

Professor Dr. Volker Rieble, München

Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen*



Der Deutsche Juristentag (DJT) hat (etwas spät) die Unternehmensmitbestimmung als Thema entdeckt. Der Beitrag nimmt kritisch zu dem Gutachten von Thomas Raiser Stellung. Es ist zaghaft und konsensorientiert – hat aber eben drum Aussichten auf Mehrheiten. Je zaghafter freilich die deutsche Mitbestimmungsreform ausfällt, desto eher werden die Unternehmen auf die gegenüber der deutschen Mitbestimmung nachgerade moderne *Societas Europaea* (SE) und das Gesetz über die Gründung der Europäischen Gesellschaft (SEBG) ausweichen.

I. Unternehmensmitbestimmung in der Diskussion

Die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz (im Folgenden: MitBestG) 1976 steht seit ihrer Einführung in der Kritik – und dies zu Recht: Es handelt sich um den Versuch, die Vorstufe einer „neuen Wirtschaftsordnung“ einzuführen, dementsprechend wolkig sind die rechtsdogmatischen Rechtfertigungsversuche ausgefallen. Wolkig bis nebulös ist seinerzeit auch das Mitbestimmungsurteil des *BVerfG* ausgefallen¹ – so hat es nur einen vorläufigen Rechtsfrieden schaffen, im Kern aber nie überzeugen können. Inzwischen haben sich die Rahmenbedingungen geändert:

- Weil die intellektuelle Leuchtkraft der 70er Jahre nachgelassen hat²,
- weil Wiedervereinigung, Zusammenbruch der Planwirtschaft und vor allem das Scheitern der Gewerkschaftsunternehmen in der Gemeinwirtschaft (von *coop* über Neue Heimat bis zur Volksfürsorge und der Bank für Gemeinwirtschaft) einen „Dritten Weg“ der Wirtschaftsdemokratie (*Naphtali*) im Sinne einer über die Mitbestimmung gemeinwohlgeleiteten Wirtschaft als abwegig erscheinen lassen,
- weil das deutsche Mitbestimmungsrecht international einen Sonderweg darstellt („Solitär, aber kein Edelstein“³) und
- weil Globalisierung und corporate governance die Mitbestimmung zu einem Wettbewerbsfaktor machen und die Deutschland AG als verflochtene konsensorientierte Abschottung im internationalen Wettbewerb abstirbt,

muss wieder über Mitbestimmung nachgedacht werden. Den Anfang haben Böckler- und Bertelsmannstiftung gemacht – in Zusammenarbeit mit dem Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung (*Streeck*)⁴. Es folgte das Berliner Netzwerk Corporate Governance⁵ und das Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht⁶ und eine gemeinsame Kommission von bda und bdi zur Mitbestimmung⁷. Die große Koalition hat die von rot-grün bestellte „zweite“ *Biedenkopf*-Kommission (zugleich ein Beitrag zum Thema lebenslanges Arbeiten) belassen, um den Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung festzustellen⁸. *Oetker* hat den Diskussionsstand eingehend geschildert⁹ – *Henssler* den materialen Reformdruck aus der Mitbestimmung in der SE eindringlich dargelegt¹⁰. 2006 sind zudem intensive Kommentierungen zu Mitbestimmungsgesetzen erschienen, deren Studium den Reformdruck augenscheinlich macht¹¹. Die Bitburger Gespräche 2006 konzentrierten sich gleichfalls auf die Mitbestimmung¹². So möchte man meinen, dass das Thema erschöpft sei. Es ist zwar alles gesagt, aber noch nicht von jedem. Deshalb nimmt sich nun auch der DJT der Frage an: *Thomas Raiser* hat das Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag im September in Stuttgart vorgelegt. Ihm geht der Beitrag nach.

