Auseinandersetzung mit Corporate Governance internationale Standards herausgebildet, die in einem Spannungsverhältnis zu wichtigen Merkmalen der deutschen Unternehmensmitbestimmung stehen.

#### **a. Die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in den anderen EU-Mitgliedstaaten**

Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland sind Stand und Entwicklung der Mitbestimmung in der Europäischen Union. Nachfolgend soll daher ein kurzer Überblick über die Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Union gegeben werden.

Klammert man Staatsunternehmen aus, gibt es in 12 der 25 Mitgliedstaaten der Union überhaupt keine Unternehmensmitbestimmung. Bei diesen 12 gänzlich mitbestimmungsfreien Staaten handelt es sich um Großbritannien, Italien, Spanien, Portugal, Irland, Belgien, Griechenland, Litauen, Lettland, Estland, Malta und Zypern.

In den übrigen Mitgliedstaaten gibt es zwar eine Unternehmensmitbestimmung, diese unterscheidet sich im Verhältnis zu Deutschland jedoch gravierend. Die Höchstgrenze bildet regelmäßig eine Form der Drittelbeteiligung, die auch gleichzeitig, bei den Staaten, die überhaupt eine Unternehmensmitbestimmung haben, die am häufigsten anzutreffende Form der Mitbestimmung ist. Sieben Mitgliedstaaten – Österreich, Luxemburg, die Niederlande, Ungarn, Polen, Tschechien und die Slowakei – verfügen über Mitbestimmungsregelungen, die der deutschen Drittelbeteiligung entsprechen.

In Österreich gibt es eine Drittelbeteiligung in allen Aktiengesellschaften, soweit sie über einen Betriebsrat verfügen, sowie für GmbH's, die mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen. In Luxemburg ist der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft mit mehr als 1000 Arbeitnehmern mit einem Drittel Arbeitnehmervertreter besetzt. In den Niederlanden besteht kein unmittelbarer Anspruch der Arbeitnehmer auf eine Vertretung in dem Aufsichtsorgan einer Aktiengesellschaft oder GmbH. Der Aufsichtsrat in Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmern ergänzt sich vielmehr durch Kooptation. Der Unternehmensrat (eine Parallelinstitution zum deutschen Betriebsrat) ist befugt, für ein Drittel der Sitze Vorschläge zu machen. Er kann begründete Bedenken gegen die Kooptation eines jeden Mitglieds des Aufsichtsrats geltend machen.

Die skandinavischen Mitgliedstaaten der EU – Dänemark, Schweden und Finnland – verfügen über unterschiedliche Mitbestimmungssysteme, die jedoch alle weit hinter der deutschen Unternehmensmitbestimmung zurück bleiben. Dänemark und Schweden verfügen über ein monistisches System mit einheitlichem Leitungsorgan der Gesellschaft, während Finnland – wie Deutschland – eine in Vorstand und Aufsichtsrat gegliederte Leitungsstruktur besitzt.

In Dänemark haben die Arbeitnehmer das Recht, aus ihren Reihen ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft zu wählen. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen im Durchschnitt der

letzten drei Jahre mindestens 35 Arbeitnehmer beschäftigt hat. Vor einer solchen Beteiligung muss allerdings die Belegschaft darüber entscheiden, ob überhaupt Mitbestimmung in ihrem Unternehmen statt finden soll. Hierfür muss ein Quorum von 50 % der gesamten Belegschaft votieren. Tatsächlich soll die Unternehmensmitbestimmung nur in 20 % der dänischen Aktiengesellschaften Einzug gehalten haben.

In Schweden senden die im Unternehmen einer Aktiengesellschaft vertretenen Gewerkschaften zwei Delegierte in das Verwaltungsorgan, wenn die Gesellschaft mindestens 25 Arbeitnehmer beschäftigt. In Gesellschaften mit mehr als 1000 Arbeitnehmern findet die Entsendung von drei Delegierten statt.

Nach finnischem Recht müssen in den Gesellschaften mit mindestens 150 Arbeitnehmern, soweit keine abweichende Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern zu Stande kommt, mindestens ein Viertel der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans Arbeitnehmervertreter sein. Die Anteilseigner können entscheiden, ob diese Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat oder im Vorstand sitzen.

In Slowenien kann zwar die den Arbeitnehmervertretern zustehende Zahl der Sitze im Verwaltungsrat bis zur Parität reichen. Die Beteiligung liegt je nach Größe des Unternehmens zwischen einem Drittel und der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Anteilseigner bestimmen innerhalb dieser Grenzen allerdings allein, wie viele Arbeitnehmer in den Verwaltungsrat der Gesellschaft einziehen. Der Betriebsrat kann Vorschläge unterbreiten, hat aber kein Mitentscheidungsrecht.

In Frankreich kann der Unternehmensausschuss (vergleichbar dem deutschen Betriebsrat) zwei seiner Mitglieder in beratender Funktion zu den Sitzungen des Verwaltungs- oder des Aufsichtsrates entsenden. Diese Belegschaftsvertreter sind jedoch nicht stimmberechtigt. Eine Unternehmensmitbestimmung sieht das französische Recht nicht obligatorisch, sondern nur auf freiwilliger Basis vor. Die Satzung einer Aktienge-

sellschaft kann bestimmen, dass maximal vier – aber nicht mehr als ein Drittel – der Mitglieder des Aufsichts- oder Leitungsgremiums von den Arbeitnehmern gewählt werden. Die meisten Gesellschaften haben von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

Der Vergleich der Mitbestimmungssysteme in der EU zeigt, dass in den Ländern, die eine Unternehmensmitbestimmung haben, die Drittelbeteiligung am weitesten verbreitet ist. Die Drittelbeteiligung wird von Arbeitnehmern und Unternehmen akzeptiert und wirkt sich nicht negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit dieser Standorte aus.

#### **b. Die Niederlassungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH und die Auswirkungen auf die Mitbestimmung**

Bei der Erneuerung des deutschen Systems der Unternehmensmitbestimmung müssen die Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von europäischen Gesellschaften Berücksichtigung finden. In drei wichtigen Entscheidungen aus den Jahren 1999, 2002 und 2003 hat der Europäische Gerichtshof gestützt auf die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage für Unternehmen aus Ländern der Europäischen Union grundlegend geändert:

In der Vergangenheit mussten ausländische Kapitalgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen wollten, eine deutsche Rechtsform wählen und waren daher mitbestimmt. Die deutsche Rechtsprechung erkannte die Gründung als Kapitalgesellschaft im Ausland, auch innerhalb der Europäischen Union, nicht an (z.B. BGH v. 21.3.1986, AZ V ZR 10/85). Ausländische Kapitalgesellschaften hatten damit nicht die Möglichkeit, ihren Verwaltungssitz in Deutschland anzusiedeln. Sie mussten sich zuvor auflösen und nach deutschem Recht und damit unter Beachtung deutscher Mitbestimmungsregeln neu gründen. Eine Ausnahme galt allein für US-amerikanische Gesellschaften, weil sich Deutschland vertraglich verpflichtet hatte, diese anzuerkennen.

In seiner „Überseering“-Entscheidung (EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00) hat der EuGH entschieden, dass einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates wirksam gegründet ist, die Rechtsfähigkeit auch dann erhalten bleibt, wenn sie ihren effektiven Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt. Mit dieser Entscheidung, die flankiert wird von zwei Entscheidungen aus den Jahren 2003 (EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01) und 1999 (EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97), ist damit auf deutschem Boden ein echter Wettbewerb verschiedener Gesellschaftsrechtssysteme eröffnet. Dies wird Konsequenzen für das geltende Mitbestimmungsrecht haben:

Unterliegt eine in Deutschland tätige Gesellschaft einem ausländischen Gesellschaftsstatut, ist das ausländische Mitbestimmungsrecht anzuwenden, wenn es im Gründungsstaat der Gesellschaft überhaupt Mitbestimmungsregelungen gibt: Gibt es in dem ausländischen Staat keine Mitbestimmung, wird die Gesellschaft ohne Mitbestimmung auch in Deutschland tätig; die deutschen Vorschriften über die Mitbestimmung in Unternehmen sind nicht anzuwenden (Henssler, Festschrift Ulmer, S. 193, 199). Anders gewendet: Ein Unternehmen, das in Deutschland eine Hauptverwaltung hat, kann die Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung dadurch ausschließen, dass es sich einer Gesellschaftsform aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU oder einem Mitgliedstaat des europäischen Wirtschaftsraums bedient und dann seinen Sitz nach Deutschland verlegt.

Das kann geschehen, indem

- eine bestehende Gesellschaft aus einem anderen EU- oder EWR-Staat ihre Hauptverwaltung nach Deutschland verlegt,
- ein deutscher Unternehmensgründer eine ausländische mitbestimmungsfreie Gesellschaftsform wählt oder
- eine bestehende Unternehmensgruppe eine Holdinggesellschaft ausländischer Rechtsform errichtet.

Die Kommission begrüßt diese Rechtsprechung uneingeschränkt. Sie führt zu Wahlmöglichkeiten und einem Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme. Dieser Wettbewerb ist vom europäischen Recht gewollt. Ein Unternehmen, das die vom Europäischen Gerichtshof eröffneten Möglichkeiten nutzt, macht Gebrauch von seiner Niederlassungsfreiheit, einer der zentralen Grundfreiheiten der Europäischen Union.

Etwaige Gegenmaßnahmen, um die Konsequenzen dieser Rechtsprechung durch neue Regulierungen zu unterlaufen, lehnt die Kommission ab. Diese wären auch nach Auffassung der überwiegenden Mehrheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur aus völker- und europarechtlichen Gründen nicht möglich und ökonomisch kontraproduktiv. Vielmehr muss sich eine veränderte, von Grund auf erneuerte deutsche Mitbestimmung den Anforderungen stellen, die sich aus einem Wettbewerb unterschiedlicher Unternehmensverfassungen ergeben.

Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre auch nicht unter Missbrauchsgesichtspunkten zu rechtfertigen. Zwar erlaubt der EuGH den Mitgliedsstaaten, Maßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass sich Unternehmen unter Ausnutzung der durch den Vertrag geschaffenen Möglichkeiten in rechtsmissbräuchlicher Weise der Anwendung nationalen Rechts entziehen. Die zielgerichtete Wahl desjenigen Gesellschaftsrechts, das dem Gesellschaftsgründer die größten Freiheiten lässt, ist aber nach Auffassung des EuGH gerade nicht rechtsmissbräuchlich (EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01). Dies muss nach Auffassung der Kommission unabhängig von der Motivation gelten. Ob es um Mindeststandards für Kapital, Publizität, Haftung oder Mitbestimmung geht, kann keinen Unterschied machen. Im Gegenteil, der Grundgedanke der Rechtsprechung des EuGH impliziert gerade, dass all diese Gesichtspunkte von den Anteilseignern bei der Wahl des für sie maßgeblichen Gesellschaftsrechts berücksichtigt werden können.

Ebenso wenig ließe sich eine Einschränkung des Wettbewerbs mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen. Diese wä-

ren aber erforderlich für eine Einschränkung der Rechtsprechung des EuGH. Sie wäre nur zulässig, wenn zwingenden Gründen des Allgemeininteresses ein größeres Gewicht als der Niederlassungsfreiheit zukäme. Dies ist nach herrschender Meinung in der Rechtswissenschaft bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung gerade nicht der Fall. Sie ist im internationalen und europäischen Vergleich weitgehend isoliert (Schwark, AG 2004, S. 173, 178). Je umstrittener aber eine Regelung im rechtspolitischen Kontext ist, desto weniger kann es überzeugen, sie als international zwingendes Recht durchzusetzen (Sandrock, AG 2004, 57, 65). So sieht auch die bisher einzige europäische Gesellschaftsform, die Europäische Gesellschaft (SE), keine zwingende Unternehmensmitbestimmung, sondern lediglich eine Auffangregelung bei einem bestehenden Mitbestimmungssystem in einem beteiligten Unternehmen vor. Dies lässt erkennen, dass der europäische Gesetzgeber Mitbestimmung nicht für eine unverzichtbare Grundentscheidung hält.

