

Deutsche Aufsichtsratsmitbestimmung im Europäischen Kontext*

Summary

In the original treaty for the European Economic Community (EEC), social policies were solely a matter for the member states. The aim was only the common market, and in order to reach this goal, the various market freedoms (free movement of capital, free movement of goods, freedom of services, freedom of establishment, and free movement of workers) were to be anchored in the treaty and distortions of competition were to be eliminated. The community has since gotten past this early stage and re-oriented itself. In the meantime, the social dimension has been given equal weight in the treaty. This can be seen, for example, in the expansion of competencies in this area and, more recently, in Art. 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which requires the "guarantee of adequate social protection" for all European Union (EU) measures. Particularly revealing for this change is the fact that in the EU Charter of Fundamental Rights, which was made legally binding by the Lisbon Treaty, there is a separate section for basic social rights under the title "solidarity." Law-making at the European level has affected not only individual labor law in the member states with numerous minimum standards, but also the situation of collective labour law. What this means for workers' participation will be outlined in the following.

Résumé

Dans le traité d'origine instituant la Communauté économique européenne (CEE), la politique sociale revenait entièrement aux Etats. Le marché commun était la seule variable prise en considération et, afin de mettre ce marché en place, il convenait de consacrer dans le traité les différentes libertés du marché (liberté de circulation des capitaux, des marchandises, des services, liberté de s'installer dans un autre pays de la Communauté et d'y occuper un emploi) et d'écarter les entraves à la libre concurrence. Depuis lors, la Communauté a dépassé cette étape initiale et pris une nouvelle direction : désormais, la dimension sociale est elle aussi inscrite dans les traités avec la même force que les règles touchant au marché. Cette consécration se concrétise notamment par l'élargissement des compétences dont le domaine social fait l'objet, et depuis peu par l'article 9 du traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui pose l'exigence de « garantie d'une protection sociale adéquate » pour toutes les mesures prises par l'Union européenne. Le fait que la Charte des Droits fondamentaux de l'UE, rendue juridiquement contraignante par le traité de Lisbonne, contienne dans son titre « solidarité » une section propre sur les droits sociaux fondamentaux, est révélateur de ce tournant. L'activité législative au niveau européen et ses nombreux minima ont non

* Schriftliche Vortragsfassung eines in der Friedrich-Ebert-Stiftung gehaltenen Referates.

seulement exercé une influence sur le droit du travail individuel des Etats-membres, mais ont également fait sentir leurs effets sur leurs structures gérées conformément au droit collectif du travail. Les conséquences sur la question de la participation des salaires à la gestion dans les entreprises sont évoquées dans ce qui suit.

I. Die Entscheidung der Europäischen Union für das Modell der Kooperation

Die Europäische Union (EU) hat das Nebeneinander von antagonistisch auf Konflikt programmierten und eher kooperativ angelegten Systemen der Arbeitsbeziehung zu Gunsten des letzteren Modells aufgelöst und dafür mit einer Reihe von Richtlinien die Weichen gestellt. Arbeitnehmermitwirkung¹ ist so zu einem zentralen Strukturelement des europäischen Sozialmodells geworden.

Neben den Einzelfragen betreffenden Regelungen zur Information und Konsultation aus den Siebziger- und Achtzigerjahren geht es dabei vor allem um Richtlinien aus jüngster Zeit, die alle weitgreifende Auswirkungen für die Struktur der Arbeitsbeziehungen in Europa haben: die *Richtlinie über Europäische Betriebsräte*² von 1994, die *Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft*³ hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer von 2001, die *Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft*⁴ hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer von 2003, die *Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten*⁵ von 2005 und die *Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der EG*⁶ von 2002. Ob und gegebenenfalls wie die Arbeitnehmermitwirkung auch in der geplanten Richtlinie zur Privatgesellschaft zum Zug kommen wird, ist noch offen.⁷

Während die vier erstgenannten Richtlinien unternehmerische Aktivität im transnationalen Rahmen betreffen, setzt die letztgenannte Richtlinie Mindestbedingungen im

1 Zur Einschätzung dieser Richtlinien im Einzelnen vgl. *M. Weiss*, Arbeitnehmermitwirkung. Kernelement des Europäischen Sozialmodells, Industrielle Beziehungen, 2006, 5 ff.

2 Richtlinie 94/45/EG des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen vom 22. 9. 1994, ABl. 1994 L 254/64, geändert durch Richtlinie 97/74/EG vom 15. 12. 1997, ABl. 1998 L 10/20.

3 Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 8. 10. 2001, ABl. 2001 L 294/22.

4 Richtlinie 2003/72/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 22. 7. 2003, ABl. 2003 L 207/25.

5 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 26. 10. 2005, ABl. 2005 L 310/1.

6 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft vom 11. 3. 2002, ABl. 2002 L 80/29.

7 Vgl. dazu *W. Koberski*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Privatgesellschaft. Eine kritische Zwischenbilanz, RdA 2010, 207 ff.

jeweiligen nationalen Kontext der einzelnen Mitgliedstaaten der EU. Der entscheidende Durchbruch für diese Richtlinienflut zur Arbeitnehmermitwirkung wurde durch die *Richtlinie über Europäische Betriebsräte* (EBR) erzielt. Dort werden lediglich die Gegenstandsbereiche vorgegeben, über die zwischen dem auf Arbeitnehmerseite zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium und der Leitung des herrschenden Unternehmens eine Vereinbarung zu treffen ist. Nur für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen werden Mindestvorschriften vorgesehen, für die der Anhang der Richtlinie den Mitgliedstaaten relativ detaillierte Eckdaten vorgibt. Die Richtlinie bedeutet ein Abkehr von der Vorstellung, durch inhaltliche Vorgaben im Bereich der Arbeitnehmermitwirkung gemeinschaftsweit einheitliche Strukturen zu schaffen. Stattdessen setzt sie auf Vielfalt, auf die Gestaltungsphantasie der am Verfahren beteiligten Akteure und zieht lediglich die Notbremse, wenn diese Akteure versagen. Dieses flexible neue Konzept sollte auch zum Erfolgsgeheimnis für die nachfolgenden Richtlinien zur Arbeitnehmermitwirkung werden, insbesondere der Richtlinie zur Arbeitnehmermitwirkung in der Europäischen Aktiengesellschaft, der *Societas Europaea* (SE).

