

REPORT

Das I.M.U. ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Mitbestimmungsreport Nr. 81, 06.2024

EROSION DER UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG

Zur Mitbestimmung und Mitbestimmungsvermeidung in Deutschland

Sebastian Sick

AUF EINEN BLICK

- Legale Mitbestimmungsvermeidung und rechtswidrige Mitbestimmungsignorierung nehmen immer weiter zu. Unter den Unternehmen, die mit über 2.000 Inlandsbeschäftigten eigentlich über dem Schwellenwert für einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat lagen, sank der Anteil paritätisch mitbestimmter Unternehmen bis 2022 auf 60,5 Prozent (2019 noch 67,5 Prozent). In rund 40 Prozent der Unternehmen dieser Größe fehlt so der paritätisch besetzte Aufsichtsrat. Die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer*innen kletterte von insgesamt gut 2,1 Millionen (2019) auf mindestens 2,45 Millionen (2022).
- Insbesondere Familienunternehmen missachten die Mitbestimmung. 66 Prozent der mindestens 256 Unternehmen, die die paritätische Aufsichtsratsbesetzung vermeiden, und 60 Prozent der mindestens 172 Unternehmen, die rechtswidrig die paritätische Mitbestimmung ignorieren, sind in Familienhand.
- Besonders viele Handels- und Dienstleistungsunternehmen umgehen die Mitbestimmung. Nur 28 Prozent der Handelsunternehmen mit über 2.000 Beschäftigten sind paritätisch mitbestimmt. Aber auch in der Industrie ist dies ein bekanntes Problem.
- Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist ein Kernproblem für die Mitbestimmung. Nur jede sechste SE mit über 2.000 Beschäftigten ist paritätisch mitbestimmt.
- Die Anzahl der drittelbeteiligten Unternehmen ist mit ca. 1.500 seit 2009 nahezu unverändert. Die Anzahl drittelbeteiligter AGs ist allerdings zurückgegangen.
- Das Drittelbeteiligungsgesetz ist derart löchrig, dass weite Teile der Unternehmen mit 501 bis 2.000 Beschäftigten überhaupt nicht erfasst sind. Bei Schließung dieser Drittelbeteiligungslücke könnten nach Hochrechnungen bis zu 1.500 Unternehmen mit über 500 Arbeitnehmer*innen zusätzlich erfasst werden. Hinzu kommen hier mehr als 800 Unternehmen, die das Gesetz rechtswidrig nicht anwenden.
- Die Ergebnisse belegen die Notwendigkeit von Gesetzesreformen zum Schutz der Mitbestimmung – sowohl im Bereich der Parität als auch im Bereich der Drittelbeteiligung.

INHALT

1	Einleitung: Status Quo bei Parität und Drittelbeteiligung	3
2	Untersuchungsmethode: Mitbestimmungsvermeidung und -Ignorierung	3
3	Paritätische Mitbestimmung	4
3.1	Der Anteil paritätisch mitbestimmter Unternehmen sinkt weiter	4
3.2	Ignorieren und Vermeiden	6
3.2.1	Mitbestimmungsignorierung	6
3.2.2	Mitbestimmungsvermeidung	7
3.2.2.1	Mitbestimmungsvermeidung durch europäisches Recht	8
3.2.2.2	Lücken im deutschen Recht	11
3.3	Mitbestimmungsreduzierung	12
4	Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat	12
4.1	Einblicke in eine Black Box: Neue Zahlen zur Verbreitung der Drittelmitbestimmung	12
4.2	Klaffende Drittelbeteiligungslücke: Zu den Auswirkungen der Gesetzeslücken	14
4.2.1	Kapitalgesellschaft & Co. KG vollständig erfassen	15
4.2.2	Arbeitnehmerzurechnung im Konzern erleichtern	15
4.2.3	Gesamtergebnis Drittelbeteiligungslücke	16
5	Schlussfolgerungen und Forderungen	16
	Literatur	19
	Impressum	21

AUTOR

Dr. Sebastian Sick

Rechtsanwalt, Master of European Law (LL.M.Eur.)

Leitung Referat Unternehmensrecht und Corporate Governance

sebastian-sick@boeckler.de

1 EINLEITUNG: STATUS QUO BEI PARITÄT UND DRITTELBETEILIGUNG

Mitbestimmte Unternehmen sind krisenfester, arbeiten nachhaltiger und sind wirtschaftlich erfolgreicher als andere – das haben zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen belegt.¹ Der hohe Wert der Unternehmensmitbestimmung für die soziale Marktwirtschaft in Deutschland ist allgemein anerkannt. Trotz dieser großen Wertschätzung erodiert die Mitbestimmung seit vielen Jahren. Waren im Jahr 2002 noch 767 Unternehmen paritätisch mitbestimmt, so sind es jetzt, zwei Jahrzehnte später, nur noch 655.² **Unter den Unternehmen mit über 2.000 Inlandsbeschäftigten nimmt der Anteil derjenigen, denen ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat fehlt, rapide zu.** Die **Mitbestimmungsvermeidung** – sei es gezielt oder als Nebeneffekt bei der Verwirklichung anderer Ziele – hat Konjunktur. Sie wird durch Lücken in deutschen und europäischen Gesetzen ermöglicht. Die weiter steigende Zahl der Beschäftigten, denen so die paritätische Vertretung im Aufsichtsrat vorenthalten wird, liegt mittlerweile bei weit über zwei Millionen.

Im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung hat das Institut für Rechtsstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht der Friedrich-Schiller-Universität Jena unter Leitung von Prof. Walter Bayer aktuelle Zahlen zur Verbreitung der Mitbestimmung in Deutschland ermittelt und die Auswirkungen von Vermeidungsstrategien und Gesetzeslücken analysiert (Datenbestand von Ende 2022).³ Die hier präsentierten Ergebnisse zeigen auch, wie erschreckend hoch die Zahl von Unternehmen ist, die die Mitbestimmungsgesetze rechtswidrig ignorieren. **Mitbestimmungsignorierung** erweist sich insoweit zahlenmäßig als Hauptgrund, weshalb GmbHs mit mehr als 500 Arbeitnehmer*innen nicht mitbestimmt sind. Es gibt sogar mehr GmbHs, die bestehende Mitbestimmungspflichten ignorieren, als solche, die den

Mitbestimmungspflichten nachkommen.⁴ So klafft eine Lücke zwischen Soll- und Ist-Mitbestimmung.

Untersucht wird sowohl die paritätische Mitbestimmung als auch die weit schwerer zu erforschende Drittelbeteiligung, für die nun zum zweiten Mal seit 2009 detaillierte Zahlen vorliegen. Die Menge drittelbeteiligter Unternehmen hat sich seit der letzten Erhebung der drittelbeteiligten Unternehmen 2009 mit ca. 1.500 kaum verändert.⁵ Der Befund ist aber auch hier dramatisch. Zwar spielt die gezielte Mitbestimmungsvermeidung in diesem Bereich eine untergeordnete Rolle – aber nur, weil das Gesetz ohnehin einen Großteil der Unternehmen mit 501 bis 2.000 Beschäftigten gar nicht erst erfasst. Zudem ist die Mitbestimmungsignorierung in Bezug auf die Drittelbeteiligung deutlich stärker ausgeprägt als im Bereich der paritätischen Mitbestimmung.

2 UNTERSUCHUNGSMETHODE: MITBESTIMMUNGSVERMEIDUNG UND -IGNORIERUNG

Den Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung bildeten die von der Hans-Böckler-Stiftung erfassten heute rund 660 paritätisch mitbestimmten Unternehmen in Deutschland.⁶ Im Rahmen der Untersuchung wurde versucht, den paritätisch mitbestimmten Unternehmen diejenigen tendenzfreien und nicht nur auf die bloße Vermögensverwaltung beschränkten Unternehmen in Deutschland gegenüberzustellen, bei denen trotz Überschreitens des Schwellenwertes von 2.000 Beschäftigten im Inland keine paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat vorliegt. Wenn im vorliegenden Report von Unternehmen die Rede ist, sind nur die Unternehmen gemeint, die nicht dem Tendenzschutz unterliegen und deshalb von den Mitbestimmungsgesetzen ausgenommen sind (vgl. § 1 Abs. 4 MitbestG). Auch die geringe Zahl an Unternehmen, die unter die Regeln der weitergehenden Montanmitbestimmung fallen (unter 25), ist nicht berücksichtigt.