Selbst wenn zwingende Allgemeinwohlinteressen ein Mindestmaß an kollektiver Vertretung der Arbeitnehmer gebieten sollten, rechtfertigt dies keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Arbeitnehmer in nicht mitbestimmten Unternehmen arbeiten in Deutschland nicht außerhalb jeglicher kollektivrechtlicher Regelungsbefugnis. Auf der Grundlage des so genannten Territorialitätsprinzips, nach dem ein Staat innerstaatliche Vorgänge eigenem Recht unterwerfen kann, gilt auch für diese Arbeitnehmer das Betriebsverfassungsgesetz. Dieses erfasst alle in Deutschland gelegenen Betriebe, gleichgültig, ob der Betrieb einer in- oder ausländischen Gesellschaft gehört. Die weit reichenden Befugnisse des Betriebsrats in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten stellen einen Schutz der Arbeitnehmerinteressen dar, der das von der Rechtsprechung des EuGH geforderte Mindestmaß an Arbeitnehmerbeteiligung nicht nur erfüllt, sondern weit übertrifft.

Gestützt wird die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit durch das jüngste EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung von Gesellschaften (EuGH v. 11.3.2004, RS C-9/02). Danach darf der Wegzug von

einem Mitgliedsstaat in einen anderen nicht zum Anknüpfungspunkt für eine Besteuerung gemacht werden. Dies sei mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinbaren. Auch durch diese Entscheidung wird die Mobilität der Gesellschaften innerhalb der EU deutlich erhöht.

### **c. Die europäische Rechtsetzung**

Nach einer Vorlaufzeit von mehr als 40 Jahren – die ersten Initiativen reichen in das Jahr 1959 zurück – hat der Rat der Europäischen Union am 8.10.2001 die EG-Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) verabschiedet und ergänzend eine Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE beschlossen. Damit findet ein langwieriger Prozess gemeinsamer Rechtsetzung einen vorläufigen Abschluss, der gerade auch wegen der fehlenden Akzeptanz jener deutschen Mitbestimmungsregelungen immer wieder zu scheitern drohte, an deren Bestandsicherung sich bisher alle Bundesregierungen geklammert haben. Die deutsche Wirtschaft begrüßt ausdrücklich die Möglichkeiten, die sich aus einer europaweit anerkannten Gesellschaftsform ergeben können. Der Kompromiss von Nizza zur SE war allerdings nur auf der Grundlage einer Auffangregelung möglich: Scheitern die Verhandlungen zwischen den Beteiligten – Unternehmen und Arbeitnehmer – setzt sich das weitestgehende Mitbestimmungsrecht durch, das für eine der beteiligten Gesellschaften gilt. Dies wird, wenn eine deutsche Gesellschaft an dem Prozess beteiligt ist, das deutsche Mitbestimmungsrecht sein.

Nach Auffassung der Kommission ist es angesichts des wirtschaftlichen Potenzials dieser neuen transnationalen Gesellschaftsform, aber auch wegen der hohen Symbolkraft der SE-Verordnung, für die deutsche Wirtschaft von zentraler Bedeutung, dass deutsche Unternehmen bei der Gründung einer SE nicht ins Hintertreffen geraten. Das Gesetz, das die Bundesregierung zur Umsetzung in das deutsche Recht vorgelegt hat, lässt aber genau dies erwarten. Die Bundesregierung versucht mit der Einführung der SE in das deutsche Recht die Quadratur des Kreises. Deutschen Unternehmen soll auf der einen Seite eine neue, innovative

Rechtsform zur Verfügung gestellt werden. Auf der anderen Seite wird aber an den überkommenen Mitbestimmungsregelungen auch bei der SE festgehalten. Dies wird sich nach Auffassung der Mitglieder der Kommission verhängnisvoll auswirken. Im Ergebnis ist damit zu rechnen, dass große deutsche Unternehmen von der erwarteten Umstrukturierungswelle in Europa weitgehend ausgeschlossen sein werden, weil niemand eine SE unter deutscher Beteiligung gründen will. Die Mitbestimmung wird den Unternehmen in der Wahrnehmung potenzieller ausländischer Partner „wie eine Bleikugel an den Füßen“ hängen (Lutter, BB 2004, S. I).

Mit dem Umsetzungsgesetz zur SE verhindert die Bundesregierung die Trennung von dieser „Bleikugel“. Anstatt den Unternehmen Flexibilität und Möglichkeiten zu interessengerechten Lösungen einzuräumen, wird die deutsche Mitbestimmung faktisch für alle Fusionen und Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene festgeschrieben, an denen ein deutsches Unternehmen maßgeblich beteiligt ist. Damit scheiden deutsche Unternehmen als gleichrangige Partner einer solchen Zusammenarbeit aus. Dies wiegt besonders schwer, weil erstmals mit der SE in Deutschland neben dem so genannten dualistischen Leitungssystem, bei dem die Gesellschaft über einen Aufsichtsrat und einen Vorstand verfügt, auch das monistische Leitungssystem Einzug hält. Dieses im anglo-amerikanischen Recht One Tier Board-System genannte Leitungsmodell ist insbesondere für europäische Partner attraktiv. Die Übertragung der Mitbestimmungsregelungen, wie sie nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 gelten, würde aber dazu führen, dass die Hälfte der Sitze des Verwaltungsrates durch Arbeitnehmer zu besetzen wären. Dies ließe sich – mehr noch als beim dualistischen Modell mit einem Aufsichtsrat – keinem ausländischen Partner verständlich machen.

Nachdem es zu einer Einigung über die SE gekommen ist, hat die Europäische Union nunmehr auch lange Jahre auf Eis liegende weitere Vorhaben mit gesellschaftsrechtlicher Relevanz auf ihre Agenda gesetzt. Hierzu gehören die 10. und die 14. Richtlinie zur Fusion und Sitzverle-

gung auf europäischer Ebene. Der Versuch der Bundesregierung, auch in diesem Zusammenhang als Auffangregelung für den Fall, dass keine Einigung über die anzuwendende Mitbestimmung erfolgt, zwangsweise das weitestgehende Mitbestimmungssystem der jeweils beteiligten Unternehmen durchzusetzen, wird voraussichtlich nicht erfolgreich sein. Vielmehr ist geplant, als Auffangregelung das Mitbestimmungssystem des Staates vorzusehen, in dem das aus der Fusion hervorgehende Unternehmen seinen Sitz haben wird. In der Diskussion ist ferner, die Mitbestimmung maximal auf ein Drittel der Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsrat zu beschränken. Diese Entwicklung zeigt einmal mehr, dass über den „Kraftakt“ der europäischen Gesellschaft hinaus, für deren Einführung das einstimmige Votum aller Mitgliedsstaaten notwendig gewesen ist, die deutsche Mitbestimmung keine Unterstützung in Europa genießt.

Die Bemühungen der Bundesregierung um einen möglichst weitgehenden Bestandsschutz des deutschen Sonderweges bei beiden Richtlinienprojekten machen einmal mehr deutlich, dass sie anderen Mitgliedstaaten mit dem Import systemfremder Mitbestimmungsstandards in ihre nationalen Gesellschaftsformen einen Traditionsbruch zumuten will, den diese nicht akzeptieren können. Statt nach Lösungen zu suchen, die eine Anpassung der Mitbestimmung in Europa fördern, bemüht sich die Bundesregierung erfolglos um einen Export des deutschen Mitbestimmungsmodells quer durch Europa.

#### **d. Mitbestimmung und Corporate Governance**

Gute Unternehmensführung – diskutiert unter dem Schlagwort Corporate Governance – hat eine zentrale Bedeutung in der Diskussion um Ansiedlung, Fusionen und Zusammenarbeit von Unternehmen. Die Auswirkungen der Mitbestimmung hierauf wurden in der Diskussion – insbesondere auch in der Corporate Governance-Kommission der Bundesregierung – bislang häufig ausgeblendet. Neben vielfältigen Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur waren es vor allem die Überlegungen

der Verbände und des Berliner Netzwerks Corporate Governance, die die Zusammenhänge beider Themen in das öffentliche Interesse gerückt haben. In der Öffentlichkeit wurde teilweise erstmals bewusst, was Fachleute bereits lange moniert hatten, dass nämlich Unternehmensmitbestimmung zu Zielkonflikten mit den Voraussetzungen einer guten Corporate Governance führen kann. Konfliktfelder sind vor allem im organisatorischen und im legitimatorischen Umfeld der deutschen Mitbestimmung begründet.

Nach internationalen Corporate Governance Vorstellungen werden Arbeitnehmervertreter nicht als hinreichend unabhängig angesehen. Eine große Zahl von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat sind zugleich Mitglieder des Betriebsrats, so dass es zu einer Verquickung von Arbeitnehmerinteressen und Unternehmensbelangen kommen kann.

Die Arbeitnehmervertreter orientieren sich verständlicherweise an den Interessen der Gruppe, die sie wählt. Diese Ausrichtung an den Interessen der Wählenden kann dazu führen, dass bestimmte Teile der Belegschaft aus dem Fokus der Interessenvertretung ausgeblendet werden. Davon sind naturgemäß Minderheiten in deutschen Unternehmen betroffen. Insbesondere gilt dies jedoch für ausländische Mitarbeiter, die nach geltendem Recht von der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat grundsätzlich ausgeschlossen sind. Die Möglichkeit einer einseitigen Interessenvertretung kann unter Corporate Governance Gesichtspunkten problematisch werden (vergleiche II.6.).

Mit den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung nach den Corporate Governance Regeln lassen sich auch die nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und der Montanmitbestimmung zu großen Aufsichtsratsgremien nicht vereinbaren. Mit 12 Aufsichtsratsmitgliedern (Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten), mit 16 Aufsichtsratsmitgliedern (Unternehmen mit mehr als 10.000 Beschäftigten) oder gar mit 20 Aufsichtsratsmitgliedern (Unternehmen mit mehr als 20.000 Beschäftigten) lässt sich eine effektive Unternehmenskontrolle nur schwer verwirklichen.

chen. Zwar mag es Einzelfälle geben, in denen der Aufsichtsrat auf Wunsch der Anteilseigner vergrößert wurde, wenn es zum Beispiel darum geht, verschiedene Anteilseigner angemessen zu repräsentieren. Aufsichtsräte mit 12 oder gar mehr Mitgliedern ermöglichen aber in der Regel nicht, dass die wichtigen zu entscheidenden Fragen im gesamten Aufsichtsrat offen und effizient beraten werden können. Die bei großen Aufsichtsräten üblichen Vorbesprechungen führen zu einer Erschwerung und Begrenzung der eigentlichen Aufsichtsratsstätigkeit. Es wäre daher besser, die Aufsichtsräte gesetzlich zu verkleinern.

Bei den aktuellen Diskussionen auf europäischer und internationaler Ebene zeigt sich deutlich, dass die Konflikte zwischen dem deutschen Mitbestimmungsstandard und einer guten Corporate Governance zunehmen. So konnte in jüngster Vergangenheit nur durch langwierige und komplexe Verhandlungen für deutsche Unternehmen mit Zweitlisting in den USA eine Ausnahmeregelung zum Sarbanes Oxley Act erreicht werden, die es deutschen Unternehmen ermöglicht, an der New Yorker Börse trotz Mitbestimmung gelistet zu bleiben. Wie lange es diese Sonderregelung geben wird, ist aber offen. Auch die Empfehlung der EU-Kommission zur Stärkung der Rolle von nicht geschäftsführenden Board- oder Aufsichtsratsmitgliedern wurde im Hinblick auf die deutsche Mitbestimmung nur nach massiven Interventionen der Bundesregierung in letzter Minute abgeschwächt. Die Kommission hatte ursprünglich erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit von Mitbestimmung und Corporate Governance geäußert. Beide Beispiele zeigen deutlich, dass die Mitbestimmung im internationalen Umfeld kritisch beobachtet und als Corporate Governance Grundsätzen widersprechend bewertet wird. Folgerichtig scheiterten die Gewerkschaften mit dem Versuch, im Rahmen der Verhandlungen über eine Revision der Corporate Governance Grundsätze der OECD die angeblichen Vorteile der Mitbestimmung explizit in diesen Grundsätzen zu verankern. Das Festhalten an der deutschen Mitbestimmung in ihrer konkreten Form wird im internationalen Umfeld nicht verstanden und auch unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance als problematisch betrachtet.