II. Raisers Konzept

1. Der Befund Raisers

Das Gutachten von *Raiser* analysiert in seinem ersten Teil die Grundlagen der Mitbestimmung – von der Geschichte über das derzeitige Gesetzes-„System“, verfassungsrechtliche und europarechtliche Grundlagen über den Rechtsvergleich bis zu den Folgewirkungen (wobei *Raiser* im Wesentlichen die Kommission Mitbestimmung von *Bertelsmann* und *Böckler* referiert, die ihrerseits die Mitbestimmung vor allem mit freundlichen Augen betrachtet) und den Reformforderungen. All dies enthält nichts Neues, sondern ist letztlich ein Bericht über den Stand der Dinge, der mit wohlthuend wenig Literaturnachweisen auskommt. Wer es genauer und belegstellenreicher wissen will, sei auf *Oetker* (RdA 2005, 337) verwiesen.

Die zentrale Grundsatzfrage, wozu Mitbestimmung im Unternehmen eigentlich „da ist“ und in welchem Verhältnis sie zur betrieblichen Mitbestimmung vor allem in wirtschaftlichen Angelegenheiten steht, bleibt ausgeklammert. Insofern werden nur die altbekannten Großgeschütze Demokratie und Sozialstaat aufgefahren, deren argumentativer Vorteil einmal darin liegt, dass sie als Generalklausel letztlich jeden sozialen Wunsch erfüllen können und zum zweiten darin, dass man mit Hilfe solcher Wieselworte (*von Hayek*) Kritiker ersticken möchte: Wer gegen die Mitbestimmung ist, erweist sich als undemokratisch oder unsozial, jedenfalls als jemand, der außerhalb des gesamtgesellschaftlichen Konsenses steht und sich dem von *Raiser* betonten Symbolgehalt der Mitbestimmung verweigert (Gutachten B 71 f.)¹³. Der Nachteil argumentativer Großgeschütze liegt auf der Hand: Sie treffen nicht zielgenau¹⁴, sondern richten Kollateralschäden

* Der Autor ist Professor an der Ludwigs-Maximilians Universität in München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) in München.

- 1 Treffend die rechtshistorische Analyse von *Nörr*, ZfA 2006, 117.
- 2 *Junker*, NJW 2004, 728.
- 3 Trefflich *Junker*, NJW 1976, 730; instruktiv die vergleichende Analyse von *Rebbahn*, in: *Rieble* (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 42; auch *Junker*, ZfA 2005, 211, sowie *Baums/Ulmer* (Hrsg.), ZHR Beiheft 72 (2004), S. passim.
- 4 Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven (Bericht der Kommission Mitbestimmung, 1998).
- 5 Berliner Netzwerk Corporate Governance, AG 2004, 200.
- 6 *Rieble*, in: *ders.* (o. Fußn. 3).
- 7 BDA/BDI (Hrsg.), Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004, der Verf. hat dieser Kommission angehört.
- 8 Koalitionsvertrag der CDU/CSU/SPD-Koalition, S. 38 (www.cducsu.de/upload/koavertrag0509.pdf, abgerufen am 5. 7. 2006).
- 9 *Oetker*, RdA 2005, 337.
- 10 *Henssler*, RdA 2005, 330.
- 11 Vor allem: *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestimmungsR, 2. Aufl. (2006), und die Kommentierung zum SEBG von *Jacobs*, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. (2006).
- 12 Der Tagungsband erscheint demnächst: Stiftung für Rechtspolitik (Hrsg.), Mitbestimmung im Unternehmen, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, mit Beiträgen von *Rüthers*, *Weiss*, *Löwisch*, *Gentz*, *Rieble*, *Dieterich*, *Junker*, *Henssler*, *Köstler*, *Franz*, *Hexel*, *di Fabio*, *Göhner*.
- 13 Ähnlich *Oetker*, RdA 2005, 337 (344): Mitbestimmungsreform nur mit den Gewerkschaften und nicht gegen sie.
- 14 Zur verfassungsrechtlichen Sicht auf die Unternehmensmitbestimmung prägnant *di Fabio*, Neue verfassungsrechtliche Aspekte der Mitbestimmung? (o. Fußn. 12), der eine „Tendenz zum allmählichen Abschied von der korporativen und organischen Verfassungsinterpretation und deutlicheren Hinwendung zu einem klassisch individualrechtlichen Verständnis“ konstatiert und insbesondere jedes Verfassungsgebot zur Mitbestimmung aus dem Sozialstaatsprinzip ablehnt.