Die Zuordnung der einzelnen Unternehmen, wofür insbesondere umfassend zu (inländischen) Beschäftigtenzahlen recherchiert werden musste, basiert auf einer breit angelegten Auswertung von Unterneh-

1 Chyz/Eulerich/Fligge/Romney, Codetermination and Aggressive Reporting: Audit Committee Employee Representation, Tax Aggressiveness, and Earnings Management, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, 2023; Jäger, Schoefer, Heining, Labor in the Boardroom, *Quarterly Journal of Economics*, 2021, 136 (2); Rapp/Wolff, Wirkung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat auf die Unternehmensführung. Eine empirische Analyse vor dem Hintergrund der Finanz- und Wirtschaftskrise. *Study der Hans-Böckler-Stiftung* 424, 6/2019 https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_424.pdf; Scholz, Unternehmensmitbestimmung und die sozialökologische Transformation, in *Mitbestimmungsreport* 79, 12/2023 https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-008751/p_mbf_report_2023_79.pdf.

2 Stand 31.12.2022. Ehrenstein, Mitbestimmte Unternehmen: Zahlen und Fakten, 23.10.2023, <https://www.mitbestimmung.de/html/starke-arbeitnehmerbank-in-635-197.html>. Die in diesem Report vorgelegten Daten nutzen die Zahl 656 – der Bestand paritätisch mitbestimmter Unternehmen von 31.12.2021, weil dies zum Erhebungszeitpunkt 2022 die aktuell verfügbare Zahl war.

3 Bayer, Walter, Mitbestimmung und Mitbestimmungsvermeidung in Deutschland, 2023.

4 Bayer, Walter, Gesetzgeberische Möglichkeiten der Verhinderung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, *AG* 2023, 137, 139 (beruhend auf gutachterlicher Stellungnahme für die Hans-Böckler-Stiftung).

5 Ergebnisse auch bei Bayer/Hoffmann, *Drittelmitbestimmung in Deutschland: Aktuelle Rechtsstatsachen*, *AG* 2023, R188 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung). Ergebnisse der Vorgängerstudie 2009 bei Bayer/Hoffmann, *Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat*, *AG* 2010, R151.

6 Angaben zum Bestand der paritätisch mitbestimmten Unternehmen der Hans-Böckler-Stiftung mit Stand 31.12.2021.

mensdatenbanken (insbesondere AMADEUS, wiso-Praxis), Jahresabschlussdaten, Selbstauskünften der Unternehmen auf ihren Webpräsenzen, Presseartikeln und Handelsregisterdaten. In seltenen Fällen musste die Zahl der inländischen Beschäftigten anhand anderer Größen geschätzt werden, oder es war lediglich eine Mindestzahl an inländischen Beschäftigten ermittelbar.⁷ **Die genannten Zahlen der mitbestimmungsvermeidenden und -ignorierenden Unternehmen sowie der betroffenen Beschäftigten sind stets als Mindestzahlen anzusehen, weil, wie nachfolgend beschrieben, stets eine Dunkelziffer bleibt. Stand der Untersuchung ist der 31.12.2022.**

Während die von der Hans-Böckler-Stiftung ermittelten *paritätisch mitbestimmten* Rechtsträger vollständig sein sollten, dürfte es bei den Fällen der Mitbestimmungsvermeidung und Mitbestimmungsignorierung noch zahlreiche weitere nicht identifizierte Rechtsträger geben. Hauptursache dafür ist, dass insbesondere zu konzernabhängigen Unternehmen, die keinen Einzelabschluss offenlegen müssen (§ 264 Abs. 3 Nr. 1 HGB, § 264b HGB), nicht immer Daten zu Arbeitnehmerzahlen aus anderen Quellen vorliegen. Damit kann für solche Gesellschaften nicht selten auch keine Bewertung über eine eventuelle Mitbestimmungspflicht erfolgen, weil sie mangels Arbeitnehmerzahlen-Daten gar nicht erst in den Kreis der für eine mitbestimmungsrechtliche Bewertung nötigen Vorauswahl gelangen. **Festzuhalten bleibt: Den umfassend bekannten Kreis der paritätisch mitbestimmten Unternehmen kann hier nur eine Mindestzahl an Mitbestimmungsignorierern und Mitbestimmungsvermeidern vergleichbarer Größenordnung zugeordnet werden.**

3 PARITÄTISCHE MITBESTIMMUNG

3.1 Der Anteil paritätisch mitbestimmter Unternehmen sinkt weiter

In absoluten Zahlen war sogar ein leichtes Plus zu verzeichnen: Zum 31.12.2022 gab es in Deutschland 655⁸ Unternehmen mit einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat. Das waren über 100 weniger als noch im Jahre 2002 (767 Unternehmen), aber immerhin 17 mehr als vier Jahre zuvor und so viele wie seit 2012

nicht mehr.⁹ Eine Trendwende? Im Gegenteil. Denn die Gesamtzahl an tendenzfreien Unternehmen, die mit mehr als 2000 inländischen Beschäftigten den Schwellenwert für die Parität überschritten, stieg deutlich stärker an: von 945 im Jahr 2019 erfassten Unternehmen auf 1.084 im Jahr 2022¹⁰. **Der Anteil paritätisch mitbestimmter Unternehmen sank damit trotz des scheinbar gestoppten Rückgangs weiter und erreichte mit 60,5 Prozent (2019¹¹ noch 67,5 Prozent) einen neuen Tiefstand, wogegen der Anteil der Mitbestimmungsvermeider und Mitbestimmungsignorierer deutlich zunahm (siehe Abbildung 1).**

Mindestens vier von zehn bzw. mindestens 428 Großunternehmen verweigern ihren Beschäftigten mittlerweile also die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat – sei es, indem sie nationale Gesetzeslücken oder durch europäisches Recht geschaffene Vermeidungsmöglichkeiten gezielt oder als Nebeneffekt ausnutzen, sei es, indem sie die gesetzlichen Vorschriften schlicht ignorieren. **Die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer*innen kletterte von insgesamt gut 2,1 Millionen (2019) auf 2,45 Millionen (2022).**¹² Mehr als 930.000 von ihnen sind im Handel tätig, wo allein 95 Unternehmen die paritätische Mitbestimmung vermeiden oder ignorieren (siehe Abbildung 2).

Nur 28 Prozent der Handelsunternehmen mit mehr als 2.000 inländischen Beschäftigten haben einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat. Gleichwohl gibt es zwei Wirtschaftsbereiche, die noch schlechter dastehen: In der Leiharbeitsbranche liegt die Quote bei 12 Prozent und im Facility-Management bei gerade einmal 7 Prozent (siehe Abbildung 3).

Zwar vermeiden oder ignorieren auch 98 Industrieunternehmen mit insgesamt 360.000 Beschäftigten die paritätische Mitbestimmung (siehe Abbildung 2 und Abbildung 3). Dennoch ist dieser Sektor immer noch mit Abstand führend, wenn es um die Beteiligung der

⁷ Insofern mussten teilweise Wertungen und Prognosen zur Einstufung einbezogen werden.

⁸ Die in diesem Report vorgelegten Daten nutzen die Zahl 656 – der Bestand paritätisch mitbestimmter Unternehmen von 31.12.2021, weil dies zum Erhebungszeitpunkt 2022 die aktuell verfügbare Zahl war.

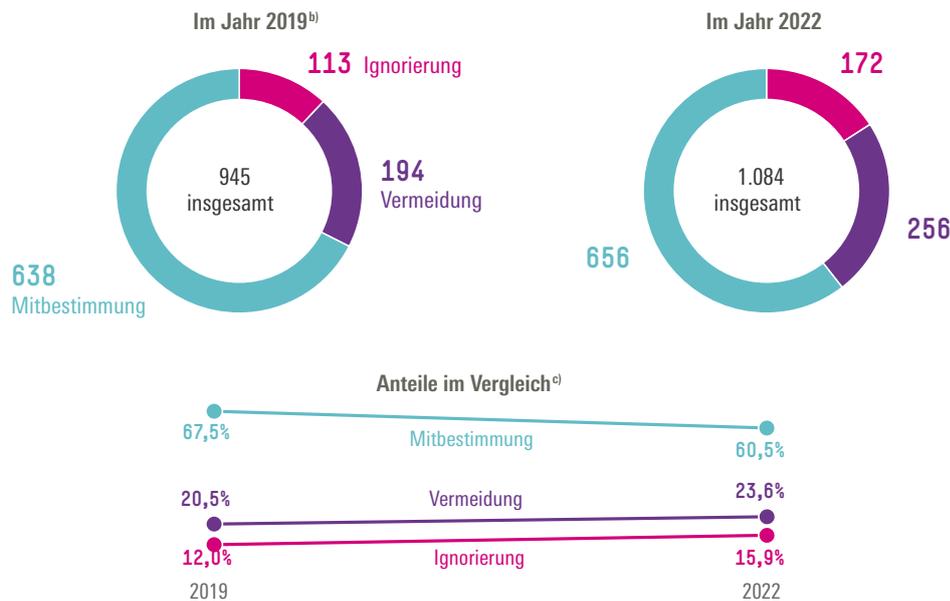
⁹ Unternehmen, die dem Tendenzschutz unterliegen und deshalb von den Mitbestimmungsgesetzen ausgenommen sind, sind bei diesen und allen folgenden Zahlen nicht mitgezählt. Auch die geringe Zahl an Unternehmen, die unter die Regeln der weitergehenden Montanmitbestimmung fallen (unter 25), ist nicht berücksichtigt. Stand 31.12.2022. Ehrenstein, Mitbestimmte Unternehmen: Zahlen und Fakten, 23.10.2023, <https://www.mitbestimmung.de/html/starke-arbeitnehmerbank-in-635-197.html>.