Die Euphorie über das Zustandekommen der *Richtlinie zu den Europäischen Betriebsräten* hat die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* ermutigt, dieses bereits tot geglaubte Projekt wieder aufzunehmen. Am deutschen und niederländischen Modell orientierte Regelungsversuche der frühen Siebzigerjahre hatten sich als ebenso unrealisierbar erwiesen wie die späteren Entwürfe, die mehrere – immer noch als zu rigide und unflexibel empfundene – Optionen offerierten.⁸ Die Kommission beauftragte im Jahre 1996 eine Expertengruppe mit der Erarbeitung eines Konzepts. Wie erwartet orientierte sich der 1997 präsentierte Vorschlag dieser nach ihrem Vorsitzenden benannten *Davignon*-Gruppe ganz am Modell der *Richtlinie über Europäische Betriebsräte*: nur eine Verhandlungsstruktur sollte vorgegeben werden und im übrigen alles den Verhandlungen überlassen bleiben. Lediglich für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen sollte ein Sicherheitsnetz eingezogen werden: mindestens ein Fünftel der Sitze sollten der Arbeitnehmerseite im mitbestimmten Unternehmensorgan garantiert werden. Um die Gefahr einer Flucht vor der Mitbestimmung auszuschließen, beschränkte der *Davignon*-Bericht die Möglichkeit der Gründung einer SE auf drei Fälle: eine gemeinsame Holding-Gesellschaft für Unternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsländern der EU, eine Verschmelzung mehrerer Unternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsländern der EU und eine gemeinsame Tochter von Unternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsländern der EU. Ausgeschlossen bleiben sollte die Umwandlung eines Unternehmens in eine SE ebenso wie die Neugründung: hier wurde die Gefahr der Flucht der Mitbestimmung als zu groß erachtet.

Das Echo auf den Bericht der *Davignon*-Gruppe war bemerkenswert positiv. Dennoch sollte sich herausstellen, dass der Weg bis zur Richtlinie noch dornenreich war. Vor allem zwei Punkte waren kontrovers: das Niveau der Arbeitnehmerbeteiligung im Falle des Scheiterns der Verhandlungen und die Konstellationen, für die die SE als Möglichkeit vorzusehen war. Was den letztgenannten Streit angeht, ging es um die Einbeziehung der Umwandlung, auf die man sich schließlich als vierte Variante einigte und gleich-

8 Zu dieser Vorgeschichte vgl. M. Weiss, Arbeitnehmermitwirkung in der Europäischen Gemeinschaft, in: F. Fahrtnmann et alii (Hrsg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung – Festschrift Stahlhacke, Neuwied 1995, 657 (667 ff.).

zeitig strenge Vorkehrungen traf, um die Gefahr einer Flucht aus der Mitbestimmung zu bannen. Schwieriger gestaltete sich die Auseinandersetzung um das zu garantierende Niveau der Arbeitnehmerbeteiligung im Falle des Scheiterns der Verhandlungen. Mitgliedstaaten mit einem höheren Anteil an Arbeitnehmervertretern – wie etwa *Deutschland* – waren wenig geneigt, sich mit einem so niedrigen Prozentsatz zufrieden zu geben. Vor allem in Fällen der Verschmelzung befürchtete man die Absenkung des im nationalen Bereich erreichten Mitbestimmungsniveaus. So scheiterte denn auch im ersten Anlauf das Richtlinienvorhaben am deutschen und österreichischen Widerstand. Allerdings gab es auch Opposition von anderer Seite: Mitgliedsländer, die eine Arbeitnehmermitwirkung in Unternehmensorganen bislang nicht eingeführt haben, mochten sich nicht damit anfreunden, nun ein Mindestmaß von einem Fünftel der Sitze an die Arbeitnehmer abtreten zu müssen. In dieser verfahrenen Situation präsentierte *Großbritannien* während seiner Präsidentschaft im ersten Halbjahr 1998 einen Kompromissvorschlag,⁹ der beiden Seiten Rechnung tragen sollte. Die magische Formel war die Perspektive des „vorher und nachher“: wenn vorher ein gewisser Prozentsatz der fusionierenden Unternehmen ein bestimmtes Mitbestimmungsniveau hatten, wird dies auch in der SE aufrecht erhalten. Wenn umgekehrt die fusionierenden Unternehmen bislang keinerlei Mitwirkung in Unternehmensorganen kannten, können sie es auch in der SE dabei belassen. Die Null-Lösung war der Preis für die Bestandsgarantie. Dieser Kompromiss hat sich letztlich durchgesetzt. Für den hier interessierenden Zusammenhang ist wichtig, dass eine SE nur eingetragen werden kann, wenn die Anforderungen der Richtlinie erfüllt sind. Dadurch wird garantiert, dass die Bestimmungen über Arbeitnehmermitwirkung nicht ignoriert werden können.

Wie bereits angedeutet, ist die Struktur der Richtlinie nahezu dieselbe wie bei der *Richtlinie über Europäische Betriebsräte*: sie sieht ein besonderes Verhandlungsgremium vor, enthält einen Katalog der in der zu schließenden Vereinbarung zu beachtenden Punkte und überlässt im Übrigen alles den Verhandlungen. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen gibt es eine Auffangregelung. Die Richtlinie gilt für alle SE, was bedeutet, dass es auf die Zahl der Arbeitnehmer nicht ankommt, sondern nur auf die Höhe des Grundkapitals (120.000 €), das Gründungsvoraussetzung ist. Die Richtlinie regelt zwei Gegenstandsbereiche, die scharf voneinander unterschieden werden müssen: zum einen Information und Konsultation und zum anderen Mitbestimmung in Unternehmensorganen. Was den Bereich der Information und Konsultation angeht, sind die Regelungen¹⁰ sehr an das angelehnt, was sich in der *Richtlinie über Europäische Betriebsräte* schon findet, deren Anwendung für die SE explizit ausgeschlossen ist.

Im hier interessierenden Kontext ist die Richtlinie von Bedeutung wegen der Vorschriften zur Mitbestimmung in Unternehmensorganen. Darunter versteht der europäische Gesetzgeber „die Einflussnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder Arbeitnehmervertreter auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen, oder die Wahrnehmung des Rechts, die

9 Abgedruckt in RdA 1998, S. 233 ff; vgl. dazu P. Hanau, neuer Anlauf zur mitbestimmten SE, RdA 1998.

10 Für einen erläuternden Überblick vgl. dazu E. Herfs-Röttgen, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358 ff.