an. Und so bleibt die Mitbestimmung wie *Raiser* sie skizziert so diffus als wie zuvor – beladen mit Sozialsymbolik.

2. Gegenposition

Meine Gegenposition lautet: Auch die Unternehmensmitbestimmung dient – wie die betriebliche – ausschließlich dem konkreten Teilhabegedanken, wie ihn *Wiese* für die Betriebsverfassung exemplifiziert hat¹⁵. Arbeitnehmer-Teilhabe an Entscheidungen ist ein deutlich konkreterer telos als Demokratie oder Sozialstaat; vor allem lassen sich mit ihm nicht nur Dysfunktionalitäten, sondern auch Systembrüche aufdecken. Insofern hilft es nicht weiter, wenn *Raiser* eine „Doppelfunktion“ der Unternehmensmitbestimmung aus Überwachung der Unternehmensleitung und Arbeitnehmerrepräsentation behauptet (These 2, ohne Rückhalt in der zitierten Gutachtenstelle Teil I I 3). Woher rührt die Überwachungsfunktion der Belegschaft? Was überwacht sie und weshalb? Und worauf ist die nebulöse Repräsentation gerichtet: auf Überwachung oder auf Teilhabe an der Unternehmensführung? Und wie verträgt es sich mit der Repräsentationsfunktion, dass Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse verpflichtet sind – und (wenigstens theoretisch) konfligierende Belegschafts- oder Gewerkschaftsinteressen zurückstehen müssen? Das Gutachten verweigert sich also der Corporate Governance Diskussion. Dass die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex¹⁶ (unter Leitung von *Cromme*) die Mitbestimmungsfrage ignoriert, liegt daran, dass sie aus dem Regierungsauftrag bewusst ausgeblendet war. Für die Wissenschaft ist dies kein Hinderungsgrund. Gute Unternehmensführung steht in einem Konflikt zur Unternehmensmitbestimmung¹⁷, weswegen die Unternehmensverfassung insofern einer wechselseitigen Optimierung bedarf¹⁸.

Das Gutachten von *Raiser* ordnet die Mitbestimmungsfragen in erster Linie funktional. Es wird also gefragt, wie das deutsche System der Mitbestimmung funktionsfähiger (und damit „ökonomisch wünschenswert“, B 67) gemacht werden kann. Freilich: Konsensstreben verhindert – wie unsere „gelähmte“ Große Koalition jeden Tag zeigt, vom Gesundheitswesen bis zum Steuerrecht – konzeptorientierte Neuerung. Konsensstreben heißt auch: programmatische Mutlosigkeit. Dementsprechend fallen *Raisers* Vorschläge aus meiner Sicht mutlos aus: Soviel Konservierung des deutschen Systems als möglich und Modifikation nur insoweit, als die Europäische Mitbestimmungsordnung mit ihrer grundsätzlichen Entscheidung für das Verhandlungsmodell dies gebieten. Das ist für ein Juristentagsgutachten, das seinerseits (Abstimmungs-)Konsens erzielen will und muss, die richtige Strategie. Auch dabei kommt schon Einiges heraus:

- Verhandlungslösung nach dem Vorbild der SE mit gesetzlicher Auffangregelung, die die Dualität zwischen Parität und Drittelbeteiligung aufrechterhält (B 76 ff.); Abschaffung der systemwidrigen Montanmitbestimmung (B 79).
- Überlegungen zur Größenreduktion des Aufsichtsrats (B 89 ff.), die die vom DGB postulierte diffuse Repräsentationsfunktion für eher große Gremien zu Recht zurückweist. *Raiser* spricht sich für mindestens zehn Mitglieder aus und will im Übrigen die Hauptversammlung entscheiden lassen – in unausgesprochener Parallele zur SE, in der die Aufsichtsratsgröße nicht verhandelt wird, sondern nur der Anteil der Arbeitnehmervertreter.
- Verzicht auf eine gesetzlich vorgegebene Struktur der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat – also *Aufgabe der Sitzplatzreservierung für Gewerkschaftsvertreter*, aber passives Wahlrecht (B 95 ff., 100 f.). Der Leitende im Mit-

bestG sei eine Frage, die sich nicht stellt (B 103). Letzteres ist unrichtig, weil jede Form der Sitzplatzreservierung sich nur schwer mit der anteiligen Repräsentation der ausländischen Belegschaften verträgt¹⁹: Welche nationale Belegschaft stellt den Leitenden? Wird er auf die Anzahl der Belegschaftsvertreter aus diesem Land angerechnet²⁰?

- Hinsichtlich der breit ausgeführten Rolle der Gewerkschaften ignoriert *Raiser* entscheidende Gesichtspunkte: *Gewerkschaftsmacht in der Mitbestimmung* resultiert auch aus der mehrheitsverstärkenden Delegiertenwahl („demokratisch“ ist allein die unmittelbare Wahl; dem Mitbestimmungsgedanken entspricht eine Verstärkung des Individualwahlrechts durch Kumulieren und Panaschieren – um nach kollektiven, insbesondere gewerkschaftlichen Interessen festgelegte Listen „sprengen“ zu können) und aus den womöglich verfassungswidrigen hohen Quoren²¹ für Wahlvorschläge, schließlich daraus, dass nach der verfehlten „Solidaritäts-Rechtsprechung“ des *BVerfG* zu § 20 BetrVG ein Arbeitnehmer aus der Gewerkschaft ausgeschlossen werden kann, wenn er auf einer gewerkschaftsfremden Liste kandidiert²². Im Übrigen bleibt die *Rolle der ausländischen Gewerkschaften* ungeklärt.
- *Verhandlungsgremium* der (internationalen) Belegschaft (B 81 ff.) – ebenfalls *ohne reservierte Gewerkschaftsplätze* (B 84, B 98 ff.); Absage an eine tarifliche (und womöglich erstreikbare) Unternehmensverfassung (B 71, freilich ohne nähere Begründung).
- *Effektuiierung der monistischen Unternehmensstruktur* durch Beschränkung der Arbeitnehmerrepräsentation im Verwaltungsrat, um zu verhindern, dass die Arbeitnehmerbank unmittelbaren Zugriff auf die Unternehmensführung nimmt (B 109 f.). Hierbei bleibt *Raiser* ein Modell schuldig; auch nimmt er (nur) hier grundlegende Fragen der Unabhängigkeit der Unternehmensführung auf, die anderswo fehlen. Hier hülfe nur eine Inkompatibilitätsregelung, die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat von Geschäftsführungsaufgaben schlechterdings ausschließt – sonst gerät die Regelung verfassungswidrig²³.
- *Einbindung der ausländischen Belegschaften* deutscher Unternehmen und Konzerne (B 94 f.), wobei freilich im Dunkeln bleibt, wie dieses Wahlrecht zivilrechtstechnisch auszugestalten ist, um die international-privatrechtlichen Hindernisse zu überwinden.

Verdienstvoll ist das Gutachten vor allem mit Blick auf die Details der Verhandlungslösung.

15 *Wiese*, ZfA 2000, 117.

16 www.corporate-governance-code.de/index.html, abgerufen am 5. 7. 2006.

17 Eingehend *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, 2006, ZAAR-Schriftenreihe Nr. 6 (erscheint demnächst); v. *Werder*, AG 2004, 166.