### **e. Die betriebliche Mitbestimmung in Europa**

Im Gegensatz zur Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene, die europaweit nicht die Regel ist, verfügen fast alle europäischen Staaten über eine gewisse Form der Arbeitnehmerbeteiligung auf betrieblicher Ebene. Deren Ausgestaltung ist jedoch höchst unterschiedlich. So sind bereits die Schwellenwerte, ab denen eine Beteiligung auf betrieblicher Ebene vorgesehen ist, zumeist wesentlich höher als in Deutschland. Häufig gibt es auch keine gewählte Arbeitnehmervertretung, sondern gewerkschaftliche Vertretungen im Betrieb, die sowohl die Interessen ihrer Mitglieder als auch der übrigen Beschäftigten des Betriebes vertreten. Dies ist beispielsweise in Schweden, Finnland und Italien der Fall.

Die Kommission verzichtet darauf, einen detaillierten Überblick über alle Systeme betrieblicher Mitbestimmung in Europa zu geben. Beispielhaft sollen aber die Systeme Frankreichs, Großbritanniens und der Niederlande vorgestellt werden:

In Frankreich existiert mit dem Unternehmensausschuss ein dem Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat ähnliches Gremium. Die einschlägigen Vorschriften haben zwar eine vergleichbare Regelungsdichte wie das deutsche Betriebsverfassungsgesetz, den Vorsitz im Betriebsrat führt aber der Arbeitgeber oder ein von ihm bestimmter Vertreter. Er leitet die Betriebsratssitzungen und repräsentiert den Betriebsrat nach außen. Ebenfalls bestehen in Frankreich keine echten Mitbestimmungsrechte nach dem Muster des § 87 BetrVG. Der französische Unternehmensausschuss hat im wesentlichen zwei Aufgaben: Zum einen verwaltet er die sozialen und kulturellen Einrichtungen des Unternehmens, die vom Betriebsausflug über die Betriebskantine bis hin zur betrieblichen Rentenkasse reichen. Zum anderen hat er Informations- und Beratungsrechte in wirtschaftlichen und organisatorischen Fragen des Unternehmens. Er ist damit mit dem deutschen Wirtschaftsausschuss vergleichbar. Hieraus erklärt es sich auch, dass der Unternehmensausschuss auf der Ebene des Unternehmens und nicht des Betriebs gebildet

wird und der Arbeitgeber, der die Unterrichts- und Beratungsansprüche erfüllen muss, selbst den Vorsitz führt. Die französische Konzeption ist insoweit bedeutsam, als sie Pate gestanden hat für die Richtlinie über den europäischen Betriebsrat, die sich sehr stark an französischen Rechtsvorstellungen orientiert. Zum anderen hat das französische System durch das Sozialabkommen von Maastricht von 1992 und – ihm folgend – den Vertrag von Amsterdam von 1997 eine europarechtliche Aufwertung erfahren, indem Rechtsakte über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer – nicht dagegen solche über die Mitbestimmung – im Ministerrat mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden können.

Während dem deutschen und französischen Recht gemeinsam ist, dass es sich um gesetzlich verfasste Systeme der Arbeitnehmervertretung handelt, bietet das britische Recht der industriellen Beziehungen ein schwer durchschaubares und diffuses Erscheinungsbild. Soweit der britische Gesetzgeber Informations- und Beratungsrechte für Arbeitnehmervertreter geschaffen hat, geschah dies fast ausnahmslos aufgrund von Richtlinien der Europäischen Union, insbesondere auf den Rechtsgebieten des Betriebsübergangs, der Massenentlassung sowie des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Im Übrigen beruhen die kollektiven Arbeitsbeziehungen in Großbritannien auf den Prinzipien der Freiwilligkeit und der Unabhängigkeit vom Staat. In der Praxis finden sich zwei Arten von Arbeitnehmervertretungen: Zum einen die betrieblichen Gewerkschaftsvertreter, deren Rechte auf Tarifverträgen beruhen, die auf betrieblicher wie auch überbetrieblicher Ebene abgeschlossen werden können. Zum anderen existieren Vereinbarungen des Arbeitgebers mit den Belegschaften über alternative Strukturen der Arbeitnehmerbeteiligung. Auch wenn die betrieblichen Gewerkschaftsvertreter die Basis der Gewerkschaften bilden, ist der Einfluss der Gewerkschaftsführung auf der Ebene des Betriebs in der Praxis sehr gering.

In den Niederlanden muss in jedem Unternehmen, in dem mindestens 50 Personen regelmäßig beschäftigt sind, ein Unternehmensrat eingerichtet

werden. Der Schwellenwert ist wesentlich höher als in Deutschland. Die Beteiligungsrechte des Unternehmensrats bleiben sowohl hinsichtlich ihrer Gegenstände als auch hinsichtlich ihrer Intensität ganz überwiegend hinter der deutschen Betriebsverfassung zurück. Das niederländische Recht kennt neben Unterrichtung und Anhörung zwei Beteiligungsformen: Das Mitspracherecht erfasst eine Reihe von wirtschaftlichen Aktivitäten des Unternehmens, wobei die Praxis den Gesetzeswortlaut ernst nimmt, der in der einschlägigen Vorschrift achtmal das Adjektiv „bedeutend“ verwendet. Bei den „bedeutenden“ wirtschaftlichen Angelegenheiten, die dem Mitspracherecht unterliegen, muss der Arbeitgeber nach einer ablehnenden Stellungnahme des Unternehmensrats eine Wartefrist von einem Monat einhalten. Weicht der Unternehmer von einer Empfehlung des Unternehmensrats ab, kann der Rat bei der Kammer für Handelssachen des Gerichtshofs zu Amsterdam Beschwerde einlegen. Die Beschwerde ist dann erfolgreich, wenn der Unternehmer unter Abwägung der beiderseitigen Interessen vernünftigerweise nicht zu seiner Entscheidung kommen konnte.

Die zweite Beteiligungsform in den Niederlanden ist das Mitentscheidungsrecht des Unternehmensrats, dessen Gegenstandskatalog demjenigen des § 87 Abs. 1 BetrVG ähnlich ist. Das Mitentscheidungsrecht erstreckt sich unter anderem auf die Dienstvorschriften, die Arbeitszeit und Urlaubsregelung sowie leistungsbezogene Entgelte und Prämien. Ein Einigungsstellenverfahren wie nach § 87 Abs. 2 BetrVG gibt es aber nicht. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, kann sich der Unternehmer an eine ständige Schlichtungsstelle wenden, die paritätisch mit Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden besetzt ist. Ferner kann der Unternehmer die Entscheidung des Amtsrichters einholen, der ähnlich wie das deutsche Arbeitsgericht im Beschlussverfahren die Zustimmung des Unternehmensrats ersetzen kann. Das setzt voraus, dass der Beschluss des Unternehmensrats unredlich ist oder die Entscheidung des Unternehmers durch schwerwiegende betriebsorganisatorische, betriebswirtschaftliche oder betriebssoziale Gründe gerechtfertigt wird.

Was die Einzelrechte der Betriebsräte und ihre Größe anbelangt, kann man nach alldem Deutschland als „Europameister“ in Sachen betrieblicher Mitbestimmung und auch als deren „Weltmeister“ bezeichnen. Abgesehen von Österreich unterwirft kein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union Kleinbetriebe mit fünf Arbeitnehmern der Mitbestimmung. Die Eingriffsschwellen liegen vielmehr deutlich höher, nämlich bei 50 oder gar erst bei 100 Arbeitnehmern. Der Mittelstand wird in anderen Ländern weitgehend von gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen freigestellt.

Weiteres kommt hinzu: Die Betriebsratsgremien in Deutschland sind in der Regel größer als anderswo und die Freistellung der Betriebsräte großzügiger. Hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Betriebsrates ist die erzwingbare Mitbestimmung mit Einigungsstelle und Unterlassungsanspruch ein Phänomen, das sich außerhalb Deutschlands in dieser Form nicht findet.

Auch die Betriebsverfassung ist weder vor der so genannten Reform des Jahres 2001 ein Exportschlager gewesen, geschweige denn danach zu einem solchen geworden. Zwar zeigt die Entwicklung auf europäischer Ebene, gerade auch das Beispiel des Europäischen Betriebsrats, wie auch die Gesetzgebungstätigkeit bei anderen Richtlinien, dass die Partizipation und Einbeziehung der Arbeitnehmer in betriebliche Entscheidungsprozesse auf europäischer Ebene verankert wird. Es erscheint aber mehr als zweifelhaft, dass der deutsche Weg der erzwingbaren Mitbestimmung mit Einigungsstelle und Unterlassungsanspruch die Zukunft Europas prägen wird.

**FAZIT:**

Dem deutschen Sonderweg der Mitbestimmung in Unternehmen und Betrieb will europa- und weltweit niemand folgen.

## **II. Das Konzept für die Erneuerung der Unternehmensmitbestimmung**

Die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland muss den Bedingungen einer zunehmend globalisierten, arbeitsteiligen Wirtschafts- und Arbeitswelt angepasst und in einer europäischen Gesamtrechtsordnung sowie internationaler Erfordernisse weiter entwickelt werden. Die Kommission fordert nicht die Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland. Die deutsche Mitbestimmung muss aber vollständig erneuert werden.

Die Voraussetzungen, unter denen die Unternehmensmitbestimmung vor 100 Jahren theoretisch begründet worden ist und unter denen sie in den 50er und 70er Jahren im wesentlichen ihre heutige Gestalt gewonnen hat, haben sich einschneidend gewandelt. Die Wirtschaft der Nationalstaaten ist einem Wettbewerb ausgesetzt, der nicht mehr mit den klassischen auf das jeweilige Land bezogenen Mitteln der Nationalökonomie gelöst werden kann. In diesem Wettbewerb sollen die Vorteile der Mitbestimmung gewahrt bleiben; die Elemente, die sie zu einem Standortnachteil machen, müssen aber verändert werden. Die anderen Industrienationen kennen keine Mitbestimmung deutscher Ausprägung und wollen sie auch nicht.

Die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland muss daher angepasst werden. Sie muss im internationalen Umfeld auf eine vergleichbare Akzeptanz stoßen wie die Drittelbeteiligung, die in sieben europäischen Staaten gilt. Die zunehmende Bedeutung von Vereinbarungslösungen auf europäischer Ebene (siehe I.2.c.) spricht dafür, die Unternehmensmitbestimmung weitgehend vereinbarungsoffen zu gestalten.

## **1. Die Gesetzliche Öffnungen zur Vereinbarung von Mitbestimmung in Unternehmen**

Das bestehende System der Unternehmensmitbestimmung aus Montanmitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz 1976 und dem Drittelbeteiligungsgesetz geht von gesetzlich vorgegebenen Mitbestimmungsregelungen aus, die nicht dispositiv sind. Diese starren Regelungen sollten für Anpassungen geöffnet werden, um den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen annehmen und ihm begegnen zu können.

In einem neuen Gesetz zur Unternehmensmitbestimmung muss nach der einheitlichen Auffassung der Kommission eine Vereinbarungslösung an erster Stelle stehen. Das Gesetz sollte den Verhandlungspartnern aus Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer Optionen für die Wahl eines Verhandlungsergebnisses an die Hand geben: Unterschiedliche Unternehmen, die abhängig von ihrer jeweiligen nationalen und internationalen Betätigung agieren, können von ihrer inneren Struktur gesellschaftsrechtlich ganz unterschiedlich verfasst sein. Börsennotierte Aktiengesellschaften, Familiengesellschaften in der Form der Kapitalgesellschaft, Holdings, Konzerne, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Dienstleistungsunternehmen, Handelsunternehmen und Industriebetriebe können gesellschaftsrechtlich nicht mit der selben Elle gemessen werden. Daher verbietet sich auch die unterschiedslose Anwendung des gleichen starren Mitbestimmungskorsetts für solche in ihrer Substanz ganz unterschiedlichen Unternehmen. Ein künftiges Mitbestimmungsgesetz darf nicht länger alle Unternehmen über denselben Leisten spannen.

Das Innenrecht der Gesellschaften kann im Hinblick auf die Beteiligung der Arbeitnehmer vereinbarungsoffen sein. Im Übrigen trägt die Gesellschaft selbst die Verantwortung für ihre Binnenstruktur und hat damit gleichzeitig die Chance, ihr Modell Kunden, Vertragspartnern und Investoren transparent zu machen. Auch die zunehmende Bedeutung von individuell vereinbarten Regelungen über Unternehmensführung (Corpo-

rate Governance) legt solche individuellen Lösungen nahe. Haftungsregelungen und andere das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffende Fragen bleiben an gesetzliche Vorgaben gebunden.