Bestellung eines Teils der oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder des Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen und/oder abzulehnen“ (Art. 2 lit. k). Im Normalfall sind die Verhandlungspartner frei, insoweit ein System nach ihrem Gutdünken zu entwickeln. Wenn das Verhandlungsergebnis allerdings Reduktion des bestehenden Mitbestimmungsniveaus bedeutet, bedarf es im besonderen Verhandlungsgremium qualifizierter Mehrheiten, die für die einzelnen Gründungskonstellationen unterschiedlich ausgelegt sind. Nur im Falle der Umwandlung besteht kein Verhandlungsspielraum für eine Absenkung: dort muss in der Vereinbarung „in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll“ (Art. 4 Abs. 4).

Die Auffangregelung ist – wie bereits angedeutet – auf Fortführung des status quo ante angelegt. Zum Bestandsschutz bestehender Mitbestimmung kommt es allerdings nur dann, wenn vor der Gründung der SE die Mitbestimmung einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitnehmer der SE erfasst hat. Nur im dem Falle, dass in keiner der fusionierenden Gesellschaften eine Mitbestimmungsregelung bestanden hat, bedarf es ausnahmsweise keiner Vereinbarung.

Die nachfolgenden Richtlinien haben den bei der SE eingeschlagenen Weg fortgeführt. Die *Regelung der Arbeitnehmermitwirkung in der Europäischen Genossenschaft*, der *Societas Cooperativa Europaea* (SCE), führt das für die SE entwickelte Modell im wesentlichen ungebrochen fort und übernimmt für die Auffanglösung ebenfalls das Vorher-Nachher-Prinzip. Wie bei der SE ist auch bei der SCE die Arbeitnehmerzahl irrelevant. Gründungsvoraussetzung ist hier lediglich ein Grundkapital von 30.000 €.

Grundsätzlich folgt auch die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, mit der Barrieren bei transnationalen Fusionen abgebaut werden sollen, dem Modell der SE Richtlinie, auf das im übrigen ausdrücklich Bezug genommen wird. Allerdings gibt es hier einschränkende Modifikationen. Entscheidend für die Arbeitnehmermitwirkung ist nämlich erst einmal das Recht des Sitzstaates der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (Art. 16 Abs. 1). Zum Rückgriff auf das Modell der SE kommt es deshalb nur, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen: entweder muss eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen und über ein System der Arbeitnehmermitbestimmung verfügen oder das Recht des Sitzlandes bedeutet eine Absenkung des Mitbestimmungsniveaus jeweiliger an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften oder das Recht des Sitzlandes der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft räumt den Arbeitnehmern der Betriebe, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Mitbestimmung ein wie den Arbeitnehmern des Sitzstaates (Art. 16 Abs. 2). Diese Voraussetzungen dürften bei Beteiligung deutscher Gesellschaften an einer in einem Sitzstaat zu gründenden Gesellschaft regelmäßig gegeben sein. Allerdings kommt das Vorher-Nachher-Prinzip der Auffangregelung erst zur Anwendung, wenn ein Drittel der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften über ein Mitbestimmungssystem verfügt, während bei der SE ja schon ein Viertel genügt. Darüber hinaus wird den die Richtlinie umsetzenden Mitgliedstaaten eine wichtige Modifikation gestattet, nämlich für die Auffangregelung den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu begrenzen, wobei die Begrenzung den Anteil von einem Drittel nicht unterschreiten darf (Art. 16 Abs. 4 lit. c).

Auch wenn die Unternehmensmitbestimmung in den Richtlinien zur SE, zur SCE und zur grenzüberschreitenden Verschmelzung die tragende Rolle spielt, darf nicht vergessen werden, dass im übrigen Arbeitnehmermitwirkung seitens der EU als ein Recht auf Unterrichtung und Anhörung begriffen wird. Das findet auch seinen Niederschlag in der durch den *Lissaboner-Vertrag* rechtsverbindlich gewordenen *Charta der Grundrechte der EU*, wo eben dies in Art. 27 zum Grundrecht erhoben wird. Deutlich wird diese Konzentration auf Unterrichtung und Anhörung vor allem in der erwähnten *Rahmenrichtlinie für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der EG*. Sie zielt nicht auf transnationale Unternehmensaktivitäten, sondern betrifft den Binnenbereich der Mitgliedstaaten in deren ureigenem nationalen Kontext. Sie hat „die Festlegung eines allgemeinen Rahmens mit Mindestvorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen und Betrieben“ (Art. 1 Abs. 1) zum Ziel. Sie erfasst Unternehmen mit mindestens 50 und Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern. Zu Gesprächspartnern des Arbeitgebers werden die einzelstaatlich etablierten Arbeitnehmervertreter erkoren. Die Gegenstandsbereiche und die Grundlinien der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer werden abgesteckt. Über die Entwicklung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens und der Betriebe muss lediglich unterrichtet werden, während im Hinblick auf die Beschäftigungssituation, die Beschäftigungsstruktur und die wahrscheinliche Entwicklung der Beschäftigung im Unternehmen oder Betrieb sowie zu gegebenenfalls geplanten antizipativen Maßnahmen, insbesondere bei Bedrohung der Beschäftigung, eine Anhörung erfolgen muss. Bei Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können, wozu auch Massenentlassungen und Betriebsübergang gehören, muss die Anhörung mit dem Ziel durchgeführt werden, eine Vereinbarung über diese Entscheidungen (oder im deutschen Sprachgebrauch: einen Interessenausgleich) zu erreichen. Was die Modalitäten der Anhörung und Unterrichtung angeht, macht die Richtlinie keine weiteren Vorgaben, sondern überlässt alles den Mitgliedstaaten, die diese Befugnis auch auf die Sozialpartner delegieren können. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, die Richtlinie in jeweils vorhandene Strukturen bestmöglich einzupassen, wobei allerdings anzumerken ist, dass selbst dies für Mitgliedstaaten, die zuvor keinerlei Arbeitnehmermitwirkung kannten, eine erhebliche Umstellung bedeutet.

II. Hat die deutsche Unternehmensmitbestimmung eine Zukunft?

Seit der Verabschiedung des Vertragswerks zur SE wird zunehmend bezweifelt, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung als „deutscher Sonderweg“ Bestand haben kann oder sich an Gegebenheiten anderer europäischer Staaten anpassen muss, um überlebensfähig zu sein. Der „deutsche Sonderweg“,¹¹ so wird behauptet, schrecke ausländische Investoren ab und führe deshalb angesichts der Europäisierung der Unternehmensstrukturen tendenziell zur Schwächung der deutschen Wirtschaft.