¹⁰ Die jeweilige Zahl bezieht sich auf die Gesamtzahl der tendenzfreien Unternehmen mit mehr als 2000 Inlandsbeschäftigten, die potenziell von paritätischer Mitbestimmung erfasst wären, d. h. die Zahl enthält paritätisch mitbestimmte Unternehmen, Mitbestimmungsvermeider sowie Mitbestimmungsignorierer.

¹¹ Sämtliche zitierte Zahlen von 2019 basieren auf der Studie von 2020, Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, S. 13 ff. auf <https://www.mitbestimmung.de/html/erosion-als-herausforderung-fur-die-14188.html>. Die Zahlen vergleichen die Untersuchungsergebnisse von 2019 und 2022, wobei es jeweils Mindestwerte sind. Daher ist nicht auszuschließen, dass einerseits der Zuwachs 2022 einzelne Unternehmen enthält, die schon 2019 hätten gezählt werden müssen, aber nicht erkannt wurden, oder andererseits der Zuwachs noch größer ist als dargestellt. Sichtbar ist eine klare Entwicklung, aber keine absolute Genauigkeit.

¹² Die genannten Zahlen der betroffenen Beschäftigten sind, wie oben beschrieben, stets als Mindestzahlen anzusehen.

Tendenzfreie Unternehmen^{a)} mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer*innen



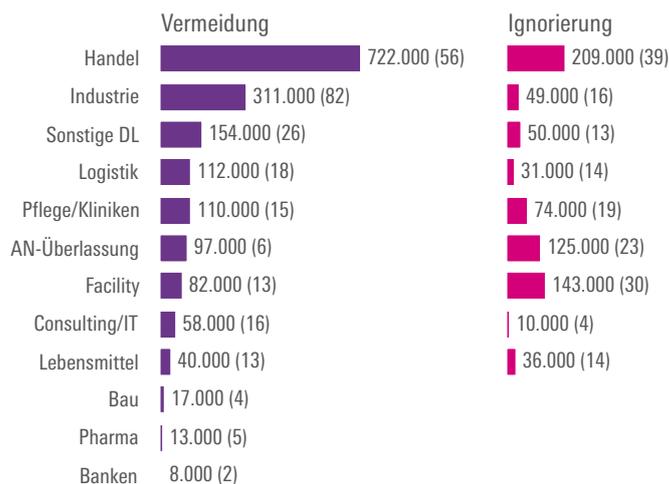
- a) Mit „Unternehmen“ sind in sämtlichen Grafiken tendenzfreie Unternehmen gemeint (vgl. § 1 Abs. 4 MitbestG).
- b) Studie von 2020, Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, S. 13 ff. auf <https://www.mitbestimmung.de/html/erosion-als-herausforderung-fur-die-14188.html>.
- c) Die Zahlen vergleichen die Untersuchungsergebnisse von 2019 und 2022, wobei es jeweils Mindestwerte sind. Daher ist nicht auszuschließen, dass einerseits der Zuwachs 2022 einzelne Unternehmen enthält, die schon 2019 hätten gezählt werden müssen, aber nicht erkannt wurden, oder andererseits der Zuwachs noch größer ist als dargestellt. Sichtbar ist eine klare Entwicklung, aber keine absolute Genauigkeit.

Quelle: I.M.U.



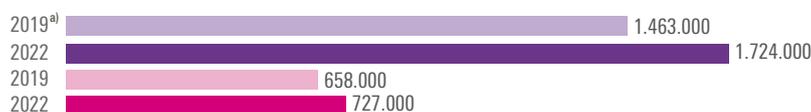
Abbildung 2

Paritätsvermeidung: Betroffene Arbeitnehmer*innen (gerundet) und Unternehmen (in Klammern) nach Branche



Betroffene Arbeitnehmer*innen im Jahresvergleich

Unternehmen mit mehr als 2.000 relevanten Arbeitnehmer*innen

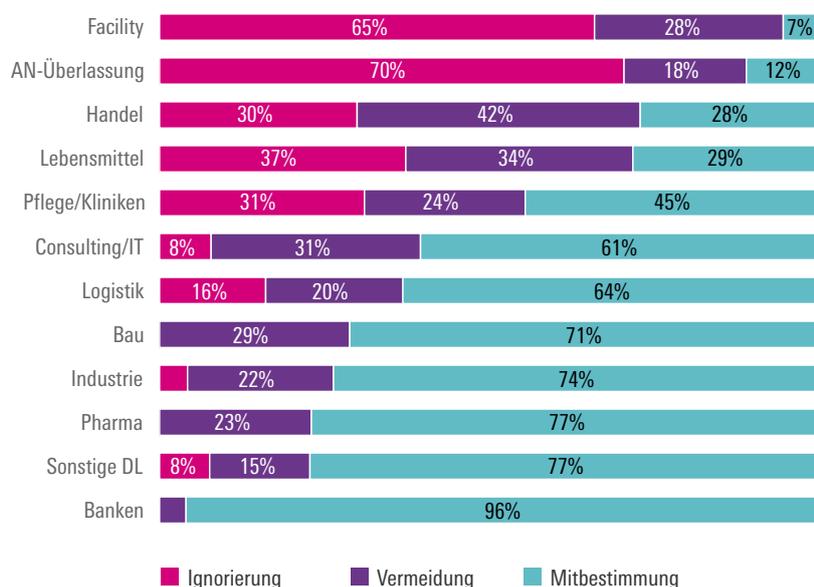


- a) Studie von 2020, Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, S. 13 ff. auf <https://www.mitbestimmung.de/html/erosion-als-herausforderung-fur-die-14188.html>.

Quelle: I.M.U.



Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer*innen Mitbestimmungsdurchdringung einzelner Branchen (gerundet)



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

Beschäftigten geht: Mehr als 42 Prozent aller paritätisch mitbestimmten Unternehmen lassen sich der Industrie bzw. dem verarbeitenden Gewerbe zuordnen.

3.2 Ignorieren und Vermeiden

3.2.1 Mitbestimmungsignorierung

Den 656 (Stand 31.12.2021) paritätisch mitbestimmten Unternehmen standen 2022 **mindestens 172** Großunternehmen gegenüber, die nach den gesetzlichen Vorschriften einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat bilden müssten, das aber rechtswidrig nicht tun.¹³ Ein enormer Zuwachs: Seit 2019 stieg die Zahl dieser Mitbestimmungsignorierer um mehr als die Hälfte. Ihr Anteil an der Gesamtzahl der Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten kletterte auf 15,9 Prozent (2019: 11,8 Prozent). Insgesamt mindestens 727.000 Arbeitnehmer*innen waren betroffen, vor allem im Handel, aber auch in der Industrie (siehe **Abbildung 2**).

Auch viele große Namen finden sich unter den Unternehmen, die die Mitbestimmungsgesetze illegal nicht anwenden. Bekannte Einzelhändler wie Rossmann (ca. 30.000 Arbeitnehmer*innen), IKEA (ca. 20.000 Arbeitnehmer*innen) oder Alnatura (über

3.000 Arbeitnehmer*innen) gehören dazu, aber auch Burger King, Ferrero oder Microsoft Deutschland. **60 Prozent der Unternehmen, die die Vorschriften zur Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats missachten, sind in Familienhand**¹⁴ (siehe **Abbildung 4**). Börsennotiert ist dagegen keines der Unternehmen.