Über solche Vereinbarungen lassen sich viele der im Zusammenhang mit Corporate Governance aufgeworfenen Fragen der Unternehmensmitbestimmung bedarfsgerecht lösen: So kann die Größe der mitbestimmten Gesellschaftsorgane anforderungsgerecht gestaltet werden. In Vereinbarungen kann ferner darüber entschieden werden, ob die Mitbestimmung innerhalb oder außerhalb des Aufsichtsrats angesiedelt werden sollte, ob alle Mitglieder des Aufsichtsgremiums dieselben oder modifizierte Rechte und damit auch Pflichten treffen. Schließlich kann auf dem Vereinbarungsweg über die Beteiligung von Arbeitnehmern aus Gesellschaften des Unternehmens, die nicht ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben, entschieden und damit das bereits erörterte Legitimationsdefizit (siehe I.2.d.) beseitigt werden.

Die Möglichkeit, die Mitbestimmung vereinbarungsoffen zu gestalten, sollte durch gesetzliche Optionen im Sinne von Regelbeispielen im Gesetz flankiert werden. Nur für den Fall, dass eine Vereinbarungslösung nicht zustande kommt, sollte ein künftiges Mitbestimmungsgesetz eine gesetzliche Regelung als Basisregelung für Mitbestimmung vorsehen.

## **2. Modelle europäischer Vereinbarungslösungen**

Die Kommission tritt für solche Vereinbarungslösungen ein; auch weil sie damit eine Entwicklung im europäischen Umfeld aufnimmt und weiterführt. Der europäische Gesetzgeber hat an verschiedenen Stellen Vereinbarungsmodelle für die Ausgestaltung der Mitwirkung von Arbeitnehmern entwickelt. Insbesondere die Richtlinie über Europäische Betriebsräte kann Modellcharakter für die Unternehmensmitbestimmung entfalten.

Nach der Europäischen Betriebsräte-Richtlinie wird auf schriftlichen Antrag von mindestens 100 Arbeitnehmern aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten auf Arbeitnehmerseite ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet. Das Ergebnis der Verhandlungen wird vom Gesetz weitgehend den Verhandlungspartnern überlassen. So können einer oder mehrere Betriebsräte kraft Vereinbarung errichtet werden. Alternativ besteht die Möglichkeit, ein zentrales Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung einzuführen. Entscheiden die Verhandlungspartner sich für ein solches dezentrales Verfahren, wird den beteiligten Arbeitnehmervertretern das Recht eingeräumt, die ihnen übermittelten Informationen gemeinsam zu beraten und ihre Vorschläge oder Bedenken mit der Leitung des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe zu erörtern.

Wenn keine Einigung erzielt wird, sieht das Gesetz mit dem Europäischen Betriebsrat kraft Gesetzes eine Auffangregelung vor. Dieser gesetzliche EBR folgt aber nicht der weitestgehenden Mitbestimmungsregelung, die bisher in einem der betroffenen Betriebe bestanden hat. Bei einer deutschen Beteiligung wäre dies ansonsten das deutsche Mitbestimmungsmodell mit den vielfältigen Initiativ- und Mitbestimmungsrechten, die das deutsche Betriebsverfassungsgesetz den Betriebsräten zubilligt.

Der Europäische Betriebsrat kraft Gesetzes soll einmal in jedem Kalenderjahr über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven des gemeinschaftsweit tätigen Unternehmens, insbesondere über die wirtschaftliche und finanzielle Lage, die Beschäftigungslage, Investitionen, Produktionsverlagerungen, die Einschränkung und Stilllegung von Unternehmen, Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen sowie Massenentlastungen unterrichtet und angehört werden. Wenn darüber hinaus außergewöhnliche und nicht vorhersehbare Umstände eintreten, so soll er ebenfalls von der Leitung des Unternehmens unterrichtet werden.

Auf Grund dieser weitgehend vereinbarungsoffenen Ausgestaltung der Struktur des Europäischen Betriebsrates werden die Verhandlungen über

seine Errichtung zumeist offen geführt. Die meisten Europäischen Betriebsräte wurden durch Vereinbarungen eingesetzt und dezentrale Konsultationsverfahren durch Vereinbarung beschlossen.

Wie bei der betrieblichen Mitbestimmung setzt der europäische Gesetzgeber auch bei der Unternehmensmitbestimmung grundsätzlich auf eine Vereinbarungslösung. Dies gilt für die bereits in Kraft gesetzte Richtlinie über die Europäische Gesellschaft ebenso wie für die geplanten Richtlinien zur Fusion und Sitzverlagerung.

Planen die Leitungs- oder Verwaltungsorgane von Gesellschaften die Gründung einer SE, müssen sie nach der Offenlegung des Verschmelzungsplans oder des Gründungsplans so rasch wie möglich die erforderlichen Schritte für Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern einleiten und die Verhandlungen aufnehmen. Nur wenn die Vereinbarungen scheitern, greift eine Auffanglösung ein. Anders als bei der Richtlinie über Europäische Betriebsräte soll allerdings im Regelfall das weitestgehende Mitbestimmungsmodell gelten. Diese Auffangregelung ist in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass das 40jährige Ringen um die gesetzliche Verankerung der Europäischen Gesellschaft immer wieder am deutschen Einspruch scheiterte. Sämtliche Bundesregierungen wollten unter allen Umständen das deutsche Mitbestimmungsmodell weitgehend bewahren. Auch wenn die Auffangregelung kontraproduktiv und bürokratisch ist, die ihr zugrunde liegende Idee ist richtig, auf der Basis von Vereinbarungen eine Lösung der Mitbestimmungsfrage für einzelne Unternehmen zu finden. Vereinbarungslösungen ermöglichen ein hohes Maß an Flexibilität und Lösungen, die auf unternehmensspezifische Charakteristika Rücksicht nehmen (siehe I.2.c.).

Diese Fehler einer zu weitgehenden Auffangregelung wie bei der SE soll nach den Vorstellungen der EU-Kommission bei der geplante Fusionsrichtlinie offenbar vermieden werden. Kommt es zu einer Verschmelzung zweier Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten, soll zwar wie bei der SE vordringlich eine Verhandlungslösung angestrebt werden.

Scheitern aber die Verhandlungen, soll die Mitbestimmungsregelung des zukünftigen Sitzlandes greifen – was sich im Falle eines unveränderten deutschen Mitbestimmungsrechts zu Lasten der deutschen Wirtschaft auswirken würde. Eine Auffangregelung, die zur Übernahme des weitestgehenden Mitbestimmungsmodells zwingt, gilt danach nur, wenn im Sitzland der Gesellschaft überhaupt keine Mitbestimmungsregelung gilt. Die Verhandlungspflicht der Verhandlungspartner wird durch diese Entwicklung ausdrücklich gestärkt.

Entsprechende Verhandlungsansätze gab es auf europäischer Ebene in der Vergangenheit immer wieder. So wurde in den Neunziger Jahren durch die Europäische Union eine Sachverständigengruppe eingesetzt, die die Möglichkeit ausloten sollte, die Mitbestimmung in der europäischen Gesellschaft einheitlich für die gesamte europäische Union zu regeln. Im – nach dem Vorsitzenden dieser Gruppe benannten – Abschlussbericht, dem so genannten „Davignon-Bericht“, wurde schon 1997 hervorgehoben, dass Mitbestimmung primär durch Verhandlungen geregelt werden sollte. Der erste Grundsatz für solche Verhandlungen müsse sein, den Parteien uneingeschränkte Freiheit unter Verzicht auf Mindestvorschriften einzuräumen. Der „Davignon-Bericht“ gelangt zu dem richtigen Schluss, dass Verhandlungen der beste Weg sind, um Lösungen zu finden, die jedem einzelnen nationalen System und jeder einzelnen Gesellschaft gerecht werden, und dass daher eine Einschränkung der Autonomie der Parteien zu vermeiden ist. Nur für den Fall der Nichteinigung sollte eine gesetzliche Mindestregelung als Basis der Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsrat eingeführt werden. Anders als bei der schließlich eingeführten Regelung für eine SE sieht der „Davignon-Bericht“ nicht das jeweils schärfste Mitbestimmungsregiment als Auffangregelung vor.

Die zentrale Schlussfolgerung der europäischen Rechtsetzung und ihrer Bedeutung für das Recht der deutschen Unternehmensmitbestimmung lautet für die Kommission, dass die zukünftige Unternehmensmitbestimmung in Deutschland vereinbarungsoffen sein und auf solche Vereinba-

rungen zielende Verhandlungen ergebnisoffen geführt werden müssen. Nur für den Fall des Scheiterns von Verhandlungen ist eine gesetzliche Regelung vorzusehen.

### **3. Der gesetzliche Rahmen für Vereinbarungen auf Unternehmens- ebene**

Die Kommission schlägt daher ein Modell der Unternehmensmitbestimmung vor, das einen Gestaltungsspielraum für Vereinbarungen über die Struktur der Mitbestimmung lässt und den Betroffenen unterstützend „Regelbeispiele“ zur Verfügung stellt, an denen sie ihre Vereinbarung orientieren können (vergleiche II.4.).

Auch eine vereinbarungsoffene Lösung bedarf einiger gesetzlicher Grundregeln. Die Kommission schlägt daher solche „Leitplanken“ neben der noch darzustellenden gesetzlichen Regelung vor, die die grundsätzliche Vereinbarungsoffenheit einer künftigen deutschen Mitbestimmung flankieren muss und die Ergebnisoffenheit möglicher Vereinbarungen dem Grunde nach unberührt lässt:

- (1) Da die Kommission sich mehrheitlich gegen eine Abschaffung der Mitbestimmung ausspricht, sollte das Ergebnis der Vereinbarung nicht eine „Null-Lösung“ (also die Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung) sein. Die Mitbestimmung muss allerdings nicht im Aufsichtsrat stattfinden. Sie kann auch in einem Gremium neben dem Aufsichtsrat etabliert werden.
- (2) Auf der anderen Seite darf schon aus verfassungsrechtlichen Gründen auch für Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern keine Regelung vereinbart werden, die eine Überzahl von Arbeitnehmervertretern im Aufsichts- oder Verwaltungsrat vorsehen würde. Der Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsvorsitzende muss nach fast einhelliger Meinung in der Kommission immer von der Anteilseignerseite gestellt sein, und ihm muss bei einer Patt-Situation immer ein ent-

scheidendes Zweitstimmrecht eingeräumt bleiben. Für Gesellschaften mit 500 bis zu 2.000 Arbeitnehmern soll die Vereinbarung nicht mehr als eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsrat vorsehen. Die Obergrenzen der bestehenden gesetzlichen Regelwerke (Mitbestimmungsgesetz 1976, Drittelbeteiligungsgesetz) sollten insoweit übernommen werden.

(3) Um kleinere Gesellschaften vor übermäßigen Belastungen zu bewahren, sollte darüber hinaus die gesetzliche Optionslösung erst eingreifen, wenn das Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Unterhalb dieser Schwelle ist allenfalls Platz für eine auf einer Vereinbarung basierenden Mitbestimmung im Unternehmen. Die bisherige Differenzierung bei Aktiengesellschaften, die dazu führt, dass vor dem 10. August 1994 eingetragene Gesellschaften auch mit weniger als 500 Arbeitnehmern der Mitbestimmung unterliegen, sollte generell entfallen.

(4) Mitbestimmung ist nicht tarifdispositiv. Tarifliche Regelungen bestimmen die Grundzüge der Arbeitsbeziehungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Tarifverträge können Fragen der Unternehmensverfassung nicht regeln. Im Wege von Tarifvereinbarungen Fragen der Unternehmensmitbestimmung zu klären, ist von Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz nicht gedeckt. Außerdem würden entsprechende tarifliche Regelungen gegen die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes in Artikel 14 verstoßen.

Eine zentrale Rolle kommt nach Auffassung der Kommission der Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens zu. Hierzu schlägt die Kommission folgendes vor:

(1) In einem durch den Gesetzgeber normierten Verfahren muss sicher gestellt werden, dass innerhalb eines wirtschaftlich vertretbaren Zeitraums eine Vereinbarung getroffen werden kann oder aber, wenn dies nicht der Fall ist, die vom Gesetz vorgegebene Lösung greift.