11 So etwa der Frühere BDI Präsident *M. Rogowski* im Stern-Interview am 13.10.2004, wo er darüber hinaus die deutsche Unternehmensmitbestimmung als „Irrtum der Geschichte“ bezeichnete.

Um Antworten auf diese Fragen zu finden, ist man hierzulande nun in zunehmendem Maße bemüht, sich rechtsvergleichend umzusehen und Ähnlichkeiten bzw. Verschiedenheiten ausländischer Strukturen mit dem hiesigen System herauszuarbeiten. Die dabei zu beobachtende Vorgehensweise ist mehr oder weniger immer dieselbe: in den Vergleich einbezogen werden nur Länder, die ebenso wie *Deutschland* eine Arbeitnehmervertretung in den Unternehmensorganen institutionalisiert haben. So reduziert sich der Kreis der in Betracht kommenden Mitgliedstaaten in der EU vor der Osterweiterung auf sieben Länder: *Dänemark, Finnland, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Österreich* und *Schweden*. Würde man die neuen Mitgliedsländer mit einbeziehen, würde man vor allem in *Slowenien* fündig, wo als Ergebnis deutscher Beratungstätigkeit eine dem hiesigen System eine recht ähnliche Struktur etabliert wurde. Die auf Institutionalisierung der Arbeitnehmervertretung in den Unternehmensorganen beschränkte Sichtweise ist weit verbreitet.¹² In solchen Publikationen erfährt man dann, wie unterschiedlich die Rechtsformabhängigkeit gestaltet ist, wie sich die Schwellenwerte unterscheiden, wobei die Mehrheit der Länder sich bei 25 bis 150 Arbeitnehmern einpendelt (*Österreich* 5, *Schweden* 25, *Dänemark* 35), wo es ein dualistisches System mit Überwachungs- und Leitungsorgan (etwa in *Österreich, Frankreich* und *Luxemburg*) und wo ein ausschließlich monistisches System mit einem Organ, das beide Funktionen verbindet, anzutreffen ist (wie etwa in den *Niederlanden* und *Schweden*) und wo es eine beide Versionen ermöglichendes System gibt (wie etwa in *Dänemark*), wo externe Gewerkschaftsvertreter in die Unternehmensorgane einbezogen sind (wie etwa in *Schweden*) oder nur Beschäftigte des jeweiligen Unternehmens bzw. der jeweiligen Unternehmensgruppe (so in der Mehrzahl der Länder), wo weder Arbeitnehmer des Unternehmens noch Gewerkschaftsvertreter in das Unternehmensorgan entsandt werden dürfen, sondern in einem auch von Arbeitnehmerseite beeinflussten Kooptationsverfahren nur Personen in die Unternehmensorgane gewählt werden können, die zum Unternehmen keine formelle Bindung haben (*Niederlande*), wie unterschiedlich die Wahlverfahren ausgestaltet sind, wie die Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter etwa im Hinblick auf Geheimhaltung und Haftung ausgestaltet ist, in welchem Zahlenverhältnis Arbeitnehmervertreter zu Aktionärsvertretern stehen, wobei die Drittelparität am weitesten vertreten ist, die Vollparität demgegenüber auf *Deutschland* beschränkt bleibt, und schließlich findet sich der Hinweis, dass einige Länder einen Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte kennen (wie etwa *Österreich* und die *Niederlande*), andere nicht.

Die Beispiele für dergestalt gewonnene Erkenntnisse ließen sich beliebig vermehren. Das aber wäre wenig hilfreich. Darauf hinzuweisen ist vielmehr, dass diese institutionenbezogenen Vergleiche mit moderner Rechtsvergleichung nichts zu tun haben und deshalb unergiebig sind. Die bezüglich der institutionellen Ausgestaltung zutage geförderten Ähnlichkeiten und Unterschiede sagen über das, worauf es ankommt, nichts aus. Sie geben keine Antwort auf die Frage, wie sehr die Arbeitnehmerseite unternehmerische Entscheidungen zu beeinflussen vermag. Nur darauf kommt es an und dafür bedarf es einer die institutionelle Ausprägung transzendierenden funktionellen Betrachtungs-

12 Statt vieler vgl. T. Baums/P. Ulmer (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU Mitgliedstaaten. Employees' Co-determination in the Member States of the European Union. Beihefte der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Nr. 72, Heidelberg 2004.

weise. Will man zu einer zuverlässigen Einschätzung kommen, ist es notwendig, alle auf Arbeitnehmerseite verfügbaren Instrumente einzubeziehen, deren Zusammenspiel zu analysieren und die Gesamtheit der daraus resultierenden Effekte auf Unternehmensentscheidungen zu gewichten. Die institutionelle Ausprägung kann ganz unterschiedlich sein. Und dennoch ist es möglich, dass funktional die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite durchaus vergleichbar sind. Deshalb ist es seit den bahnbrechenden Arbeiten von *Otto Kahn-Freund* für die Rechtsvergleichung eine bare Selbstverständlichkeit, eine solchermaßen angelegte funktionale Sicht zu wählen.