Das Ignorieren der Mitbestimmung kann unterschiedliche Ausprägungen annehmen. Durch den Gesetzesverstoß entstehen Unternehmen, die

- keinerlei unternehmerische Mitbestimmung haben,
- lediglich ein schwächeres Mitbestimmungsregime als die an sich erforderliche Parität (z. B. Drittelbeteiligung) haben,
- zwar eine paritätische Mitbestimmung haben, diese aber nicht auf der relevanten Konzernebene angesiedelt ist.

¹³ Vgl. auch Bayer, Gesetzgeberische Möglichkeiten der Vermeidung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, AG 2023, 137ff.; Bayer/Hoffmann, Gesetzswidrige Mitbestimmungslücken bei der GmbH, GmbHR 2015, 909ff.

¹⁴ Familienunternehmen sind solche, deren Anteile mehrheitlich in den Händen einer natürlichen Person, einer oder zweier Familien oder einer Familienstiftung mit Familienmitgliedern als Begünstigte liegen bzw. bei börsennotierten Gesellschaften solche, bei denen eine einzelne natürliche Person oder eine Familie mit einer Beteiligung ab 30% Hauptversammlungsmehrheiten sicherstellen kann.

Auffällig ist, wie offen sich viele der mitbestimmungs-ignorierenden Kapitalgesellschaften zu ihrem Rechtsbruch bekennen: In ihren Jahresabschlussberichten geben sie Zielgrößen für den Frauenanteil in Geschäftsgremien und Führungsfunktionen an, wozu ohne Börsennotierung nur mitbestimmte Unternehmen verpflichtet sind, und/oder schieben die Verantwortung für die mangelnde Mitbestimmung den Arbeitnehmer*innen oder Gesellschafter*innen zu. Dabei ist es zuallererst die Aufgabe der Unternehmensleitung, für die Einhaltung der Mitbestimmungsgesetze Sorge zu tragen (§ 97 Abs. 1 AktG): Setzt die Geschäftsführung die Verpflichtung zur Einrichtung eines mitbestimmten Aufsichtsrats nicht unverzüglich um, so stellt dies eine Pflichtverletzung dar.

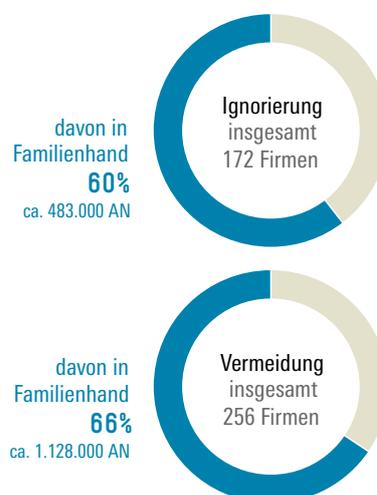
Konsequenzen müssen die Mitbestimmungsignorierer trotzdem nicht fürchten. Ernsthafte Sanktionen sind im Gesetz bislang nicht vorgesehen. Und sollten Arbeitnehmer*innen ein gerichtliches Statusverfahren (§ 98 AktG) in Gang setzen, um einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat durchzusetzen, muss auch das nichts ändern. Die Unternehmen können dann immer noch von den vielfältigen Vermeidungsmodellen Gebrauch machen, mit denen sich ein paritätisch mitbestimmter Aufsichtsrat ganz rechtskonform verhindern lässt. Beispielsweise die deutsche Tochter des schwedischen Textilhändlers H&M wechselte von der GmbH in eine B.V.&Co.KG gerade zu dem Zeitpunkt, als die Betriebsräte einen mitbestimmten Aufsichtsrat durchsetzen wollten. Ähnlich war es bei der Modekette Esprit.¹⁵ Ein aktueller Fall ist Lieferando, der von den vorliegenden Daten noch nicht erfasst ist. Die hinter der Marke stehende Takeaway Express GmbH (über 10.000 Inlandsbeschäftigte) wandelte ihre Rechtsform nach gewerkschaftlicher Ankündigung eines Statusverfahrens 2023 in eine B.V.&Co.KG um. Illegale Mitbestimmungsignorierung und legale Mitbestimmungsvermeidung stehen somit in engem Zusammenhang: Je mehr legale Vermeidungsmöglichkeiten existieren, desto niedriger ist die Hemmschwelle, bestehende Mitbestimmungspflichten einfach zu ignorieren. Gesetzesreformen müssen daher sowohl bei der Ignorierung als auch bei der Vermeidung ansetzen. Einerseits ist die Erleichterung der Durchsetzung der Mitbestimmungspflicht und andererseits ist die Schließung von Mitbestimmungslücken im Gesetz notwendig.

3.2.2 Mitbestimmungsvermeidung

Die paritätische Mitbestimmung kann durch die Umwandlung in eine Europäische Aktiengesellschaft (SE), die Wahl einer ausländischen Rechtsform oder das Ausnutzen von weiteren Anwendungslücken im deutschen und europäischen Recht legal vermieden werden. Die Zahl der Unternehmen, die das tun, ist im Jahr 2022 auf **mindestens 256** angestiegen – **ein Zuwachs um fast ein Drittel seit 2019** (siehe Abbildung 1). Mit 23,6 Prozent vermeidet damit fast jedes

Paritätsvermeider und -ignorierer sind mehrheitlich Unternehmen in Familienhand

Unternehmen mit mehr als 2.000 relevanten Beschäftigten



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

vierte Unternehmen mit mehr als 2.000 inländischen Beschäftigten die paritätische Mitbestimmung. 2019 war es noch jedes fünfte. Zwei Drittel dieser Unternehmen befinden sich in Familienhand (siehe Abbildung 4), börsennotiert sind sechs Prozent. Mehr als 1,7 Millionen Beschäftigten wird so die paritätische Beteiligung im Aufsichtsrat vorenthalten. Rund die Hälfte davon arbeitet in Handel und Dienstleistung – beispielsweise bei Aldi, Esprit oder Zalando, viele aber auch in der Industrie – beispielsweise bei der Meyer Werft oder Würth (siehe Abbildung 2).

Problematisch ist besonders ein Trend: die fortschreitende Flucht vor einer neu einzuführenden Mitbestimmung. Unternehmen, die noch nicht der Mitbestimmung unterliegen, nutzen die genannten Vermeidungswege, um auch bei Erreichen der Schwellenwerte mitbestimmungsfrei bleiben zu können. Häufig fürchten sie um ihre Autonomie – anders als Unternehmen, die bereits mitbestimmungserfahren sind und den Wert der Sozialpartnerschaft schätzen. Mitbestimmung kann deshalb nicht „nachwachsen“. **So entsteht eine neue Generation von wachsenden Unternehmen, die dauerhaft aus dem System Mitbestimmung herausfallen.** Eine Hypothek für die Zukunft der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland. Und eine Hypothek für die Zukunft der sozial-ökologischen Transformation gerade in wachsenden Familienunternehmen. Dabei sind mitbestimmte Aufsichtsräte eine Chance für Unternehmen, die Governance-Dimension des ESG-Ratings zu stärken, eine nachhaltige Finanzierung durch Kapitalgeber sicherzustellen und im Wettbewerb um qualifizierte Arbeit-

¹⁵ Sick/Pütz, WSI-Mitteilungen 2011, 34 (39).

nehmer zu punkten.¹⁶ Es besteht die Gefahr, dass die Unternehmensmitbestimmung so ungewollt zur Beliebigkeit bzw. zum bloßen Wahlrecht der Unternehmen verkommt. War 2015 lediglich ein Unternehmen im DAX30 nicht paritätisch mitbestimmt, so waren es bei Bildung des DAX40 im Jahre 2021 zwölf.

3.2.2.1 Mitbestimmungsvermeidung durch europäisches Recht

Der Hauptgrund für die stetige Zunahme der Vermeidungsfälle seit 2002 liegt in den neu geschaffenen Gestaltungsoptionen des europäischen Rechts. Für die Zukunftsfähigkeit des Mitbestimmungssystems sind diese besonders problematisch. Rund drei Viertel aller Mitbestimmungsvermeider machen auf die eine oder andere Weise von den Möglichkeiten Gebrauch, die ihnen das EU-Gesellschaftsrecht mit seinen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Niederlassungsfreiheit eröffnet hat.