18 Dazu *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 11), Einl. MitBestG Rdnrn. 70 ff.

19 Schon *Rieble*, in: *ders.* (o. Fußn. 3), S. 40.

20 Beispiel: Von fünf Arbeitnehmervertretern kommen zwei aus Deutschland, zwei aus Frankreich und einer aus Italien – dann bedeutet ein Leitender aus Deutschland als Sitzland im Fall der Anrechnung, dass nur ein „normaler“ Arbeitnehmervertreter hinzukommt. Lässt man den Leitenden außen vor, kann das bedeuten, dass Deutschland überrepräsentiert wird.

21 Zur Diskussion *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 11), § 15 MitbestG Rdnrn. 41 ff.

22 *BVerfGE* 100, 214 = NJW 1999, 2657 = NZA 1999, 713 = AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972; *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 11), § 20 MitbestG Rdnrn. 30 f., meinen optimistisch, dies sei auf Wahlen in der Unternehmensmitbestimmung nicht übertragbar.

23 Klar *Jacobs*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 11), § 35 Rdnrn. 16 ff. für die monistische SE.

Was aber fehlt?

- Ein einheitliches „mittleres“ Mitbestimmungsstatut als Auffanglösung (das kann nur die Drittelbeteiligung für alle Unternehmen ab 500 oder 1000 Arbeitnehmern sein); *Raiser* will demgegenüber an der gestuften Mitbestimmung festhalten und diese zur Auffanglösung erklären (B 75 ff.).
- Öffnung der Verhandlungslösung für eine *freiwillige Unternehmensmitbestimmung* in Unternehmen unterhalb des Schwellenwertes und für die ausgenommenen Tendenzunternehmen.
- Eine *Obergrenze*, die die „Über-Mitbestimmung“²⁴ verhindert: Vetorechte der Arbeitnehmerbank darf es nicht geben, weil das systemwidrig Koppelungsgeschäfte provoziert und die unternehmerische Führungsverantwortung beseitigt. Das im MitbestG angelegte strukturelle Letztentscheidungsrecht der Anteilseigner ist das gebotene Konfliktlösungsmittel.
- Konkrete Begrenzung der Mitbestimmung mit Blick auf das Tarif- und Arbeitskampsystem, um dort die Gegnerfreiheit zu erhalten (keine Entscheidung und erst recht keine Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats über Verbandsmitgliedschaft und Kampfgeschehen); angemessene Konfliktlösung für anderweitige Interessenkonflikte. Dass die Arbeitnehmer im Wahlakt über Gewerkschaftsvertreter entscheiden (B 102), entschärft doch den später eintretenden Interessenkonflikt gerade nicht (so aber B 106). Wenigstens ein Stimmrechtsausschluss nach dem Vorschlag von *Hanau/Wackerbarth*²⁵ muss her.
- Der systemwidrige Einfluss der Arbeitnehmerbank auf den Vorstand der AG und damit auf die eigentliche Arbeitgeberfunktion durch § 27 I MitbestG (Zwei-Drittel-Mehrheit im ersten Wahlgang) muss auch in der Auffanglösung beendet werden – entweder durch eine generelle Beschränkung der Auffanglösung auf eine Drittelbeteiligung (die *Raiser* dezent für den monistischen Verwaltungsrat anklingen lässt, B 110) oder aber durch eine Inkompatibilitätsklausel, die Arbeitnehmervertreter von der Bestimmung der Geschäftsführer ausschließt²⁶.
- *Anpassungsregeln* der Mitbestimmungsvereinbarung für künftige Strukturänderungen der mitbestimmten Gesellschaft: Zwar will *Raiser* richtig eine Kündbarkeit entsprechend der (derzeit vierjährigen) Amtsperiode des Aufsichtsrats (B 89). Doch sagt er nicht, welche Konfliktlösung greift, insbesondere welche Auffanglösung einschlägig sein soll, wenn Neuverhandlungen scheitern: die ursprüngliche Auffanglösung vor Abschluss der ersten Mitbestimmungsvereinbarung, die bisherige vertragliche Regelung (nach Art einer Nachwirkung) oder der hypothetische Besitzstand nach dem derzeitigen Zuschnitt des Unternehmens. *Verfasser* sagt auch nicht, wem das Kündigungsrecht zustehen soll.
- Eine Auseinandersetzung mit den gewerkschaftlichen Honorarabführungspflichten für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die das Amt contra legem zum Ehrenamt machen und der Professionalisierung zuwiderlaufen, fehlt. Mit dem Verzicht auf reservierte Gewerkschaftsplätze ist diese Frage nicht ausgeräumt.
- Notwendig ist vielmehr eine *Urabstimmung* der Belegschaft oder eine *Mindestwahlbeteiligung*, damit nicht gegen den Willen einer qualifizierten Mehrheit der Arbeitnehmer (etwa 75%) eine legitimationslose Zwangsrepräsentation erfolgt²⁷. Die Urabstimmung spricht *Raiser* immerhin als erwägenswert an (B 71); dass ein Verhandlungsgremium „demokratisch breit legitimiert“ ist, könnte man bei Wahlbeteiligungen von weniger als 30% nur schwer behaupten. Insofern zeigt sich die Grund-