Zur Illustration mögen einige Beispiele verdeutlichen, wie vorzugehen wäre. So lohnt etwa der Blick nach *Italien*, das im Mitbestimmungskontext niemand auf der Rechnung hat, weil es dort kein Gesetz gibt, das Arbeitnehmervertretung in Unternehmensorganen anordnet. Aber dort hätte schon der 1973 zwischen der *italienischen Metallarbeitergewerkschaft* (F.L.M.) und dem *Automobilunternehmen FIAT* abgeschlossene Tarifvertrag den ausländischen Beobachter nachdenklich machen müssen.¹³ In diesem Tarifvertrag ging es in erster Linie darum, die Automobilproduktion schrittweise auf die Entwicklung von Massenverkehrsmitteln zu verlagern, um dadurch das Unternehmen gegen konjunkturelle Schwankungen bestmöglich abzusichern. Gleichzeitig verfolgt der Vertrag beschäftigungspolitische Ziele und regelt verbindlich die Schaffung von Arbeitsplätzen in bisher vernachlässigten Regionen wie dem *Mezzogiorno*. Ein solch gravierender Eingriff in die unternehmerische Investitionspolitik wäre mit dem deutschen Verständnis der limitierten Reichweite von Tarifautonomie wohl kaum in Einklang zu bringen. Und noch weniger würden hierzulande verstanden, dass ein solcher Tarifvertrag erstreikbar ist. In *Deutschland* würde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unter dem Signum der Art. 12 und 14 GG als Abwehrwaffe eingesetzt und so die Tarifautonomie zu einer Residualkategorie zurückgestutzt. So heißt es etwa in einer einen Streik um einen Standortsicherungsvertrag betreffenden Entscheidung des *LAG Hamm*,¹⁴ dass „ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unantastbar“ sei, weshalb „die Geschäftsleitung eines Unternehmens unternehmensautonom z.B. über Investitionen, Produktion und Vertrieb“ müsse entscheiden können. Kurzum: diese Bereiche sind erstreikbaren Tarifverträgen entzogen. In *Italien* ist es – wie skizziert – demgegenüber eine bare Selbstverständlichkeit, dass solche Entscheidungen von erstreikbaren Tarifverträgen erfasst werden können. Dort ist das Streikrecht als ein Individualgrundrecht garantiert, dessen Ausübung jedem Arbeitnehmer und nicht nur der Gewerkschaft gestattet ist und dessen Reichweite sich auf alles bezieht, was Arbeitnehmerinteressen berührt, unabhängig davon, ob es um einen Tarifvertrag geht, um ein Gesetzesvorhaben oder um eine sonst in irgendeiner Weise Arbeitnehmerinteressen berührende Maßnahme. Um nicht falsch verstanden zu werden: das ist kein Plädoyer dafür, dass unser Verständnis von Tarifautonomie und Streikrecht dem italienischen angeglichen werden sollte. Gezeigt werden soll lediglich, dass Arbeitnehmereinfluss auf Unternehmensentscheidungen andernorts durch erstreikbaren Tarifvertrag geltend gemacht werden kann. Dies fördert gleichzeitig eine wichtige Erkenntnis für das deutsche Mitbestimmungssystem zutage: Arbeitnehmervertretung in Unternehmensor-

13 Hierzu ausführlich *S. Simitis*, Von der institutionalisierten zur problemorientierten Mitbestimmung, AuR 1975, 321 ff.

14 Urteil vom 31. 5. 2000, NZA-RR 2000, 535.

ganen stellt sich unter solchem Blickwinkel als Kompensation für die limitierte Reichweite der Tarifautonomie und das eng geführte, nur als Annex des Tarifvertrages verstandene Streikrecht dar. Oder anders gewendet: interne Vertretung im Unternehmen ist als eine Art funktionales Äquivalent für fehlende externe Beeinflussungsinstrumente der Arbeitnehmer zu begreifen.

Der für *Italien* entwickelte Befund lässt sich selbstverständlich auch auf andere Länder übertragen, in denen es keine oder eine nur schwach ausgeprägte Arbeitnehmermitwirkung in Unternehmensorganen gibt. Man denke etwa an *Frankreich*, wo das Streikrecht ebenfalls als Individualgrundrecht ausgestaltet und nicht durch die Reichweite eines Tarifvertrags limitiert ist, sondern immer dann aktiviert werden kann, wenn es um Arbeitnehmerinteressen geht. Das Beispiel *Frankreich* ist übrigens auch noch in anderer Weise lehrreich: der geringe Organisationsgrad der Gewerkschaften (er liegt im Schnitt unter zehn Prozent) könnte zu der Annahme verführen, der Streik spiele faktisch keine Rolle, weil die nichtorganisierten Arbeitnehmer an Streik nicht interessiert seien. Doch der Schluss vom Organisationsgrad auf den Gewerkschaftseinfluss erweist sich in der Realität als trügerisch: kaum irgendwo sonst ist es für Gewerkschaften so einfach, Arbeitnehmer zur Durchsetzung ihrer Interessen zu mobilisieren. Streiks für alle möglichen, auch die Politik einzelner Unternehmen betreffender Fragen sind in *Frankreich* an der Tagesordnung. Die Streikkultur ist mit der deutschen nicht vergleichbar. Eine wichtige Rolle spielt dabei auch die positive Einstellung der Bevölkerung und der öffentlichen Meinung zu Streiks. Sie werden nicht wie bei uns als möglichst zu vermeidendes Störpotential begriffen, sondern eher als Ausdruck der Normalität einer offenen Gesellschaft.

Es wäre jedoch falsch, sich zu sehr auf erstreikbare Tarifverträge und das Streikrecht zu kaprizieren. Das zeigt etwa das Beispiel *Schwedens*,¹⁵ bei dem im hier interessierenden Kontext das Streikrecht keine Rolle spielt, aber dennoch Mechanismen auf die Unternehmensentscheidung einwirken, die bei der Verengung der Perspektive auf Arbeitnehmer in Unternehmensorganen nicht in den Blick geraten. Nach dem dortigen Mitbestimmungsgesetz, das wie das deutsche aus dem Jahre 1976 stammt, kann die Unternehmensleitung zwar letztlich über die unternehmenspolitische Maßnahme alleine entscheiden, muss aber zuvor mit der im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft darüber Verhandlungen führen, sei es von Gesetzes wegen oder – in manchen Fällen – auf ausdrückliches Verlangen der Gewerkschaft. In keinem Fall kann die Unternehmensleitung den Verhandlungen ausweichen. Das Gesetz beruht auf der von der Realität bestätigten Annahme, dass in den meisten Fällen solche Verhandlungen zu einem von beiden Seiten mitgetragenen Ergebnis führen. Verhandelt werden muss ausnahmslos über unternehmenspolitische Entscheidungen jedweder Art, gleichgültig ob es um Investitionspolitik, um Finanzstrategien, um Produktionspolitik, um Firmenschließung oder um Rekrutierung des Führungspersonals geht. Kurzum: zur Debatte stehen alle unternehmerischen Kernentscheidungen. Worin liegt nun das Geheimnis der Effizienz dieses Verfahrens. Nicht im Streikrecht: Streik als Mittel der Auseinandersetzung ist in diesen Verhandlungen ausgeschlossen. Wichtig ist vielmehr, dass die Unternehmensleitung – von außergewöhnlich dringenden Ausnahmefällen einmal abgesehen – eine

15 Vgl. hierzu R. Fahlbeck, Employee Participation in Sweden, in: U. Jürgens et al (Hrsg.), Perspektiven der Corporate Governance, Baden-Baden 2007, 132 ff.