Das meistgenutzte Instrument ist dabei die **Europäische Aktiengesellschaft (SE)**. Dieser Trend dürfte nicht zuletzt von einer lukrativen Beratungsindustrie gerade im Mittelstand und in Familienunternehmen getrieben sein, die die SE als „probates Instrument zur Aushebelung der Mitbestimmung“ anpreist.¹⁷ So vermeiden nahezu alle SE in Familienhand

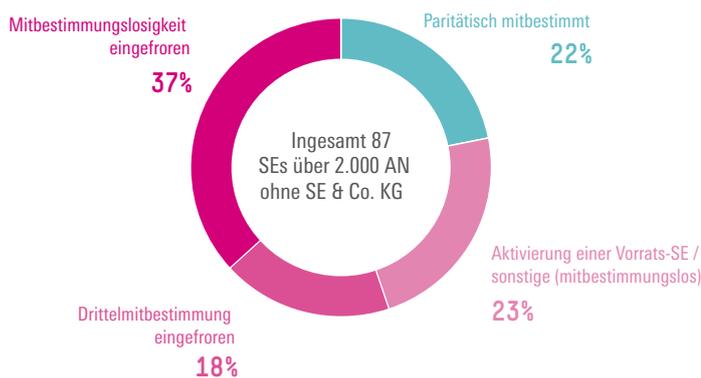
mit mehr als 2.000 Inlandsbeschäftigten die paritätische Mitbestimmung (s. u.). Fragwürdig ist ein solcher Trend allein schon deshalb, weil eigentlicher Zweck der SE-Richtlinie die Bewahrung und der Schutz der Mitbestimmung und nicht eine Wahlfreiheit der Unternehmen hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung ist. In einer SE gelten die nationalen Mitbestimmungsgesetze nicht. Anstelle dessen muss bei einer SE-Gründung bzw. der Umwandlung eines Unternehmens in eine SE mit den Arbeitnehmer*innen über die künftige Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung verhandelt werden. Kommt es zu keiner Einigung, bleibt es beim Status quo. Doch eines haben beide Szenarien gemeinsam: Das Mitbestimmungsniveau (Mitbestimmungslosigkeit, Drittelbeteiligung, Parität), das bei der Gründung festgelegt wurde, wird für die Zukunft „eingefroren“. Auch wenn die Belegschaft später über die Schwellenwerte für die deutschen Mitbestimmungsgesetze hinauswächst, ändert sich nichts mehr an einer Mitbestimmungslosigkeit (Beispiel Vonovia SE) oder einem niedrigen Mitbestimmungsniveau (Beispiel Zalando SE). Die aktuellen deutschen und europäischen Gesetze bieten bislang keinen ausreichenden Schutz vor gezieltem „Einfrieren“. Sie greifen solche Veränderungen weder über die Regelung zu strukturellen Änderungen (z. B. § 18 Abs. SEBG) noch über die Ausgestaltung des Missbrauchsschutzes (z. B. § 43 SEBG)¹⁸ effektiv auf. Eine wirksame Reform des Missbrauchsschutzes im deutschen Recht hat Krause überzeugend vorgeschlagen.¹⁹ Das Grundmodell der Verhandlungslösung mit vergleichbarer Problematik gilt auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Sitzverlegungen (grenzüberschreitende Umwandlung).²⁰

Welche Gefahr dies für die Zukunft der Mitbestimmung darstellt, zeigen die Zahlen für das Jahr 2022²¹ (siehe Abbildung 5).

Von den 87 SEs mit mehr als 2000 Beschäftigten, die es insgesamt in Deutschland gab, waren lediglich 22 Prozent paritätisch mitbestimmt. 37 Prozent hatten die Mitbestimmungslosigkeit und 18 Prozent die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat eingefroren. In 23 Prozent der Fälle war eine SE aktiviert worden, die irgendwann auf Vorrat gegründet wor-

Abbildung 5

SEs nach Effekt, der zur Vermeidung der paritätischen Mitbestimmung führt



Quelle: i.M.U.

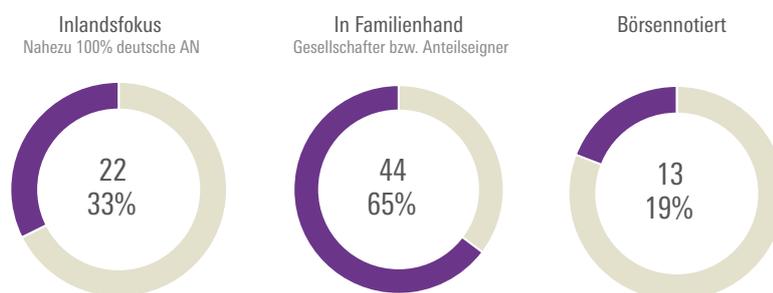
i.M.U.

16 So Kaya/von der Lippe/Hennig, ESG-Strategie im Mittelstand – mehr Governance wagen? Analyse der Aufsichtsrats- und Beiratsbildung, DB 2023, 1169 (1174). Sie kritisieren ihren empirischen Befund einer Tendenz gegen die Aufsichtsratsbildung in mittelständischen Unternehmen. Den Status quo der Governance Strukturen aus Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung halten sie angesichts der ESG-Herausforderung nicht für ausreichend.
17 So beispielsweise Werner, NZG 2022, 541 (541); vgl. Krause, Mitbestimmungsreport 77 (10/2023).

18 Der neue § 36 MgFSG für die grenzüberschreitende Umwandlung und Spaltung ist eine deutliche Verbesserung gegenüber der Regelung für die SE, aber dennoch kein ausreichender Schutz gegen das „Einfrieren“.
19 Krause, Mitbestimmungsreport 77,10/2023. Krause präsentiert überzeugend Vorschläge zur Abhilfe durch präzisere Ausgestaltung des Missbrauchsverbots im nationalen Recht.
20 Sick, Neues zum Recht der Unternehmensmitbestimmung, AuR 2023, 372; Sick, Aktuelle Themen der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland und der EU, in: Gewerkschaftsrechte heute, HSI Schriftenreihe Band 52, 2024.
21 Zu den Zahlen von 2019 und 2020: Sick, Erosion als Herausforderung für die Mitbestimmung, in Mitbestimmungsreport 58 vom 1.5.2020, S. 13 ff. <https://www.mitbestimmung.de/html/erosion-als-herausforderung-fur-die-14188.html>; Sick, Wir bekommen einen Schweizer Käse, Magazin Mitbestimmung 3/2021; Gieseke/Misterek/Sick, 4 von 5 großen SE vermeiden die paritätische Mitbestimmung, 17.11.2021 <https://www.mitbestimmung.de/html/4-von-5-grossen-se-vermeiden-19608.html>.

Fokus: Von den 68 SEs, die die paritätische Mitbestimmung vermeiden

Ohne SE & Co. KG



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

den war, als leere Hülle ohne Beschäftigte und folglich auch ohne Mitbestimmung.²² In absoluten Zahlen heißt das: 68 der 87 SEs waren als Vermeidungs-SEs einzustufen (2020²³: 58). Davon waren 52 ganz mitbestimmungslos und 16 unterparitätisch.

Ein Drittel davon ist entgegen dem häufig angegebenen Gründungsmotiv einer transnationalen Geschäftstätigkeit klar auf das Inland fokussiert, mit nahezu ausschließlich in Deutschland beschäftigten Belegschaften (Abbildung 6). Zwei Drittel dieser „Inlands-SEs“ sind in Familienbesitz, z. B. Sixt, Deichmann, Freudenberg, Schön Klinik. Von den 46 Familien-SEs mit mehr als 2.000 Inlandsarbeitnehmer*innen sind nur zwei paritätisch mitbestimmt (B. Braun, WM).²⁴ Knapp ein Fünftel ist börsennotiert. An prominenten Unternehmen, die als SE firmieren und damit die paritätische Mitbestimmung umgehen, herrscht kein Mangel. Zu nennen wären hier beispielsweise Tesla, Vonovia, Zalando,

BioNTech, Freudenberg, Flaschenpost, ProSiebenSat.1 Media oder Sixt.

Bei der derzeitigen Rechtslage ist die SE ein Kernproblem für die Partizipation im Aufsichtsrat. Das zeigt sich auch daran, dass es 2022 neben den 68 unmittelbaren Vermeidungs-SEs noch 35 im Ergebnis mitbestimmungsvermeidende „SE & Co. KG“ gab (2019: 24) – auf diese Konstruktion, die sich eine Lücke im deutschen Mitbestimmungsgesetz und der SE-Gesetzgebung zunutze macht, wird im nächsten Kapitel noch einzugehen sein.²⁵ Damit findet die Rechtsform SE soweit ersichtlich in insgesamt 103 Fällen eine Anwendung, bei denen die paritätische Mitbestimmung vermieden wird. Insgesamt setzen so vier von zehn Mitbestimmungsverweigerern auf die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (siehe Abbildung 7).