schwäche der Diskussion: Mitbestimmung ist etwas grundlegend anderes als Demokratie. Auf einen mitbestimmten Aufsichtsrat kann man verzichten, auf ein gewähltes Staatsorgan aber nicht. Und nur deswegen reichen bei staatlichen Wahlen auch geringe Wahlbeteiligungen aus – um Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

- Eine Überlegung zur Doppelung der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die insbesondere dazu führt, dass ein und dieselbe Frage im Aufsichtsrat, im Wirtschaftsausschuss und im (Konzern- oder Gesamt-)Betriebsrat und womöglich noch im SE-Betriebsrat/Europäischen Betriebsrat zu beraten ist, wird nicht angesprochen. Das ist nicht nur bürokratisch und (zeit-)aufwändig, sondern stört auch das Verhandlungsgleichgewicht in Mitbestimmungsfragen, weil die Vervielfachung der Ansprechpartner auf Arbeitnehmerseite ein Nachkarten erlaubt. Insofern böte es sich an, einen Vorrang der Unternehmensmitbestimmung zu postulieren: Ist eine Angelegenheit im Aufsichtsrat beraten, sind damit zugleich Informations- und Beratungsrechte aus der betrieblichen Mitbestimmung erfüllt.

III. Societas Europaea als Alternative

Das SEBG und die zu Grunde liegende Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (ABIEG Nr. L 80 v. 23. 3. 2002, S. 29) bieten schon heute eine Vereinbarungslösung mit besitzstandswahrender Auffangregelung. Das wird zwar insbesondere spiel- und verhandlungstheoretisch kritisiert (weil eine Auffanglösung nicht einseitig eine Seite begünstigen darf, sondern als default rule eine mittlere Lösung bereithalten muss) – indes bieten die Regelungen mehr als es den Anschein hat:

1. Montan-Mitbestimmung

Bislang *montanmitbestimmte Unternehmen* können diese systemwidrige Last abschütteln – weil dieser Mitbestimmungsbesitzstand nicht mit europäischem Recht vereinbar ist: Art. 42, 50 II SE-Verordnung gebieten zwingend, dass der Vorsitzende ein Anteilseignervertreter ist und dass er bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt – so dass als zwingendes Konfliktlösungsmodell auch für die Montan-SE die Letztentscheidung der Anteilseignerseite vorgesehen ist²⁸. Die Feigheit des *BVerfG*, das sich stets um eine Aussage zur Montanmitbestimmung gedrückt hat, gleitet in europarechtliche Bedeutungslosigkeit ab.