Maßnahme nicht durchführen bzw. eine Entscheidung nicht treffen darf, bevor die Verhandlungen abgeschlossen sind. Und das kann dauern. Denn können Unternehmensleitung und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft sich nicht einigen, kann die im Betrieb vertretene Gewerkschaft die für die Branche zuständige Gewerkschaftsebene einschalten und damit die Verhandlungen auf die Branchenebene verlagern. Diese Möglichkeit entfaltet massiven Druck auf die Unternehmensleitung, die regelmäßig vor solcher Externalisierung der Verhandlungen zurückschreckt, nicht zuletzt deshalb, weil solche Verhandlungen mit umfassenden Informationsrechten der Gewerkschaft verbunden sind. So verwundert es nicht, dass über zu treffende Entscheidungen regelmäßig Einvernehmen erzielt wird. Dies liegt im Übrigen natürlich auch am besonderen Gewicht der Gewerkschaften in *Schweden*, die dort nicht nur über eine für hiesige Verhältnisse unvorstellbar hohe Organisationsrate, sondern auch über hohes gesellschaftliches Ansehen verfügen. Hat man die Funktion dieser Verhandlungen begriffen, ist es von sekundärer Bedeutung, dass nach einem 1972 geschaffenen und 1987 grundlegend novellierten Gesetz in *Schweden* im Leitungsorgan der Unternehmen (dort gibt es ein monistisches System mit nur einem dem Vorstand vergleichbaren Organ, keinen Aufsichtsrat) ab 25 Arbeitnehmern von der Gewerkschaft nominierte, jedoch von der Arbeitnehmerschaft des Unternehmens gewählte Vertreter der Arbeitnehmer lediglich in einer Minderheitsposition vertreten sind. Im Leitungsorgan geht es faktisch vor allem darum, die mit der Gewerkschaft ausgehandelten Vereinbarungen umzusetzen. Die Arbeitnehmervertreter haben dann vor allem auf die Korrektheit dieser Umsetzung zu achten: eine völlig andere Rolle als die der Arbeitnehmervertreter in einem deutschen Aufsichtsrat.

Diese wenigen Beispiele mögen genügen, um das deutlich zu machen, worauf es hier ankommt: dass es zu nichts führt, lediglich die internen Organisationsstrukturen der Unternehmen und die Zusammensetzung der Unternehmensorgane in Blick zu nehmen. Erforderlich ist vielmehr ein Ausgreifen auf alle der Arbeitnehmerseite verfügbaren Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmenspolitik. Und hier bietet sich ein von Land zu Land unterschiedliches Bild. Die Ausgestaltung des Streikrechts, der Verhandlungsstrukturen und deren Verhältnis zur legislativen Ebene lassen sich ebenso wie die Unterschiedlichkeit der Gewerkschaftsorganisationen und Gewerkschaftsstrategien nur vor dem Hintergrund der Geschichte und Kultur des jeweiligen Landes erklären. Sie werden in ihrer Verschiedenheit weiter existieren und lassen sich nicht ohne weiteres eibenen oder harmonisieren.

Daraus folgt, dass das deutsche Modell der Unternehmensmitbestimmung für andere Länder ebenso wenig geeignet ist wie dies umgekehrt der Fall wäre. Die in anderen Ländern Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen ermöglichenden Strukturen können auch nicht auf die deutsche Situation aufgefropft werden. Hier passt jeweils nichts zusammen. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung deutscher Prägung handelt es sich ganz eindeutig nicht um einen Exportartikel. Exportiert werden kann jedoch die Idee der Vorzugswürdigkeit gemeinsamer Entscheidungsfindung, nicht aber die dafür erforderliche institutionelle Struktur. Es ist deshalb zu hoffen und es zeichnet sich nach den bisherigen Erfahrungen ab, dass etwa im Kontext der SE im Wege der zu führenden Verhandlungen Ergebnisse gefunden werden, die mit den Gegebenheiten des Sitzlandes und den Bedürfnissen der jeweiligen Unternehmen kompatibel sind.

Was nun den Fortbestand der Unternehmensmitbestimmung in *Deutschland* angeht, erscheint es unumgänglich, auch in Zukunft am überkommenen Modell der Unternehmensmitbestimmung festzuhalten. Die Meinung, das deutsche Modell sei in der Welt singulär und müsse deshalb in Zeiten der Europäisierung und Globalisierung abgeschafft werden, vermag nicht zu überzeugen. Die Verengung der Reichweite der Tarifaufonomie und die starre Fixierung des Streikrechts auf den Tarifvertrag in *Deutschland* sind ebenfalls singuläre Strukturen. Von denen, die wegen der Singularität – dem angeblichen „deutschen Sonderweg“ – die Unternehmensmitbestimmung zur Disposition stellen wollen, hat man noch nie gehört, dass sie wegen der ebenso eindeutigen Singularität für eine Ausweitung der Reichweite der Tarifaufonomie oder gar des Streikrechts eintreten. Daran zeigt sich, dass der Hinweis auf die Sondersituation als Argument nicht ernst zu nehmen ist und schlicht verkennet, dass die Strukturen in jedem Land besondere, nur aus dessen Geschichte erklärbare sind. Der Fortbestand der Unternehmensmitbestimmung in *Deutschland* ist notwendig, weil angesichts des limitierten Streikrechts und der begrenzten Reichweite der Tarifaufonomie unser System einer Ergänzung bedarf, die Arbeitnehmer Einfluss auf Unternehmensentscheidungen in vergleichbarer Weise wie in vielen anderen Ländern ermöglicht. Und sie ist sicher kein Standortnachteil, wenn sie mit den Instrumenten des Arbeitnehmereinflusses in anderen Ländern verglichen wird. Bedenkt man die konfliktträchtigen Auseinandersetzungen andernorts, ist die auf Konfliktabsorption, auf Herausbildung gegenseitigen Vertrauens und auf permanenten Dialog programmierte deutsche Unternehmensmitbestimmung eher ein Standortvorteil.

III. Die Auswirkungen der SE als Beispiel

Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich aus den die Unternehmensmitbestimmung betreffenden europäischen Richtlinien negative Rückwirkungen für die deutsche Mitbestimmung ergeben können. Dass solche Gefahr nicht ganz von der Hand zu weisen ist, soll exemplarisch für die SE kurz skizziert werden.

Die Entwicklung der SE ist noch im Anfangsstadium. Zwar gibt es nach neuester Zählung bereits 622 SE. Davon sind allerdings nur 157 operativ tätige Gesellschaften, davon entfallen 78 auf Deutschland, 51 mit dualistischer und 27 mit monistischer Struktur. In den monistisch organisierten Gesellschaften gibt es nirgendwo Mitbestimmung in Unternehmensorganen, sondern nur eine Informations- und Konsultationsstruktur. Nur 10 der dualistisch organisierten Gesellschaften unterfallen der paritätischen und lediglich 14 der Drittelbeteiligung. Wo deutsche Unternehmen mit paritätischer Beteiligung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat beteiligt waren, ist es auch in der SE dabei geblieben. Ein beobachtbarer Effekt der Wahl der SE ist allerdings die Verkleinerung der Aufsichtsräte. Noch in keinem Fall musste auf die Auffangregelung zurück gegriffen werden. Immer wurde ein Verhandlungsergebnis erzielt.