Insgesamt mindestens 479.000 Beschäftigte sind davon betroffen (siehe Abbildung 8).

Darüber hinaus konnten acht Fälle unterparitätischer Mitbestimmung durch grenzüberschreitende Verschmelzung nach MgVG mit mehr als 2000 Inlandsbeschäftigten²⁶ sowie zwei Fälle grenzüberschreitender Umwandlung ausgemacht werden.

Am zweithäufigsten wird aber die paritätische Mitbestimmung durch die Wahl einer **ausländischen Rechtsform** ausgehebelt. Die Rechtsprechung des EuGH hat auch ausschließlich im Inland tätigen Unternehmen ermöglicht, sich in einem anderen Land mit dortiger Rechtsform zu gründen und zu registrie-

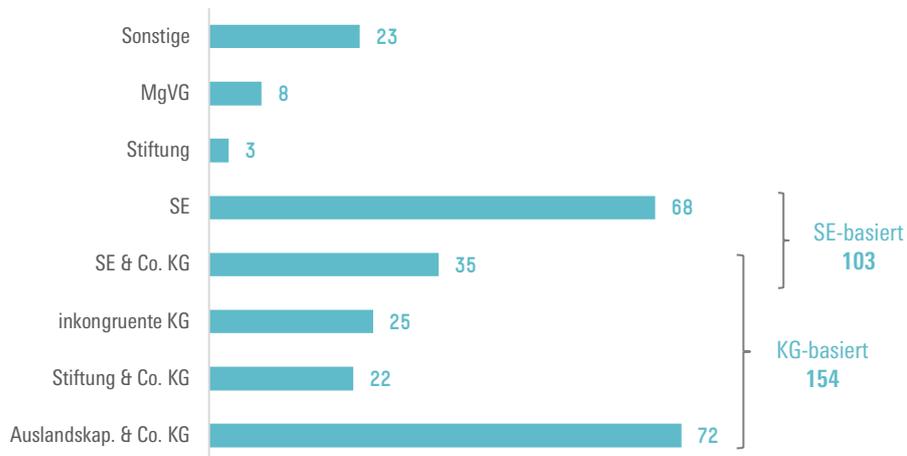
22 Zur Frage des Nachholens von Beteiligungsverhandlungen bei Aktivierung einer arbeitnehmerlosen SE hat der EuGH mit Urteil vom 16.5.2024 – Rs. C-706/22 (Olympus) – nun für die Mitbestimmung höchst problematisch entschieden, dass – solange kein Missbrauch vorliegt – der Einsatz einer arbeitnehmerlosen SE als herrschendes Unternehmen von Tochtergesellschaften mit Arbeitnehmern selbst dann keine Verhandlungspflicht auslöst, wenn bei deren Gründung die Beteiligungsverhandlungen unterblieben sind, weil die Gründungsgesellschaften und ihre Töchter keine Arbeitnehmer beschäftigten. Siehe dazu auch die Vorlage durch das Bundesarbeitsgericht (BAG); BAG 17.5.2022 – 1 ABR 37/20 (A), NZG 2023, 388. Das betrifft nicht nur den Einsatz einer Vorrats-SE als neue Holdinggesellschaft – wie beispielsweise bei der HHLA AG im Rahmen der noch nicht abgeschlossenen Übernahme durch die Reederei MSC geplant – sondern auch Fälle der SE & Co. KG. Mit überzeugenderer Analyse Titze/Buschmann, NZA 2023, 341.

23 Gieseke/Misterek/Sick, 4 von 5 großen SE vermeiden die paritätische Mitbestimmung, 17.11.2021 <https://www.mitbestimmung.de/html/4-von-5-grossen-se-vermeiden-19608.html>.

24 2020: 44 von 45. Vgl. auch Krause Mitbestimmungsreport 77 (10/2023) sowie <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-20-jahre-europaische-aktiengesellschaft-36938.htm>.

25 Zur problematischen Entscheidung des EuGH vom 16.5.2024 – Rs. C-706/22 (Olympus) siehe Fn.22. Siehe auch LAG Nürnberg 1.9.2022 1 – TaBV 27/21 (Brose Fahrzeugteile). Rechtsbeschwerde anhängig beim BAG; ArbG Bamberg 12.8.2021 – 1 BV 14/20 sowie ArbG Bamberg-Kammer Coburg 8.9.2021 – 4 BV 31/20.

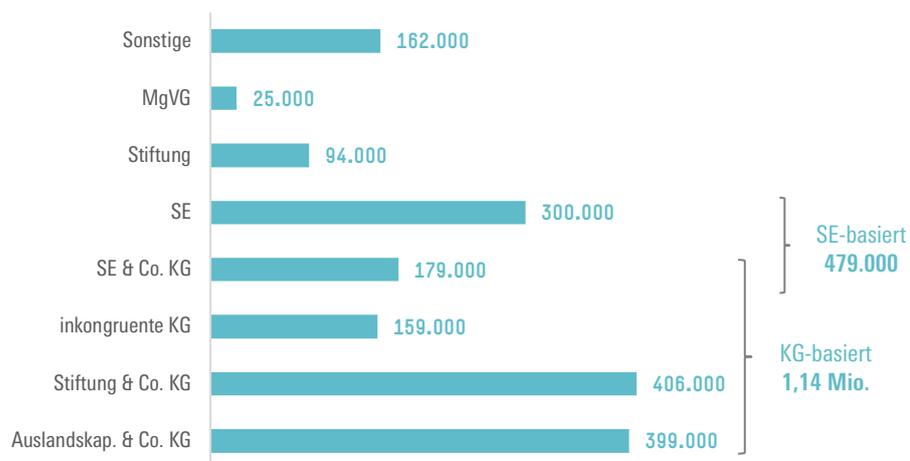
26 Ähnlich wie bei der SE-Gründung kann auch bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung das Mitbestimmungsniveau eingefroren und so das Hineinwachsen in die Parität verhindert werden. Dafür ließen sich 2022 nur acht Fälle feststellen.

Formen der Mitbestimmungsvermeidung bei Unternehmen^{a)} mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer*innen


a) Mindestzahlen

Quelle: I.M.U.

Abbildung 8

Betroffene inländische Beschäftigte (gerundet)^{a)} bei den Formen der Mitbestimmungsvermeidung durch Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer*innen


a) Mindestzahlen

Quelle: I.M.U.

ren – mit der Folge, dass die deutschen Vorschriften zur Unternehmensmitbestimmung nicht mehr greifen. Die Zahl der Unternehmen mit mehr als 2.000 inländischen Beschäftigten, die auf diesem Weg einen paritätischen Aufsichtsrat vermeiden, stieg 2022 auf mindestens 72 (2019: 62) (siehe **Abbildung 7**). Es geht hier um insgesamt mindestens 399.000 Beschäftigte (siehe **Abbildung 8**).

In all diesen Fällen tritt die Auslandskapitalgesellschaft – analog zur „SE & Co. KG“ – als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft auf. Beliebteste ausländische Rechtsform war die niederländische B.V. (24 Fälle) vor der österreichischen GmbH (19 Fälle). Die britische Limited, vormals ebenfalls beliebt, hat mit dem Brexit ausgedient (siehe **Abbildung 9**).

Zu den Unternehmen, die in Deutschland als „Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG“ firmieren, zählen unter anderem Apple, Esprit, H&M, Hunkemöller und die Meyer Werft. Zuweilen ist die Wahl der ausländischen Rechtsform für Außenstehende kaum zu erkennen, weil die österreichischen, schweizerischen, luxemburgischen, liechtensteinischen oder auch Südtiroler/italienischen Gesellschaften ebenfalls mit GmbH oder AG bezeichnet werden (z. B. C&A Mode GmbH & Co. KG mit Schweizer GmbH-Komplementärin).