2. Paritäre Mitbestimmung

Für *derzeit paritätisch mitbestimmte Unternehmen* ist eine Minderung der Mitbestimmungsintensität (gegen den Willen des Verhandlungsgremiums) nicht in Sicht, wohl aber können sie (einseitig) eine Verkleinerung des Aufsichtsrats erreichen – und damit die Zahl der Arbeitnehmervertreter mindern, weil die Auffanglösung nur den Anteil, nicht aber die

24 Instrukтив *Klosterkemper*, in: Festschr. f. Wißmann, 2005, S. 456 ff.

25 *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit, 2004, S. 86 f.

26 Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 11), § 35 SEBG Rdnr. 4.

27 Die durchaus gefordert wird, *Rieble*, in: *ders.* (o. Fußn. 3), S. 29.

28 Sehr klar *Henssler*, RdA 2005, 336; auch *Jacobs*, in: MünchKommAktG (o. Fußn. 11), § 35 Rdnr. 15. Zur Letztentscheidung der strukturellen Anteilseignermehrheit als zwingendem Rechtsprinzip *Rieble*, Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung, in: Stiftung für Rechtspolitik (o. Fußn. 12).

absolute Zahl garantiert²⁹. Das heißt dann, dass die SE über sechs, zwölf oder 18 Aufsichtsratssitze verfügen muss, damit Parität und Teilbarkeit durch drei gewährleistet sind. Das wiederum heißt konsequent, dass Sitzreservierungen für Gewerkschaftsvertreter und den Leitenden entfallen, weil diese auf die im deutschen Recht vorgegebene Aufsichtsratsgröße aufbauen und weil anderenfalls die anteilige Repräsentation der ausländischen Belegschaften scheitert³⁰. So gesehen ermöglicht die SE auch paritätisch mitbestimmten Unternehmen eine Modifikation der Mitbestimmung. Zudem wird eine international besetzte Arbeitnehmerbank nicht einseitig Interessen deutscher Standorte verfolgen können oder gar in einem deutschen Tarifkonflikt Partei ergreifen können.

3. Drittbeteiligte Mitbestimmung

Nachgerade wunderbar ist die SE für *drittbeteiligte Unternehmen*: Sie können über die Auffanglösung die Drittelbeteiligung festschreiben – und bleiben auch dann bei dieser, wenn sie durch Wachstum oder Zukauf die 2000-Arbeitnehmer-Grenze überschreiten³¹. Das aber heißt: Der Wettbewerb der Mitbestimmungssysteme – und zwar nicht nur der nationalen, sondern gerade auch der SE –, für den sich *Raiser* in seinem Gutachten unter B 41, B 68 ausspricht, entscheidet die Mitbestimmungsfrage – und nicht der deut-

sche Gesetzgeber, dem der Zugriff auf den transnationalen Standortwettbewerb versagt ist. Die deutsche Rechtsordnung kann bescheiden wählen: Entweder ist sie Teil der Lösung oder wie bisher Teil des Problems.

IV. Schluss

Artenschutz für die deutsche Mitbestimmung als Symbol (*Raiser*) führt nicht weit. Problembären landen beim Tierpräparator. Und so steht zu erwarten, dass eine deutsche Minimalreform, die die europäische Verhandlungslösung imitiert, aber mit schärferen Restriktionen versieht, die Unternehmen dorthin treibt, wo bereits neu gedacht worden ist: in die *Societas Europaea*.

Das Gutachten zum 66. DJT beschränkt sich auf das unerlässliche Maß an Modernisierung, stellt aber kaum Systemfragen. Modern ist das nicht. Aber deswegen konsensfähig. ■

29 Dazu *Habersack*, AG 2006, 345 (347, 352f.); *Jacobs*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 11), § 35 Rdnr. 9.

30 *Jacobs*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 11), § 35 Rdnr. 9; *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 277, 306 ff.

31 Erhellend *Henssler*, RdA 2005, 333.