- (2) Auf Seiten des beteiligten Unternehmens ist nach Auffassung der Kommission die Unternehmensleitung, also die Geschäftsführung oder der Vorstand, primär zur Verhandlungsführung berufen. Das Mandat für die Verhandlung wie auch schließlich die Annahme des Verhandlungsergebnisses sollte durch die Haupt- oder die Gesellschafterversammlung und damit die Inhaber des Unternehmens abschließend mit einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen erfolgen.
- (3) Auf Arbeitnehmerseite schlägt die Kommission die Berufung von Verhandlungsführern durch die Arbeitnehmer des Unternehmens oder des Konzerns vor. Ein entsprechendes Verhandlungsgremium soll durch Urwahl gebildet werden (vergleiche II.7.).
- (4) Gewerkschaften vorbehaltenen Sitze für Arbeitnehmervertreter, die nicht Mitarbeiter des Unternehmens sind, soll es nicht geben. Externe Gewerkschaftsvertreter sollten zwar gewählt werden können, sie sollen aber nicht über zwingende Sitze im Verhandlungsgremium verfügen (vergleiche II.8.).
- (5) Eine Vereinbarung über die Mitbestimmung muss nach Auffassung der Kommission unter bestimmten Bedingungen gekündigt werden können. Unter gesetzlich definierten Umständen muss die Vereinbarung automatisch enden: So sollte die Vereinbarung beispielsweise bei einem Rechtsformwechsel und im Fall der Verschmelzung mehrerer Gesellschaften enden. Eine Beendigung durch ordentliche Kündigung muss nach einer Wartezeit (die Kommission schlägt einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren vor) und unter Einhaltung einer längeren Kündigungsfrist möglich sein, wenn die Hauptversammlung dies beschließt. Ferner muss eine Kündigung aus wichtigem Grund bei erheblichen Veränderungen der für die Gesellschaft wesentlichen wirtschaftlichen Umstände vorgesehen werden.

Kommt es zu einer Beendigung oder Kündigung der Vereinbarung, wird diese neu verhandelt. Kommt es im Rahmen dieser Verhandlung

nicht zu einer Einigung, richtet sich die Mitbestimmung nach der gesetzlichen Regelung.

#### **4. Die gesetzlichen Optionsmodelle**

In der Kommission bestand Einigkeit, dass ein neues Mitbestimmungsgesetz im Rahmen einer Vereinbarungslösung den Verhandlungspartnern Optionen im Sinne von Regelbeispielen an die Hand geben sollte, an denen sich die Vereinbarungen orientieren können. Die Kommission schlägt vor, den Verhandlungspartnern drei solche Modelle im Gesetz anzubieten:

##### **a. Mitbestimmung in Anlehnung an das Mitbestimmungsgesetz 1976**

Die Mehrheit der Kommission plädiert dafür, als eine Option die Mitbestimmung in Anlehnung an das Mitbestimmungsgesetz 1976 aufrecht zu erhalten. Bei einem Rückgriff auf diese Option wäre der Aufsichtsrat mit einer gleichen Anzahl von Vertretern der Anteilseigner und Arbeitnehmer besetzt, wobei der Aufsichtsratsvorsitzende wie bisher schon allein von den Vertretern der Anteilseigner und aus deren Kreis bestimmt werden kann. In streitigen Fällen muss der Vorsitzende des Aufsichtsrates auch weiterhin ein Zweitstimmrecht ausüben können, wenn ohne dieses Zweitstimmrecht eine Mehrheit im Aufsichtsrat nicht zustande kommt. Nach Auffassung der Kommission ist dieses Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden für ein solches Modell gleich großer Banken im Aufsichtsrat konstitutiv. Auch die SE-Richtlinie sieht ein solches Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden bei streitigen Entscheidungen zwingend vor, wenn das mit Arbeitnehmervertretern besetzte Gesellschaftsorgan aus einer gleichen Zahl von Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern zusammengesetzt wird. Die deutsche Montanmitbestimmung entspricht diesem Modell nach ganz überwiegender Meinung der Kommissionsmitglieder nicht.

Auch wenn von dieser Option Gebrauch gemacht wird, muss nicht die nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 geltende Rechtslage 1:1 auf die neue Vereinbarung übertragen werden. Es wird vielmehr möglich, beispielsweise die Beteiligung von Mitarbeitern ausländischer Gesellschaften abweichend zum bisherigen Recht zu regeln oder den Aufsichtsrat zu verkleinern.

#### **b. Mitbestimmung in Anlehnung an das Drittelbeteiligungsgesetz**

Als weiteres gesetzliches „Regelbeispiel“ sollte nach Auffassung der Kommission eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat entsprechend der seit dem 1. Juli 2004 im Drittelbeteiligungsgesetz zusammengefassten Vorschriften für kleinere Gesellschaften vorgesehen werden. Der Aufsichtsrat oder der Verwaltungsrat einer Gesellschaft setzte sich dann zu zwei Dritteln aus Vertretern der Anteilseigner und zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zusammen.

In mehreren Ländern der Europäischen Union wird die Mitbestimmung ebenfalls in Form der Drittelbeteiligung von Arbeitnehmervertretern geregelt. Die Mitbestimmung mit Drittelbeteiligung ist also in einem erheblichen Teil der Europäischen Union akzeptiert. Insbesondere diese Erfahrungen in Europa, zugleich aber auch die Erfahrungen mit der Drittelbeteiligung in Deutschland, sprechen dafür, die Option der Drittelbeteiligung auch als gesetzliches Regelbeispiel für eine Verhandlungslösung vorzusehen.

#### **c. Konsultationsmodell**

Als dritte Option zur Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung im Unternehmen hält die Kommission mehrheitlich ein Modell für möglich, bei dem die Unternehmensmitbestimmung bewahrt, aber außerhalb des Aufsichtsrats und auch außerhalb von Gremien des Betriebsverfassungsgesetzes angesiedelt wird. In Anlehnung an die Forderung des Berliner Netzwerks Corporate Governance (von Werder, Überwachungs-

effizienz und Unternehmensmitbestimmung, Aktiengesellschaft 2004, 166, 172) kommt die Übertragung der Beteiligungsrechte auf einen Konsultationsrat in Betracht. Der Konsultationsrat wäre vom Vorstand über alle im Aufsichtsrat anstehenden Entscheidungen gleichzeitig mit dem Aufsichtsrat zu informieren. Die Arbeitnehmer würden weiter an den Entscheidungen der Unternehmensleitung beteiligt.

Ein solcher Konsultationsrat sollte sich als Vertretungsorgan der gesamten Belegschaft ausschließlich aus Arbeitnehmervertretern zusammensetzen. Er ist in die Entscheidungsfindung von Vorstand und Aufsichtsrat eingebunden und über wichtige Fragen zu informieren.

Der Konsultationsrat hat das Recht, Mitglieder des Vorstandes zu befragen und Auskünfte zu erbitten. Er hat damit Rechte, die sich faktisch auf alle Angelegenheiten beziehen, die zum Überwachungsbereich des Aufsichtsrates gehören und wirtschaftliche Angelegenheiten des Unternehmens betreffen. Der Konsultationsrat kann Stellungnahmen abgeben, die in Entscheidungen des Aufsichtsrates, an denen er selbst nicht beteiligt ist, einfließen können.

In der Kommission wurden auch andere Ansätze eines Konsultationsmodells diskutiert. Hierzu zählt beispielsweise die Option, ein bestehendes Gremium der Betriebsverfassung – in Betracht käme der Wirtschaftsausschuss – mit entsprechenden Aufgaben zu betrauen. Eine solche Vereinbarung kann ein mögliches Ergebnis von Verhandlungen sein. Nach Auffassung der Kommission sollte ein solches Modell der „Verbetrieblung“ der Mitbestimmung aber nicht als gesetzliches Optionsmodell ausgestaltet werden. Eine solche Zuweisung an die Betriebsverfassungsebene verstärkt nach Auffassung der Kommission eher die Tendenz, die Grenzen zwischen betrieblicher und überbetrieblicher Mitbestimmung zu verwischen. Sie muss daher der Vereinbarung vorbehalten bleiben. Als Option sollte ein eigenständiges Organ in einem künftigen Gesetz über die Unternehmensmitbestimmung vorgesehen werden.

Das Konsultationsmodell eignet sich nach einhelliger Auffassung der Kommission sowohl für dualistisch als auch für monistisch geführte Unternehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber ausdrücklich nur die Mitwirkung der Arbeitnehmer an der Kontrolle, nicht die Mitwirkung an der Geschäftsführung der Gesellschaft für mit dem Grundgesetz und dessen Eigentumsgarantie vereinbar erklärt. Die gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in einem Verwaltungsrat als einheitlichem Leitungsgremium begründet demnach verfassungsrechtliche Bedenken (Henssler, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europae, Festschrift für Ulmer, 193, 202). Der Konsultationsrat ist daher insbesondere für die Arbeitnehmerbeteiligung bei monistischer Unternehmensverfassung eine mögliche Option.

## **5. Gesetzliche Regelung bei fehlender Vereinbarung**

Kommt es bei mitbestimmungspflichtigen Kapitalgesellschaften nicht zu einer Vereinbarung, stellt das Gesetz eine Regelung bereit, die an die Stelle einer Vereinbarung tritt. Da sich die Kommission dagegen ausgesprochen hat, die Mitbestimmung gänzlich abzuschaffen, kann die gesetzliche Regelung nicht darin bestehen, keine Mitbestimmung vorzusehen. Die gesetzlich vorgeschriebene Mitbestimmungsregelung muss sich an den Strukturen der Gesellschaft orientieren. Auch insoweit verbietet sich eine Einheitslösung. Die von der Kommission vorgeschlagene gesetzliche Regelung unterscheidet daher danach, ob das Unternehmen mit Vorstand und Aufsichtsrat, also dualistisch, oder nur durch einen Verwaltungsrat, also monistisch, geführt wird.

Nach fast einhelliger Auffassung in der Kommission kommt als gesetzliches Modell im dualistischen System am ehesten die Drittelbeteiligung in Betracht. Eine Drittelbeteiligung entspricht der Beteiligung der Arbeitnehmer in sieben anderen Staaten innerhalb der europäischen Union. Auch die Entwicklungen auf europäischer Ebene zu einer Fusionsrichtlinie zielen in Richtung auf eine Drittelbeteiligung als Auffangregelung. Sie ist am ehesten geeignet, eine Lösung darzustellen. Die Drittelbeteiligung

hat ferner den Vorteil, dass sie schon zwischen 1952 und 1976 für alle mitbestimmten Unternehmen gegolten hat, ohne sich als Standortnachteil zu erweisen. Auch müssen kleinere Gesellschaften mit bis zu 2.000 Arbeitnehmern ihr System der Mitbestimmung bei einer Gesetzesänderung nicht zwingend umstellen. Eine gesetzliche Regelung, die eine Drittelbeteiligung vorsieht, ist demnach auch unbürokratisch und einfach einzuführen.

Die gesetzliche Regelung soll für den Fall, dass keine Vereinbarung zustande kommt, einheitlich für alle Unternehmen unabhängig davon gelten, ob diese bisher dem Drittelbeteiligungsgesetz, dem Mitbestimmungsgesetz oder dem Montanmitbestimmungsgesetz unterliegen. Eine gesplante gesetzliche Regelung würde nach Auffassung der Kommission bürokratische und komplizierte Übergangsregelungen nach sich ziehen und wird daher abgelehnt.

Um eine effiziente Arbeit des Aufsichtsrats auch im Falle des Eingreifens der gesetzlichen Auffangregelung zu ermöglichen, soll der Aufsichtsrat für den Fall, dass keine abweichende Vereinbarung zustande kommt, nicht mehr als sechs Mitglieder umfassen (vergleiche I. 2.d.).

Für Unternehmen mit monistischer Leitungsstruktur passt eine Beteiligung der Arbeitnehmer in dem dann sowohl Geschäftsführungs- wie Kontrollaufgaben wahrnehmenden Verwaltungsrat nicht (siehe I.2.c.). Dies hat zu Recht bereits der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2004 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung der Europäischen Gesellschaft gerügt (BT-Dr. 15/3656). Im monistischen System schlägt die Kommission daher als gesetzliche Regelung für den Fall der Nichteinigung einen Konsultationsrat nach dem Vorschlag des Berliner Netzwerks Corporate Governance vor. Der Konsultationsrat tritt neben den Verwaltungsrat. Ein solches Modell entspricht auch der Praxis in den meisten anderen europäischen Ländern. Es wird am ehesten der unterschiedlichen Ausgangssituation zwischen dualistischer und monistischer Leitungsstruktur gerecht.