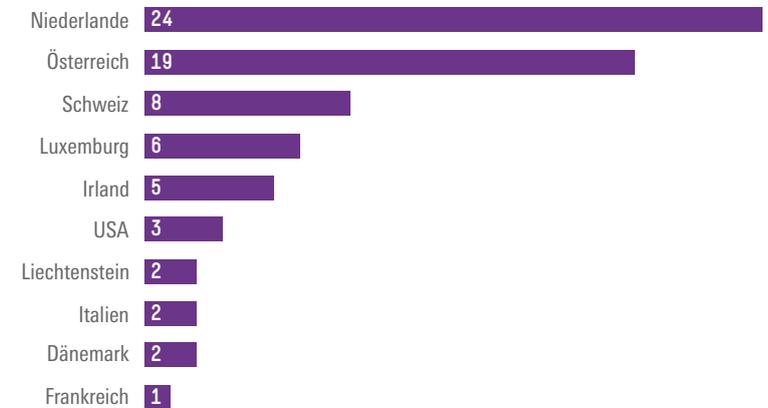
In weiteren zehn Fällen der Mitbestimmungsvermeidung wurden **Auslandskapitalgesellschaften als Zwischenholding** für die deutschen Beteiligungsgesellschaften eines Konzerns genutzt – etwa von Amazon oder Bauhaus – oder allein für die in bloßer Niederlassung betriebenen Deutschland-Aktivitäten eines Unternehmens gegründet. Bekanntes Beispiel für eine solche Scheinauslandsgesellschaft ist McDonald's Deutschland.

3.2.2.2 Lücken im deutschen Recht

Wie im vorangegangenen Abschnitt bereits deutlich geworden, spielen **Kommanditgesellschaften** eine zentrale Rolle bei der Mitbestimmungsvermeidung. Bei Kommanditgesellschaften in der Form der Kapitalgesellschaft und Co. KG kann nur dann die Pflicht zur Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats bestehen, wenn das Unternehmen, das als ihr persönlich haftender Gesellschafter auftritt, eine AG, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), eine GmbH oder eine Genossenschaft ist. So ergibt es sich aus § 4 des Mitbestimmungsgesetzes. Weitere Voraussetzung der Mitbestimmungspflicht ist, dass die Stimmen- oder Anteilsmehrheit der Kommanditisten auch die Stimmen- oder Anteilsmehrheit an der Komplementärin innehat. Bei Inkongruenz fällt eine KG hingegen nicht unter das Mitbestimmungsgesetz. Ein Problem dabei: Die Stimm- und Kapitalanteile bei Kommanditgesellschaften müssen nicht offengelegt werden, die Mehrheitsverhältnisse können deshalb nur anhand der im Handelsregister eingetragenen Haftsummen bestimmt werden – was mitunter das Ergebnis verfälschen kann.

Wenn der Komplementär nicht eine der oben genannten Rechtsformen hat, die nicht im Gesetz aufgeführt ist, findet hingegen die Mitbestimmung kei-

Paritätsvermeidung mit Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG Häufigste Sitzländer des Komplementärs



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

ne Anwendung. Das kann eine SE (SE & Co. KG) oder eine ausländische Kapitalgesellschaft sein (z. B. B.V. & Co. KG), aber auch eine Stiftung. So erreichen Unternehmen, dass sie auch bei mehr als 2.000 Beschäftigten keine Parität im Aufsichtsrat schaffen müssen. Ob die Mitbestimmungsvermeidung dabei primäres Ziel der rechtlichen Konstruktion ist oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Das Resultat ist dasselbe: Mitbestimmung findet nicht statt. Die häufig kurz vor Erreichen des Arbeitnehmerschwellenwerts vorgenommenen Komplementärwechsel, ohne dass sich Gesellschafterhintergründe ändern, legen ein zielgerichtetes Vorgehen aber oft nahe.

All das führt dazu, dass bei der Mitbestimmungsvermeidung nichts so häufig vorkommt wie KG-Konstruktionen: Von den 256 Unternehmen, in denen 2022 trotz relevanter Größe aufgrund rechtlicher Gegebenheiten kein paritätischer Aufsichtsrat bestand, hatten insgesamt 154 bzw. 60 Prozent eine Variante dieses Modells gewählt. Darunter sind 72 Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG, 35 SE & Co. KG, 22 Stiftung & Co. KG (so z. B. Edeka, Lidl, Kaufland) sowie 25 Fälle reiner Gesellschafterinkongruenz (siehe **Abbildung 7**). Demgegenüber gab es gerade einmal 14 Kommanditgesellschaften, die über die Komplementärin paritätisch mitbestimmt waren.

Weil **Stiftungen**, wie erwähnt, im Mitbestimmungsgesetz nicht genannt sind, werden die Mitbestimmungsvorschriften allerdings auch ohne den Umweg über die KG ausgehebelt. Das haben z. B. schon vor Jahrzehnten die Brüder Albrecht getan, indem sie zwei Stiftungen ihrer Familie zu den Trägerinnen von Aldi Nord und Aldi Süd machten. Außerdem kann durch Stiftungskonstruktionen gezielt Gesellschaf-

terinkongruenz hergestellt werden, so z.B. bei der Würth GmbH & Co. KG. So sind am Schraubenhersteller Adolf Würth nicht weniger als fünf Familienstiftungen beteiligt, die gesellschaftsrechtlich nicht miteinander verbunden sind.

3.3 Mitbestimmungsreduzierung

Jenseits von Mitbestimmungsignorierung und -vermeidung entwickelt sich das Phänomen der Mitbestimmungsreduzierung zu einer Gefahr für den Einfluss der Beschäftigten. Hier geht es um Fälle, in denen es zwar einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat gibt, dieser Aufsichtsrat jedoch an Einfluss verliert. Die problematischen Tendenzen sind zusammengefasst:

- In einer KGaA ist das Mitbestimmungsgesetz zwar grundsätzlich anwendbar, der paritätische Aufsichtsrat hat aber nur rudimentäre Rechte. Das betrifft derzeit 27 Unternehmen mit insgesamt mehr als 400.000 Beschäftigten.
- Bei europäischen Verhandlungsmodellen, wie sie bei der SE und der grenzüberschreitenden Verschmelzung vorgeschrieben sind, ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat selbst bei fortgeführter Parität rechtlich schwächer. So haben bislang in der Praxis z. B. Aufsichtsratsvorsitzende immer und nicht erst bei einem Patt nach wiederholter Abstimmung eine Doppelstimme; es gibt kein besonderes Verfahren zur Vorstandsbestellung etc.²⁷
- Zugleich droht das Corporate Governance System aus dem Gleichgewicht zu geraten. Aufgrund der Aufwertung der Rechte von Investor*innen und Hauptversammlung ist der Aufsichtsrat immer stärkerer Einflussnahme ausgesetzt.
- Seit den 2000er-Jahren nimmt unter den paritätisch mitbestimmten Unternehmen der Anteil von GmbHs zu, während der der AGs abnimmt. So sank die Zahl der AGs mit einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat von 386 im Jahr 2002 auf 209 im Jahr 2021. Die Zahl der paritätisch mitbestimmten GmbHs stieg im selben Zeitraum von 337 auf 380. In einer GmbH ist die Position des Aufsichtsrats schwächer als in der AG.
- Rund 80 Prozent der Unternehmen mit einem paritätischen Aufsichtsrat sind Tochtergesellschaften großer Konzerne, die teilweise eine Vielzahl mitbestimmter Tochter- oder Enkelunternehmen haben. Die strategischen Entscheidungen werden aber im Aufsichtsrat der

27 Ungeklärt ist, inwiefern der EuGH in seinem SAP-Urteil (C-677/20) von 18.10.2022 für den Fall einer Umwandlungs-SE diese Punkte gleichwohl als wesentliche Elemente der Mitbestimmung mit Bestandsschutz versehen hat.

Muttergesellschaften getroffen – und dort fehlt es nicht selten an Parität.

- Zu einem Verlust an Einfluss der Beschäftigten und Gewerkschaften kommt es ebenfalls, wenn eine neue Holding ohne Beteiligung von Arbeitnehmer*innen im Ausland angesiedelt wird. Das war etwa beim Industriegas-Konzern Linde der Fall, der seit der Fusion mit dem US-amerikanischen Unternehmen Praxair 2018 in Irland ansässig ist.

4 DRITTELBETEILIGUNG IM AUFSICHTSRAT

4.1 Einblicke in eine Blackbox: Neue Zahlen zur Verbreitung der Drittelmitbestimmung

Die Vermessung der deutschen Drittelbeteiligungslandschaft ist deutlich komplizierter als die Erhebung von Zahlen zur paritätischen Mitbestimmung. Das liegt zum einen an der schieren Masse von Unternehmen, die mit einer Beschäftigtenzahl zwischen 501 und 2.000 für eine Drittelbeteiligung von Arbeitnehmer*innen im Aufsichtsrat infrage kommen: Zum anderen stehen diese kleineren Unternehmen weniger im Blick der Öffentlichkeit und haben in geringerem Umfang allgemeine Publizitätspflichten.