Problematisch ist die hohe Anzahl der sog. Vorratsgesellschaften, die im Gründungsstadium keine Arbeitnehmer haben und deren Unternehmenszweck auf „Halten und Verwalten eigenen Vermögens“ gerichtet ist. Zur Verfügung gestellt werden damit Mäntel, die zum Zwecke wirtschaftlicher Aktivierung von Unternehmen erworben werden können, die sich so die bürokratischen Voraussetzungen der Gründung der SE ersparen. Da – wie oben skizziert – die Verordnung über das Statut der SE anordnet, dass

eine SE im Handelsregister nur eingetragen werden kann, wenn gemäß der Richtlinie über die Mitbestimmung verhandelt wurde, stellt sich die Frage, ob eine Vorratsgesellschaft ohne Arbeitnehmer überhaupt eingetragen werden darf, da ja Verordnung und Richtlinie als einheitliches Konzept gesehen werden müssen. Der Widerstand gegen die Möglichkeit der Eintragung hat sich leider nicht durchsetzen können. Immerhin hat das *OLG Düsseldorf* in einem viel beachteten Urteil¹⁶ unlängst entschieden, dass „das Beteiligungsverfahren nachzuholen (ist), sobald die Vorratsgesellschaft...mit einem Unternehmen ausgestattet wird und infolgedessen über Arbeitnehmer verfügt“. Es ist zu hoffen, dass sich wenigstens diese Auffassung durchsetzt, um der Umgehung des Richtlinienzwecks vorzubeugen.¹⁷ Zu wünschen ist, dass dies in der Verordnung über das Statut der SE durch Novellierung klargestellt oder – noch besser – dass die Eintragung von arbeitnehmerlosen Vorratsgesellschaften als SE gänzlich untersagt wird.

Ein zweites Problemfeld liegt darin, dass deutsche Unternehmen sich an einer SE beteiligen, so lange ihre Arbeitnehmerzahl nach deutschem Recht entweder noch gar keine oder nur eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat erfordert. Das auf dieser Grundlage für die SE verhandelte oder über die Auffangregelung oktroyierte Mitbestimmungsmodell bleibt auch dann unverändert, wenn die Arbeitnehmerzahl so steigt, dass nach deutschem Recht eine gesteigerte Mitbestimmungsintensität erforderlich wäre. Auch hier wäre es wichtig, durch Novellierung dieses Mal der Richtlinie solchem Einfrieren der Nicht- oder Minimalmitbestimmung zu begegnen und zumindest bei gravierenden Veränderungen eine Verhandlungspflicht zu statuieren.

Derzeit ist allerdings nicht davon auszugehen, dass es zu den gewünschten Novellierungen kommt. Es fehlen dafür jedwede Anzeichen. Ob Forderungen nach Änderung des europäischen Vertragswerks der SE letztlich Erfolg haben werden, dürfte von dem Druck abhängen, den die Gewerkschaften aufzubauen vermögen. Hier ist für sie ein wichtiges Aktionsfeld.

Die SE birgt schließlich eine weitere Gefahr für die deutsche Mitbestimmung, die bereits erheblichen innenpolitischen Druck entfaltet. Weil angesichts der bereits angedeuteten Vielfalt in *Europa* durch europäisches Recht kein Einheitsmodell für alle oktroyiert werden kann, war es notwendig, für die Unternehmensmitbestimmung in der SE die Möglichkeit zu eröffnen, eine Variante zu entwickeln, die im jeweiligen Land und im jeweiligen Unternehmen Akzeptanz findet. Dies wurde durch die oben beschriebene Verhandlungslösung erreicht, die sich bereits zuvor für den EBR bewährt hatte. Dabei ist es den Akteuren in der SE überlassen, im Verhandlungsweg eine Lösung zu entwickeln, die den Besonderheiten der jeweiligen SE gerecht wird. Die skizzierten Auffangregeln wirken dabei für die verhandelnden Parteien als Drohpotential, das bei Scheitern der Verhandlungen etabliert wird.

Diese Verhandlungslösung, die im europäischen Kontext unausweichlich ist, wird nun von interessierter Seite dazu benutzt, das gesetzlich vorgegebene Modell in *Deutschland* als antiquiert und zu unflexibel zu betrachten und ebenfalls für eine Ver-

16 *OLG Düsseldorf* vom 30.3.2009, ZIP 2009, 918 ff.

17 Vgl. dazu *G. Forst*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, RdA 2010, 55 ff.

handlungslösung zu öffnen.¹⁸ Dabei soll es möglich werden, das Niveau und die Intensität der Arbeitnehmerbeteiligung nicht nur zu verbessern, sondern vor allem abzusenken. Da es jedoch innerstaatlich nicht darum geht, einen Kompromiss zwischen verschiedenen Konzepten zu finden, besteht für solche Öffnung kein Bedürfnis.

Ob sich die Verhandlungslösung mit ihrem für viele attraktiven Flexibilisierungspotential auf Dauer verhindern lässt, ist allerdings ungewiss. Die Suggestivkraft dieser Öffnung der Mitbestimmungsstruktur für Verhandlungen ist nicht nur für die Arbeitgeberseite sondern auch in weiten Bereichen der Wissenschaft beträchtlich. Ob sich die Politik auf längere Sicht diesem Reformverlangen entziehen kann, ist keineswegs ausgemacht. Sollte dies nicht der Fall sein, wird man vor allem auf die Reichweite des für Verhandlungen geöffneten Rahmens, auf die Auffangregelung bei Scheitern der Verhandlungen und auf die die Stärke der verhandelnden Akteure auf Arbeitnehmerseite achten müssen. Anzustreben wäre dabei ein mit den Gewerkschaften zu schließender, selbstverständlich erstreichbarer Tarifvertrag, wogegen es aber massive politische Widerstände gibt, die nicht leicht auszuräumen sein dürften. Als akzeptable Auffangregelung kann nur die gesetzliche Regelung in Betracht kommen, wogegen der Widerstand jedoch ebenfalls erheblich sein dürfte.