In einem mehrstufigen Konzern sollte nach Auffassung der Kommission die Mitbestimmung dort angesiedelt werden, wo auch die Entscheidungen getroffen werden. Eine Verdoppelung oder Verdreifachung von Mitbestimmungsstrukturen ist nicht sinnvoll. Ohne Entscheidungen beeinflussen zu können, führt sie im Ergebnis nur zu höheren Kosten, höherem Zeit- und höherem Verwaltungsaufwand.

Für den Konzern sollte ebenfalls der Primat einer Vereinbarungslösung gelten. Es steht Arbeitnehmern und Konzernleitung frei, eine Mitbestimmung zu vereinbaren, die sich auf die Holding beschränkt. Daneben bleibt es möglich, unterschiedliche Mitbestimmungssysteme für einzelne Konzerntöchter zu schaffen. Für den Fall, dass eine Einigung nicht zustande kommt, sollte die gesetzliche Regelung wie folgt ergänzt werden:

- In einem Unterordnungskonzern sind die Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen.
- Findet eine Zurechnung der Arbeitnehmer zur Obergesellschaft statt, sollte auf eine Arbeitnehmerbeteiligung in den Tochtergesellschaften verzichtet werden.
- Bei einer Holding, deren einzelne Unternehmen selbständig und unabhängig sind, ist die Arbeitnehmerbeteiligung nur in den Unternehmen zu regeln, bei denen die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Eine Zurechnung der Arbeitnehmer zur Holdinggesellschaft sollte nicht stattfinden.

## **6. Mitwirkung von Arbeitnehmern ausländischer Beteiligungen**

Mit der Mitbestimmung verbindet sich das Legitimationsproblem, dass Arbeitnehmer ausländischer Beteiligungen nicht angemessen im Aufsichtsrat vertreten sind. Die zunehmende Globalisierung und die Arbeitsteilung führen vielfach dazu, dass ein großer Teil der Belegschaft

vieler deutscher Unternehmen oder Konzerne mittlerweile außerhalb Deutschlands beschäftigt wird. Bei einigen Unternehmen macht dies mehr als die Hälfte der Gesamtbelegschaft aus. Weite Teile, wenn nicht alle Mitarbeiter dieser Belegschaften, sind von der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat ausgeschlossen.

Hierdurch kann in den davon betroffenen Unternehmen ein Legitimationsproblem erwachsen. Es besteht die Gefahr, dass es mitbestimmungsrechtlich in solchen Unternehmen zu zwei Arten von Arbeitnehmern kommt, nämlich solchen mit und solchen ohne aktives und passives Wahlrecht. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein Unternehmen mehrere ausländische Unternehmen erwirbt und diese unter einem Holding-Dach zusammenführt oder mit einem ausländischen Partner fusioniert und die Konzern- bzw. Holdingspitze in Deutschland verbleibt. Die gewählten Arbeitnehmervertreter, die nur durch die deutsche Belegschaft gewählt werden, vertreten aber häufig nur die Interessen der einheimischen Wähler und nicht die der im Ausland tätigen Mitarbeiter des Unternehmens.

Die Kommission hält eine gesetzliche Lösung dieses Problems, die die Unternehmen verpflichten würde, solche Arbeitnehmer bei der Wahl der Vertreter für das Kontrollgremium zu berücksichtigen, aus rechtlichen Gründen für ausgeschlossen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung würde dazu führen, dass das deutsche Mitbestimmungsgesetz auf ausländische Rechtsordnungen erstreckt wird. Dies ist mit dem Territorialitätsprinzip des Völkerrechts nicht vereinbar.

Die Kommission schlägt daher vor, im Rahmen der Verhandlungen über das Mitbestimmungsstatut und damit auf freiwilliger Basis die Möglichkeit zu schaffen, solche Arbeitnehmer an den Wahlen für das Kontrollgremium zu beteiligen. Eine solche Lösung lässt sich mit völkerrechtlichen Grundsätzen vereinbaren und sie genügt den Interessen der inländischen wie ausländischen Belegschaften. Durch Vereinbarung lässt sich das beschriebene Legitimationsdefizit befriedigend lösen. Eine vereinba-

zungsoffene Mitbestimmung erweist auch in diesem Zusammenhang ihre Vorteile gegenüber einer pauschalen und starren gesetzlichen Regelung.

## **7. Wahlverfahren**

Die Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat oder im Konsultationsrat sind nach Auffassung der Kommission durch Urwahl zu bestimmen. Die Delegiertenwahl soll abgeschafft werden. Sie ist zeitintensiv, bürokratisch und teuer. So kosteten allein die letzten Wahlen die Daimler Chrysler AG ca. 4.3 Mio. €, die Telekom AG ca. 3.9 Mio. €, die Post AG ca. 4.4 Mio. € und die Siemens AG ca. 5.4 Mio. €. Diese Kosten lassen sich signifikant reduzieren, wenn von der Delegiertenwahl, für die ggf. extra Kongresszentren gemietet werden müssen, abgesehen und zur Urwahl übergegangen wird.

Die Wahl der Arbeitnehmersvertreter durch die Betriebsräte lehnt die Kommission ab. Sie würde zu einer unzulässigen Vermengung von betrieblicher und überbetrieblicher Mitbestimmung führen. Sie ist wegen der Standortgebundenheit der betrieblichen Mitbestimmung ferner kein sinnvolles Instrument, um die Legitimationsdefizite der Mitbestimmung zu lösen.

## **8. Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat**

Mitbestimmung sollte ein Beitrag zur Teilhabe der Arbeitnehmer an Unternehmensentscheidungen sein. Mitbestimmung ist keine Fremdbestimmung und sie darf schon gar keine von Gesetzes wegen angeordnete Fremdbestimmung sein. Genau dies ist aber auf Grund der geltenden Regelungen, nach denen Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden müssen, der Fall. Nach geltendem Recht haben die Arbeitnehmer (oder im Regelfall die Delegierten) keine andere Wahl als Gewerkschaftsvertreter auf Grund von Wahlvorschlägen der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften in den Aufsichtsrat zu wählen. Dies entspricht nicht dem Teilhabegedanken der Mitbestimmung.

Die Kommission würdigt ausdrücklich, dass es externe Gewerkschaftsvertreter in Aufsichtsräten gibt, die ihr Handeln kooperativ am Unternehmenswohl ausrichten und auch notwendige einschneidende Strukturveränderungen mitgetragen haben und mittragen. Es sollte daher im Ausnahmefall möglich bleiben, auch nicht unternehmensangehörige Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Voraussetzung ist, dass diese aus der Mitte der Belegschaft vorgeschlagen und von dieser in einem freien und geheimen Wahlgang bestätigt werden – entsprechend der schon heute geltenden Regelung im Drittelbeteiligungsgesetz. Dementsprechend plädiert die Kommission für eine Abschaffung des exklusiven Vorschlagsrechts der Gewerkschaften in den bestehenden Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz. Gewerkschaftsvertreter müssen sich wie alle anderen Arbeitnehmervertreter einer gleichen, freien und geheimen Wahl stellen. Dies gilt für die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat wie auch für die Arbeitnehmerbeteiligung neben dem Aufsichtsrat. In beiden Fällen ist die Beteiligung externer Gewerkschaftsfunktionäre möglich. Es besteht jedoch kein Anspruch, ein bestimmtes Quorum an Arbeitnehmervertretern im Aufsichts- oder Konsultationsrat zu stellen.

### **III. Das Konzept für die Erneuerung der betrieblichen Mitbestimmung**

Die vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat ist das konstitutive Element der betrieblichen Mitbestimmung. Dieses vertrauensvolle Zusammenwirken bestimmt heute in den meisten Fällen das Verhältnis von Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Rolle der Betriebsräte gewinnt in einer modernen Wirtschafts- und Arbeitswelt faktisch noch an Bedeutung für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen. Tarifliche Öffnungsklauseln und die Flankierung betrieblicher Bündnisse für Arbeit zur Sicherung und zum Ausbau von Beschäftigung erweitern die Kompetenzen und Zuständigkeiten der Betriebsräte. Damit erhält die betriebliche Mitbestimmung einen zusätzlichen Stellenwert.

Das geltende Betriebsverfassungsgesetz ist zur Zeit allerdings zu unflexibel und zu bürokratisch. Die geltenden gesetzlichen Regelungen bergen erhebliche Verzögerungs- und Missbrauchsmöglichkeiten. Vielfältige Einzelfragen werden bis ins kleinste Detail geregelt. Die betriebliche Mitbestimmung kann – insbesondere für den Mittelstand und mittelständisch strukturierte Arbeitgeber – schnell zur Kostenfalle werden. Statt einer dringend erforderlichen Modernisierung hat die sog. „Reform“ der Betriebsverfassung aus dem Jahr 2001 die betriebliche Mitbestimmung weiter verkompliziert, bürokratisiert und verteuert. Grundlage jeder Reformüberlegung muss daher die Rücknahme jener Änderungen sein, die komplizierte Verfahren und bürokratische Regelungen sowie die künstliche Aufblähungen der Gremien begünstigen.

Betriebliche Mitbestimmung muss künftig schnell, flexibel und passgenau sein. Sie muss stärker auf das Miteinander von Betriebsrat und Arbeitgeber setzen. Beide brauchen dafür flexible Regelungen, die schnelle Entscheidungen im Interesse von Betrieb und Belegschaft fördern. Statt alles zu regeln, sind Spielräume für die Betriebsparteien gefragt. Eine möglichst vereinbarungsoffene Gestaltung des Betriebsverfassungsgesetzes bietet Arbeitgeber, Betriebsrat und Belegschaft die Möglichkeit,

verkrustete Strukturen aufzubrechen und im Sinne einer vertrauensvollen Zusammenarbeit bestmögliche und flexible Vereinbarungen zu treffen. Gleichzeitig muss die Durchführung von Mitbestimmungsverfahren beschleunigt werden. Schnelle Reaktionsmöglichkeiten sind in einer globalisierten Wirtschaft unerlässlich. Um insbesondere den Mittelstand zu entlasten, müssen die Schwellenwerte im Betriebsverfassungsgesetz deutlich angehoben werden.

### **1. Strukturen der Betriebsverfassung flexibilisieren und betrieblichen Vereinbarungen öffnen**

Die gesetzlich vorgeschriebenen Betriebsratsstrukturen passen häufig nicht zur Unternehmensstruktur. Betriebe und Belegschaften profitieren aber von passgenauen Betriebsverfassungen, die flexibel agieren können. Deshalb ist es sinnvoll, Abweichungen von den gesetzlich festgelegten Strukturen zuzulassen.

Nach dem Willen des Gesetzgebers dürfen Betriebsratsstrukturen dann nicht durch Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbart werden, sobald irgendein Tarifvertrag im Betrieb gilt. Die Betriebsparteien wissen aber selbst am besten, welche Betriebsverfassung zu ihnen passt. Sie können durch sachnähere Kompetenz besser beurteilen, ob vom Regelfall abweichende Arbeitnehmervertretungen erforderlich sind und wie ihre Struktur am zweckmäßigsten gestaltet werden kann. Deswegen müssen betriebliche Regelungen über die Betriebs(rats)struktur den tariflichen vorgehen. Arbeitgeber und Betriebsrat sind hierzu eher als die Tarifparteien in der Lage, auch angesichts des schwindenden Organisationsgrades der Gewerkschaften. Jedenfalls aber muss die Regelungssperre des § 3 Abs. 2 BetrVG so gefasst werden, dass nur betriebsbezogene Tarifverträge über Betriebsstrukturen einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen.

Die Kommission regt an zu prüfen, ob Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat mit dem Ziel der Budgetierung der Betriebsrats-

kosten zugelassen werden sollten. Das Budget darf auch in diesem Fall nur für erforderliche Ausgaben verwendet werden.

## **2. Legitimation der Betriebsräte gewährleisten und Wahlverfahren demokratisieren**

Die Betriebsräte in Deutschland werden im Turnus von vier Jahren durch die Belegschaften der Betriebe gewählt. Die Errichtung eines Betriebsrats ist dabei zu Recht nicht zwingend vorgeschrieben: Gerade in Kleinstbetrieben bis 20 Arbeitnehmer können Arbeitnehmer ihre Interessen gegenüber dem Arbeitgeber auf andere Weise vertreten. Weil die Mitbestimmung den Arbeitnehmern dient, darf sie nicht von einer Minderheit gegen die große Mehrheit der Beschäftigten in den Betrieben erzwungen werden. Nach Auffassung der Kommission muss daher ein Weg gefunden werden, die Legitimation der betrieblichen Mitbestimmung zu verbessern.

Die Kommission spricht sich daher dafür aus, die Errichtung eines Betriebsrats vom Erreichen eines Wahlquorums abhängig zu machen. Ein Betriebsrat wird nur errichtet, wenn sich mindestens ein Drittel der wahlberechtigten Arbeitnehmer an der Wahl beteiligt. Mit einem solchen Quorum kann ein Beitrag zum Schutz der Mehrheit vor einer kleinen Minderheit geleistet werden.

Das 2001 eingeführte sog. vereinfachte Wahlverfahren („Hauruck-Wahl“) kann dieses Legitimationsdefizit ebenfalls verschärfen. Es liefert keinen Beitrag zur Entbürokratisierung der Betriebsratswahl, sondern ist kompliziert und birgt erhebliche Anfechtungsrisiken. Daher sollte es nicht länger zwingend vorgeschrieben und statt dessen freiwillig in allen Betrieben mit bis zu 100 Arbeitnehmern angewendet werden können. Durch die Freiwilligkeit müsste niemand ein erhöhtes Anfechtungsrisiko zwangsweise auf sich nehmen. Ebenso sollte Arbeitgeber und Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt werden, das Wahlverfahren gänzlich auf elektronischer Grundlage durchzuführen.

### **3. Mitbestimmungsverfahren beschleunigen, Missbräuche unterbinden**

Die Dauer der Mitbestimmungsverfahren verzögert häufig die Umsetzung geplanter Vorhaben und führt so zu erhöhten Kosten bei den Unternehmen. Im Gegensatz zum Bundespersonalvertretungsgesetz ermöglicht das BetrVG dem Arbeitgeber für Eilfälle nicht die generelle Möglichkeit einer vorläufigen Regelung. Die naheliegende vorläufige Durchführung erforderlicher, dringender Maßnahmen kann der Arbeitgeber nach bisherigem Recht regelmäßig nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats durchsetzen. Nur für personelle Maßnahmen gibt es bislang die Möglichkeit einer vorläufigen Regelung. Für den wichtigen Bereich der sozialen Angelegenheiten ist dem Arbeitgeber ein einseitiges Vorgehen bis auf eng umgrenzte Notfälle verwehrt.

Die Rechtsprechung hält in ihrer Auslegung des Gesetzes unaufschiebbare Eilfälle regelmäßig für das Ergebnis mangelhafter Organisation des Arbeitgebers. In Zeiten einer globalisierten Wirtschaft, die schnelle und flexible Entscheidungen für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens unerlässlich macht, ist diese Auslegung ebenso falsch wie fatal für die Betriebe. Sie kann zu unzumutbaren Belastungen führen, zumal das Einigungsstellenverfahren schwerfällig ist, so dass es zu unwirtschaftlichen und für den Arbeitgeber nicht tragbaren Verzögerungen im Organisationsablauf kommt.

Eine allgemeine Beschleunigungsvorschrift, die dem Arbeitgeber vorläufige Entscheidungen überlässt, ist daher zwingend erforderlich. Sie sollte sich an den vorhandenen Eilvorschriften im Bundespersonalvertretungsgesetz und im BetrVG orientieren, die sich bereits als praktikabel bewährt haben.

Zudem müssen die Einigungsstellenverfahren durch die Einführung von Fristen beschleunigt werden. Nach Ablauf dieser Fristen muss der Arbeitgeber die geplante Maßnahme vorläufig durchführen können. Die

Rechte des Betriebsrats werden in den Fällen der vorläufigen Durchführung durch den Arbeitgeber durch die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung gewahrt. Alternativ oder ergänzend sollte eine Schnellschlichtung durch ein von den Tarifparteien vorgesehenes Organ oder durch das Arbeitsgericht im Wege einer Regelungsverfügung vorgesehen werden. Um die Kosten der Einigungsstelle in einem überschaubaren Rahmen zu halten, sollte zudem eine moderate Gebührenordnung eingeführt werden. Dadurch erhöht sich die Berechenbarkeit der Kosten für den Arbeitgeber erheblich.

#### **4. Betriebsverfassung straffen - Schwellenwerte anheben**

Die Senkung der Schwellenwerte im Betriebsverfassungsgesetz durch die gesetzlichen Änderungen 2001 belastet insbesondere den Mittelstand und Unternehmen mit einem hohen Flialisierungsgrad. So führt allein die zusätzliche Belastung durch generelle Freistellungen bei Betrieben zwischen 200 und 300 Arbeitnehmern zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Bruttolohnsumme um 0,5 Prozent.

Insgesamt haben sich die Kosten der Betriebsverfassung nicht zuletzt durch die Gesetzesänderungen des Jahres 2001 nochmals erheblich erhöht. Während Unternehmen für die Betriebsratsarbeit 1998 pro Mitarbeiter und Jahr im Schnitt 265 Euro aufwenden mussten, kletterte diese Summe 2003 auf 338 Euro (Quelle: IW-Analysen, Die direkten Kosten der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes, Ergebnisse einer Unternehmensbefragung aus den Jahren 2003/2004). Allein die Freistellungskosten stiegen um 60 Euro (und damit annähernd um 50 Prozent) auf 187 Euro pro Mitarbeiter/Jahr.

Die Schwellenwerte im BetrVG müssen daher deutlich angehoben werden. Im Sinne einer allgemeinen Vereinfachung sollten in diesem Zuge arbeitsrechtliche Schwellenwerte möglichst vereinheitlicht werden. Zumindest müssen aber die Schwellenwerte im BetrVG wieder auf die bis 2001 geltenden Schwellen zurückgeführt werden. Darüber hinaus sollten

sie auf der Grundlage von betrieblichen Vereinbarungen verändert und angepasst werden können. Dies muss für alle Schwellen im Betriebsverfassungsgesetz gelten.

Die geltende Regelung, nach der Teilzeitbeschäftigte im Betriebsverfassungsgesetz nach Köpfen zählen, ein Teilzeitbeschäftigter bei der Berechnung der Betriebsgröße für die Schwellenwerte also genauso wie ein Vollzeitbeschäftigter zählt, ist verfehlt. Dadurch werden Betriebe mit einem hohen Anteil an Teilzeitarbeitnehmern im Vergleich zu solchen mit hauptsächlich Vollzeitkräften stark benachteiligt. Eine Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten nur entsprechend ihrem Arbeitsvolumen beseitigt die Benachteiligung von Unternehmen mit hohem Teilzeitanteil. Teilzeitbeschäftigte sollten daher bei der Berechnung von Schwellenwerten grundsätzlich nur anteilig entsprechend ihrer Arbeitszeit (pro-rata-temporis-Grundsatz) berücksichtigt werden.

Auszubildende sind nach geltender Rechtslage bei der Berechnung der Schwellenwerte zu berücksichtigen. Dies kann sich, insbesondere im Zusammenwirken mit möglichen gesetzlichen Übernahmeansprüchen, ausbildungshemmend auswirken. Durch eine Nichtberücksichtigung von Auszubildenden bei der Berechnung der Schwellenwerte kann dementsprechend ein Beitrag zur Steigerung der Ausbildungsbereitschaft geleistet werden. Daher sollten Auszubildende bei der Berechnung von Schwellenwerten nicht berücksichtigt werden. Entsprechendes gilt für die nachträglich in das BetrVG eingefügte Verpflichtung, Auszubildende nach ihrer Ausbildung zu übernehmen, wenn sie Mitglieder der Jugend- oder Auszubildendenvertretung gewesen sind. Diese Verpflichtung ist kontraproduktiv und bremst die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe. Die Übernahme der Auszubildenden sollte sich nach deren Qualität und nicht nach deren Fähigkeit bemessen, Mitglied einer solchen Vertretung zu werden.

## **5. Betriebsverfassung entbürokratisieren**

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält eine Vielzahl von hoch bürokratischen Einzelvorschriften, die durch die Rechtsprechung weiter verkompliziert und ausgedehnt werden. Ziel einer konsequenten Erneuerung der betrieblichen Mitbestimmung muss es sein, diese Regelungsflut einzudämmen und das BetrVG konsequent zu verschlanken.

Dazu muss die Betriebsverfassung von allgemeinerpolitischen Mitbestimmungselementen befreit werden. Die bestehenden gesetzlichen Formulierungen im BetrVG, die Zuständigkeiten für Umweltpolitik, Chancengleichheit oder die Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit vermuten lassen, sind missverständlich und daher nicht rechtssicher anwendbar. Sie sind daher wieder aufzuheben.

Die Betriebe müssen von bestehenden bürokratischen Überregulierungen entlastet werden. Die Kommission will an dieser Stelle nur beispielhaft einige der dringendsten Handlungsfelder benennen:

- Betriebsänderungen werden durch die bestehenden Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung verkompliziert: Sowohl die mögliche Hinzuziehung eines externen Beraters ohne Rücksprache mit dem Arbeitgeber als auch die Vorschrift zum Nachteilsausgleich bei unterlassenen Versuch eines Interessenausgleichs führen zu Konflikten, großer Rechtsunsicherheit und erneut höheren Kosten.
- Das Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren muss deutlich beschleunigt werden. Muss der Arbeitgeber die betriebliche Tätigkeit einschränken, führen Verzögerungen häufig zur Gefährdung weiterer Arbeitsplätze.
- Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ermittlung des Berufsbildungsbedarfs durch eine Soll-Ist-Analyse und das Mitbestimmungsrecht für den Betriebsrat hinsichtlich der Einführung von

Weiterbildungs- und Schulungsmöglichkeiten von Mitarbeitern sind zeit- und kostenintensiv, ohne einen wirklichen Beitrag zu einer sinnvollen Strukturierung der Weiterbildungssituation im Betrieb zu liefern. Während das Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung von Weiterbildungs- und Schulungsmaßnahmen sinnvoll sein kann, führt ein Initiativrecht bezüglich ihrer Einführung zu unnötigen Verzögerungen und zusätzlichen Kosten.

- Die Mitbestimmung über Modalitäten der Lohnzahlung (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG) ist in Zeiten des bargeldlosen Zahlungsverkehrs vollkommen überflüssig.
- Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht nur auf die Arbeitszeit, sondern damit auch auf die Betriebsnutzungs- bzw. Ladenöffnungszeit. Diese systemwidrige Erweiterung auf wirtschaftliche Angelegenheiten muss korrigiert werden.
- Die Mitbestimmung bei der Anordnung von Mehrarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) muss um eine Regelung für Eilfälle ergänzt werden. Danach muss Mehrarbeit auch ohne Zustimmung des Betriebsrats angeordnet werden können, wenn dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist, der Betriebsrat seine Zustimmung aber nicht rechtzeitig erteilt. Gerade die Mitbestimmung bei Mehrarbeit ist der häufigste Grund für sachwidrige Koppelungsgeschäfte!
- Auch die Regelung, in Betrieben mit mehr als 100 Beschäftigten Vorschläge des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung nur schriftlich ablehnen zu können, ist zu bürokratisch. Der Betriebsrat soll selbstverständlich Vorschläge zur Beschäftigungssicherung unterbreiten und mit dem Arbeitgeber erörtern können, ein bürokratisches Verfahren ist aber überflüssig.

- Das Mitbestimmungsrecht über die Grundsätze der Durchführung von Gruppenarbeit in § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG beeinträchtigt das Zusammenwirken zwischen Arbeitgeber und Arbeitsgruppen, schränkt die Gruppenautonomie ein und behindert innovative Entwicklungen sowie den Ausbau von Wettbewerbsvorteilen durch moderne Arbeitsmethoden. Es sollte deshalb abgeschafft werden.
- Für die Entgeltmitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG) ist klarzustellen, dass die Mitbestimmung nicht die Wahl des Vergütungssystems umfasst und der Betriebsrat insbesondere keinen Leistungslohn erzwingen kann. Außerdem sollte klargestellt werden, dass moderne Entgeltsysteme mit Zielvereinbarung und Beurteilung nicht in der Entgelthöhe mitbestimmt sind.
- Das Mitbestimmungsrecht bei technischen Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) muss auf seinen ursprünglichen Regelungsgehalt zurückgeführt werden. Eine Mitbestimmung des Betriebsrats darf nur solche technischen Einrichtungen betreffen, die subjektiv dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer gezielt zu überwachen. Bei allen anderen technischen Einrichtungen ist ein Informationsrecht des Betriebsrats zweckmäßig und ausreichend.
- Die Mitbestimmung im Rahmen des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) entwickelt sich in der Rechtsprechung zu einer gefährlichen Generalklausel. Die Konkretisierung von Arbeitsschutzvorgaben ist nicht Sache des Betriebsrats. Sie ist Aufgabe der Berufsgenossenschaft, die hierfür auch arbeitstechnisch und -medizinisch qualifiziert ist. Der Betriebsrat kann die Interessen der Belegschaft schon jetzt durch seinen Kontakt zur Berufsgenossenschaft (§ 89 BetrVG) wahren. Mehrfache Bürokratie ist nicht sinnvoll und kann zu sachwidrigen Koppelungsgeschäften führen.