IV. Notwendigkeit der Mitbestimmungserstreckung

Gefahr für die deutsche Unternehmensmitbestimmung droht auch durch die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* (*EuGH*). Lange Zeit hielt man den Sitz des Unternehmens für das anzuwendende Gesellschaftsrecht für maßgebend. Mithin war klar, dass ein Unternehmen mit Sitz in *Deutschland* deutsches Gesellschaftsrecht einschließlich der Regeln zur Mitbestimmung anzuwenden hatte. Diese Sichtweise steht nach Auffassung des *EuGH* nicht im Einklang mit der im europäischen Recht garantierten Niederlassungsfreiheit. Danach soll das Gesellschaftsrecht des Landes Anwendung finden, in dem das Unternehmen gegründet wird.¹⁹ Seinen Sitz kann es dann in jedem anderen Land der EU wählen, ohne dass sich für das Gesellschaftsrecht eine Änderung ergibt. So können nicht nur Unternehmen anderer EU Länder ihren Sitz in *Deutschland* nehmen, ohne der Mitbestimmung zu unterfallen, sondern deutsche Unternehmen können Auslandsgründungen vornehmen und dann im Inland ohne Mitbestimmung agieren. Von dieser Möglichkeit ist bislang allerdings nur in bescheidenem Ausmaß Gebrauch gemacht worden. Doch ist nicht auszuschließen, dass – wie einige es lautstark prognostizieren – sich das ändern könnte.²⁰ Deshalb stellt sich die Frage, ob der deutsche

18 vgl. den „Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats“ des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885 ff und dazu M. Jacobs, Das Besondere Verhandlungsgremium: Bildung und Verfahren, Beilage zu ZIP 48 / 2009, 18 ff.

19 Grundlegend die Entscheidungen *EuGH* vom 9. März 1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff (Centros); *EuGH* vom 5. November 2002 – Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 ff (Überseering); *EuGH* vom 30. September 2003 – Rs. C-167/01 (Inspire Art).

20 Vgl. dazu G. Thüsing, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381 ff.

Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen kann, solche auslandsgegründeten Unternehmen mit Sitz in *Deutschland* wieder für die Mitbestimmung einzufangen.

Ob dies möglich ist, hängt davon ab, inwieweit sich ein darauf angelegtes Mitbestimmungserstreckungsgesetz mit der im Vertragswerk der EU verankerten Niederlassungsfreiheit verträgt. Hier ergeben sich eine Reihe schwieriger rechtlicher Probleme, über die im Streitfall der *EuGH* entscheiden müsste, weshalb eine Prognose über die Vereinbarkeit eines solchen Mitbestimmungserstreckungsgesetzes nicht mit letzter Sicherheit abgegeben werden kann. Es sprechen jedoch gute, auf der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* basierende Gründe für eine solche Vereinbarkeit,²¹ so dass zu wünschen ist, dass der deutsche Gesetzgeber im Interesse der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in eigentlich der Unternehmensmitbestimmung unterfallenden Unternehmen ein solches Gesetz baldmöglichst in Angriff nimmt.

V. Fazit

Das auf Arbeitnehmermitwirkung zugeschnittene kooperative Modell hat sich gegenüber antagonistischen Systemen durchgesetzt, was für die zuvor ganz anders programmierten Mitgliedstaaten einen nicht einfach zu bewältigenden Anpassungsprozeß bedeutet. Die skizzierten Richtlinien spielen bei der Konstituierung und Verfestigung dieses auf ein kooperatives Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgerichteten Prozesses eine zentrale Rolle.

Die Festlegung auf ein kooperatives Modell der Arbeitnehmermitwirkung zielt nicht auf gemeinschaftsweite Vereinheitlichung der institutionellen Ausprägung dieser Kooperation. Die noch in den Siebzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts gepflegte naive Harmonisierungsidee unterschätzte die Wirkkraft gewachsener Strukturen. Deshalb war es richtig, sich auf ein Konzept umzustellen, das den bestehenden Unterschieden Rechnung trägt und statt auf Einheitlichkeit auf Vielfalt setzt. Die Richtlinien haben übrigens einen wichtigen Nebeneffekt. Sie haben in den Ländern, in denen bislang auf Kooperation angelegte Arbeitnehmermitwirkung unbekannt war, die Akteure, also die Gewerkschaften ebenso wie die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände, gezwungen, sich mit dem Angebot dieser Richtlinien auseinanderzusetzen, und hab ihnen Gelegenheit gegeben, Erfahrungen zu sammeln. Das hat insbesondere bei den Gewerkschaften, aber auch auf Arbeitgeberseite, in zuvor Arbeitnehmermitwirkungssystemen eher abholden Mitgliedstaaten zu einem allmählichen Umdenken geführt, das den Boden bereitet hat für eine zumindest prinzipielle Akzeptanz der Arbeitnehmermitwirkung auch in Unternehmensorganen.

Die Richtlinien sind nicht auf ein System der Arbeitnehmermitwirkung als Fertigprodukt angelegt, sondern setzen lediglich eine Dynamik in Gang, indem sie eine Entwicklung einleiten, in der unterschiedlichste Modelle miteinander in Wettbewerb treten und sich so in einem die verschiedenen Erfahrungen vergleichenden Lernprozess „best practices“ herausbilden. Dieser Lernprozess führt tendenziell dazu, Schwächen der

21 Vgl. dazu *M. Weiss/A. Seifert*, Der europarechtliche Rahmen für ein „Mitbestimmungserstreckungsgesetz“, ZGR 2009, 542 ff.

Richtlinien aufzudecken, die dann zu Novellierungsforderungen führen, wie sie oben angedeutet wurden.

Die Richtlinien erlauben es vor allem, auf gewachsene Strukturen in den Mitgliedsländern weitestgehend Rücksicht zu nehmen, indem sie große Flexibilitätsräume eröffnen.

Diese durchweg positiv zu beurteilenden Entwicklungen sollen die angedeuteten Gefahren für die deutsche Unternehmensmitbestimmung nicht verdecken, wohl aber in das richtige Verhältnis setzen. Die Idee der Arbeitnehmermitwirkung ist fester Bestandteil des europäischen Sozialmodells und als solcher nicht mehr rückgängig zu machen. Angesichts dieser keineswegs selbstverständlichen, erst ganz allmählich sich durchsetzenden Errungenschaft sollten die Gefahrenmomente nicht zu hoch veranschlagt, sondern vor allem die Vorteile dieser insgesamt erfreulichen Entwicklung gesehen werden.