Für die hier beispielhaft genannten Rechte des Betriebsrats gilt: Der Betriebsrat kann auf diesen Gebieten selbstverständlich weiter tätig sein

und sämtliche Fragen vertrauensvoll mit dem Arbeitgeber erörtern. Die Kommission wendet sich aber gegen die gesetzliche Vielzahl von Überregulierungen und bürokratischen Verfahren, die in Einigungsstellenverfahren münden, obwohl dies nicht erforderlich ist. Die Betriebe und Belegschaften benötigen eine schlanke, flexible und schnelle Betriebsverfassung, die den Anforderungen einer globalisierten Wirtschaft genügt und insbesondere den Mittelstand entlastet.

## **6. Wachsende Zuständigkeit der Betriebsräte bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen**

Die moderne Wirtschafts- und Arbeitswelt erfordert eine weitgehende Dezentralisierung und praxisnahe Gestaltung der Arbeitsbeziehungen. Die Tarifpartner haben in den Tarifverträgen den Betriebspartnern deshalb zunehmend durch entsprechende Öffnungsklauseln Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Dieser Prozess muss sich nach Auffassung der Kommission fortsetzen und wird sich erweitern.

Nach Auffassung der Kommission werden die Tarifautonomie und der Branchentarifvertrag nur eine Zukunft haben, wenn die betrieblichen Gestaltungsspielräume erweitert werden. Dezentrale und subsidiäre Regelungen erfordern daher ein verantwortungsvolles Zusammenwirken zwischen Arbeitgeber und Betriebsräten. Dazu gehört auch, auf betrieblicher Ebene betriebliche Bündnisse für Arbeit zur Sicherung und zum Ausbau von Beschäftigung zu ermöglichen. Durch tarifvertragliche Regelungen und eine klarstellende Erweiterung des Günstigkeitsprinzips im Tarifvertragsgesetz werden faktisch die Kompetenzen und Zuständigkeiten der Betriebspartner erweitert. Damit erhält die betriebliche Mitbestimmung einen zusätzlichen Stellenwert. Die Rolle der betrieblichen Mitbestimmung wird dadurch in ihrer Bedeutung gestärkt.

Die Kommission lehnt aber entschieden und geschlossen alle Überlegungen ab, die darauf hinauslaufen würden, den Betriebsräten faktisch die Stellung einer Gewerkschaft bei der Aushandlung von Arbeitsbedin-

gungen zu geben. Gerade das vertrauensvolle Zusammenwirken zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfordert, dass Tarifkonflikte aus dieser Beziehung herausgehalten werden. Den Betriebspartnern größere Gestaltungsspielräume bei den Arbeitsbeziehungen einzuräumen, heißt daher nicht, sie an die Stelle der Tarifvertragsparteien zu setzen.

Eine zukunftssträchtige Tarifautonomie wird allerdings zahlreiche Fragen, die heute noch in Branchentarifverträgen geregelt werden, künftig den Betriebspartnern zur Regelung überlassen müssen. Genau darin liegt die faktische Erweiterung einer modernen betrieblichen Mitbestimmung.

**Mitglieder der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI**

Vorsitzender der Kommission:  
Dr. Reinhard Göhner,  
Hauptgeschäftsführer und Mitglied des Präsidiums der BDA

Sabine Arnold,  
Geschäftsführerin des Arbeitgeberverbandes Stahl e.V.

Thomas Bade,  
Hauptverband des Deutschen Einzelhandels. e.V.

Peter Barz,  
Aufsichtsratsvorsitzender Unilever Bestfoods Deutschland GmbH, Vorstandsvorsitzender der Arbeitgebervereinigung Nahrung und Genuss e.V., Mitglied des Präsidiums der BDA

Dr. Wolf-Rüdiger Baumann,  
Hauptgeschäftsführer des Gesamtverbands der Deutschen Textil- und Modeindustrie e.V.

Volker Becher,  
Hauptgeschäftsführer des Arbeitgeberverbandes Stahl e.V.

Dr. Thomas Becker,  
Leiter Außenwirtschaft des Verbandes der Automobilindustrie e.V.

Gerd Benrath,  
Hauptgeschäftsführer des Arbeitgeberverbandes des privaten Bankgewerbes e.V.

Anton F. Börner,  
Präsident des Bundesverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V., Mitglied des Präsidiums der BDA

Klaus Bräunig,  
Mitglied der Hauptgeschäftsführung und Beauftragter für Mittelstandsfragen des BDI

Dr. Ulrich Brocker,  
Hauptgeschäftsführer Südwestmetall - Verband der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. und der Landesvereinigung Baden-Württembergischer Arbeitgeberverbände e.V.

Dr. Arne Brockhoff,  
Geschäftsführer des Kalivereins e.V.

Dr. Hans Werner Busch,  
Hauptgeschäftsführer des Gesamtverbandes der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e.V.

Dr. Hansjörg Döpp,  
Hauptgeschäftsführer Metall NRW - Verband der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen e.V. und der Landesvereinigung der Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen e.V.

Goetz von Engelbrechten,  
Aufsichtsratsmitglied Nordzucker AG, Präsident der Unternehmerverbände Niedersachsen e.V., Mitglied des Präsidiums der BDA,

Volker Fasbender,  
Hauptgeschäftsführer Hessen Metall - Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e.V. und der Landesvereinigung der hessischen Unternehmerverbände e.V.

Hartmut Fiedler,  
Geschäftsführer Wirtschaftspolitik der Vereinigung der Sächsischen Wirtschaft e.V.

Hans Paul Frey,  
Hauptgeschäftsführer des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie e.V.

Dr. Manfred Gentz,  
Vorstandsmitglied DaimlerChrysler AG, Vizepräsident der BDA

Wolfgang Goos,  
Geschäftsführer des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie e.V.

Dipl.-Wirtsch.-Ing. Gotthard Grass,  
Hauptgeschäftsführer des Zentralverbands Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V.

Monika Guder,  
Geschäftsführerin des Unternehmerverbandes Ruhr-Niederrhein e.V.

Dipl.-Oec. Heinz-Peter Gussenstätter,  
Leiter Human Resources der Carl Zeiss Jena GmbH

Jörg Hagmaier,  
Villeroy & Boch AG, Vorsitzender des Arbeitgeberverbands der Keramischen Fliesenindustrie e.V.

Rouben Halajian,  
Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen e.V.

Alexander Hennemann  
Syndicus Verband der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie, München, München

Professor Dr. Martin Henssler,  
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschafts-  
rechts der Universität zu Köln

Dr. Tessen von Heydebreck,  
Vorstandsmitglied der Deutschen Bank AG, Vizepräsident der BDA

Dr. Fritz-Heinz Himmelreich,  
Außerordentliches Präsidialmitglied der BDA

Prof. Dr. Peter Hommelhoff  
Rektor der Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg; Mitdirektor des dortigen  
Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirt-  
schaftsrecht,

Dr. Sebastian Hopfner  
Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland

Prof. Dr. Abbo Junker,  
Vorstand des Instituts für Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Dr. Jochen F. Kirchhoff  
Vorsitzender der Geschäftsleitung der Kirchhoff Gruppe, Mitglied des  
Präsidiums der BDA e.V.

Dr. Heinrich Klosterkemper  
WTS Aktiengesellschaft

Ulrich Krichel,  
Gesamtverband der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e.V.

Helge Martin Krollmann,  
Hauptgeschäftsführer des Gesamtverbands der Deutschen Textil- und  
Modeindustrie e.V.

Martin Kunkel,  
Wirtschaftsvereinigung Stahl

Dr. Thomas Lask,  
Justiziar, Kennametal Hertel AG

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann  
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der Tarifgemeinschaft Techni-  
scher Überwachungs-Vereine e.V.

Dr. Joachim Lemppenau,  
Vorstandsvorsitzender der Volksfürsorge Versicherungsgruppe, Mitglied  
des Präsidiums der BDA, Vorsitzender des Arbeitgeberverbands der  
Versicherungsunternehmen in Deutschland

Joachim Malter,  
Stellvertretender Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Saarländischen Unternehmensverbände

Rainer Marschus,  
Leiter Abteilung Koordination Tarifpolitik, METRO AG

Prof. Dr. Hanno Merkt,  
Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht,  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Frank Meyer,  
Leiter Abteilung Arbeitsrecht, Mobilitäts- und Sozialpolitik, Airbus  
Deutschland GmbH

Rolf Meyer,  
Geschäftsführer der Sennheiser electronic GmbH & Co. KG

Dr. Heinz-Willi Mölders,  
Leiter Abteilung Personalmanagement Konzern, RWE AG

Wolf Müller,  
Geschäftsführer der Sozialpolitischen Arbeitsgemeinschaft Steine und  
Erden

Dr. Horst-Udo Niedenhoff,  
Institut der Deutschen Wirtschaft Köln

Dr. Arend Oetker,  
Geschäftsführender Gesellschafter der Dr. Arend Oetker Holding GmbH  
& Co. KG, Mitglied der Präsidien von BDA und BDI

Georg Pepping,  
Deutsche Telekom AG

Gerhard Pietsch,  
Mahle GmbH

Burkhardt Pröttsch,  
Deutsche Telekom AG

Prof. Dr. Volker Rieble,  
Direktor des Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Ludwig-  
Maximilians-Universität München

Randolf Rodenstock,  
Aufsichtsratsvorsitzender der Rodenstock GmbH, Präsident der Vereini-  
gung der Bayerischen Wirtschaft, Vorsitzender des Verbands der Bayeri-  
schen Metall- und Elektroindustrie, Mitglied der Präsidien von BDA und  
BDI

Matthias Rohrmann,  
Mitglied des Aufsichtsrats der EmPowerTec AG München; Arbeitgeber-  
verband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister e.V.

Dr. Franz-Josef Rose,  
Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e.V.

Prof. em. Dr. Bernd Rüthers,  
Universität Konstanz

Burkhard Schaffeld,  
Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V.

Thomas Scheidler,  
Flughafen München GmbH

Dr. Bernd Schiefer,  
Geschäftsführer Allgemeines Recht und Arbeitsrecht, Landesvereinigung  
der Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen e.V.

Dr. Rainer Sieg,  
Siemens AG, München

Werner Simon,  
Hauptgeschäftsführer Pfalzmetall – Verband der Metall- und Elektroin-  
dustrie Rheinland-Pfalz e.V. und der Landesvereinigung der Unterneh-  
merverbände Rheinland-Pfalz

Ekkehard Spieler,  
DaimlerChrysler AG

Ralf Stemmer,  
Mitglied des Vorstands der Deutschen Postbank AG, Geschäftsführender  
Vorsitzender der Sozialpolitischen Arbeitsgemeinschaft KEP- und Post-  
dienste e.V.

Dr. Juliane Wiemerslage,  
Geschäftsführerin Personal, IBM Deutschland GmbH

Dr. Hans-Dietrich Winkhaus,  
Mitglied Gesellschafterausschuss, Henkel KGaA, Mitglied der Präsidien  
von BDA und BDI, Präsident des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln

Rüdiger Winkler,  
Generalbevollmächtigter Personal und Recht, REWE Zentral AG

Anton Wirmer,  
Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhan-  
dels e.V.

Dr. Jobst Wolter,  
Chefsyndikus, Nestlé Deutschland AG

Dr. Michael Worzalla,  
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Arbeitgeberverbands der  
Wohnungs- und Immobilienwirtschaft e.V.

Hans-Werner Zander,  
Geschäftsführer Südwestmetall Verband der Metall- und Elektroindustrie  
Baden-Württemberg e.V.

Prof. em. Dr. Wolfgang Zöllner,  
Eberhard-Karls-Universität Tübingen