Zum zweiten Mal seit 2009 liegen jetzt Zahlen vor, die einen Einblick in diese Blackbox erlauben. Das Institut für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat für die Hans-Böckler-Stiftung erneut Bekanntmachungen, Satzungen, Bilanzen und andere Unternehmensinformationen in einer umfassenden Untersuchung ausgewertet.²⁸

Dabei konnten 1.470 Unternehmen identifiziert werden, die eine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz haben. Neben konzernfreien Gesellschaften gehörten dazu auch Unternehmen an der Spitze eines Konzerns (wie die Berentzen-Gruppe AG oder die Dorint GmbH) sowie untergeordnete Konzerngesellschaften (wie die BASF Logistics GmbH oder die Bayer Bitterfeld GmbH).

Außerdem wurden 53 SEs ermittelt, bei denen per Beteiligungsvereinbarung eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat festgelegt worden war. Knapp ein Drittel davon machten Unternehmen aus, die, wie oben

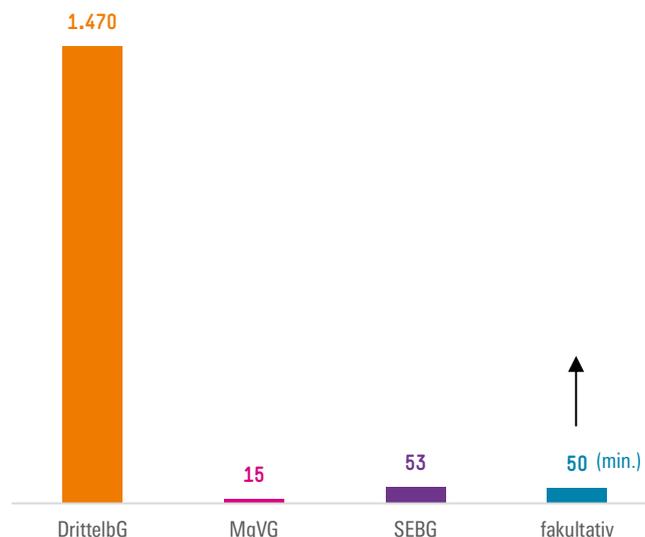
28 Ergebnisse auch bei Bayer/Hoffmann, Drittelmitbestimmung in Deutschland: Aktuelle Rechtstatsachen, AG 2023, R188 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung). Ergebnisse der Vorgängerstudie 2009 bei Bayer/Hoffmann, Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, AG 2010, R151.

erläutert, durch das Einfrieren des Mitbestimmungsniveaus bei der SE-Gründung die paritätische Mitbestimmung vermeiden. Die anderen zwei Drittel hatten den Schwellenwert von 2.000 inländischen Beschäftigten zwar noch nicht erreicht, lagen aber sämtlich so knapp darunter, dass sie als präventive Vermeidungs-SEs zu klassifizieren sind.²⁹ Weitere 15 Gesellschaften hatten die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat im Zuge einer **grenzüberschreitenden Verschmelzung** (nach MgVG) vereinbart; sechs von ihnen hätten ohne das eingefrorene Mitbestimmungsniveau mittlerweile einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat bilden müssen. Komplettiert wird das Tableau durch mindestens 50 Unternehmen vor allem aus dem tendenzgeschützten und öffentlich-rechtlichen Bereich, bei denen die **Drittelbeteiligung auf freiwilliger Basis** erfolgt (siehe **Abbildung 10**).³⁰

Anders als bei den paritätisch mitbestimmten Gesellschaften ist bei der Zahl der Unternehmen, die nach dem Drittelbeteiligungsgesetz mitbestimmt sind, kein Rückgang festzustellen: Die Vorgängerstudie aus dem Jahr 2009³¹ ermittelte mit 1477 Unternehmen³² nahezu denselben Wert wie nun die neuerliche Untersuchung. Verändert hat sich aber die Zusammensetzung. Aktiengesellschaften sind wie im Bereich der paritätischen Mitbestimmung auf dem Rückzug. Hatten sie 2009 noch 47 Prozent (695 Unternehmen) der drittelmitbestimmten Unternehmen ausgemacht, sind es jetzt nur noch 32 Prozent (465 Unternehmen). Dafür stieg der Anteil der GmbHs von 48 (715 Unternehmen) auf 63 Prozent (924 Unternehmen). Die restlichen fünf Prozent teilen sich nach der neuen Untersuchung 50 eingetragene Genossenschaften (e.G.), zumeist aus dem Bankensektor, sieben Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) sowie 24 Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVG) (siehe **Abbildung 11**).³³

Der Löwenanteil der drittelbeteiligten Unternehmen kommt – auch das ähnelt auffällig dem Befund bei der paritätischen Mitbestimmung – mit 41 Prozent aus der Industrie und dem verarbeitenden Gewerbe.³⁴

Unternehmen mit Drittelbeteiligung

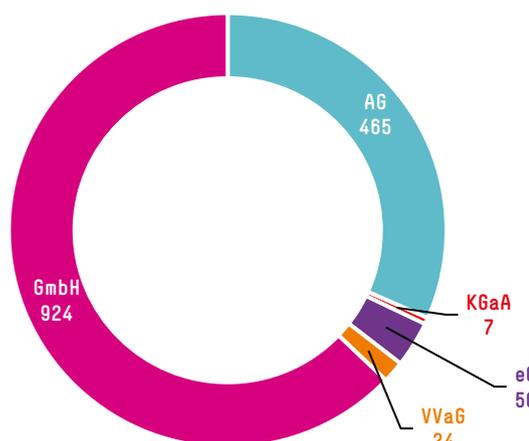


Quelle: I.M.U.

I.M.U.

Abbildung 11

Rechtsform der auf Grundlage des DrittelbG drittelmitbestimmten Unternehmen



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

29 Ein absoluter Ausnahmefall ist die Clariant SE: Die Beschäftigtenzahl des Spezialchemieunternehmens sank nach der SE-Gründung unter den Schwellenwert von 500 ab, trotzdem besteht wegen der fixierten Drittelbeteiligung weiter ein mitbestimmter Aufsichtsrat.

30 Näher zu freiwilligen Aufsichtsräten mit Drittelbeteiligung: Lieder/Becker/Hoffmann, GmbHR 2022, 958 ff.

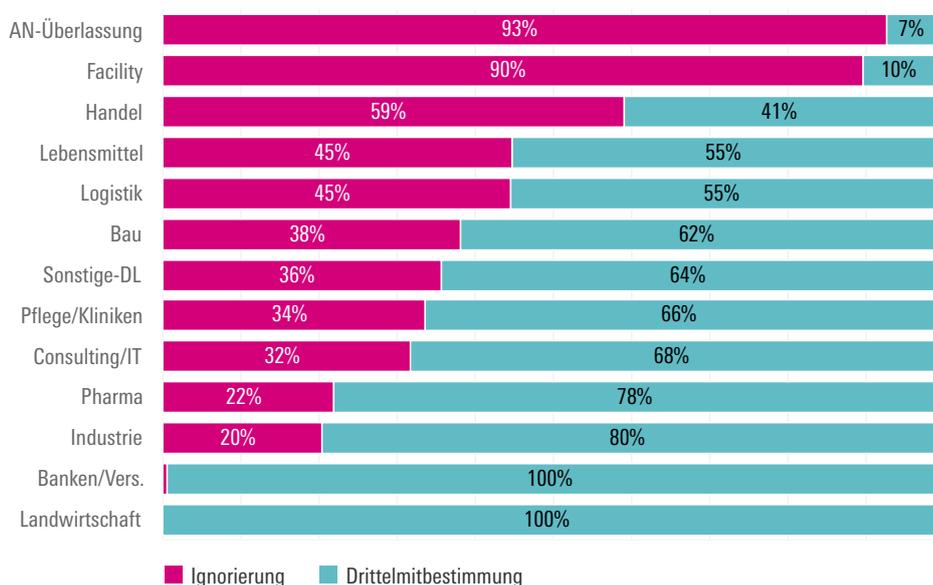
31 Bayer/Hoffmann, Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, AG 2010, R151 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung).

32 Nach DrittelbG bzw. mit eingeleitetem Statusverfahren in Richtung Drittelbeteiligung.

33 Bayer/Hoffmann, Drittelmitbestimmung in Deutschland: Aktuelle Rechtstatsachen, AG 2023, R188 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung). Bayer/Hoffmann, Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, AG 2010, R151 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung). Zur Vorgehensweise im Detail: Bayer, Drittelbeteiligung in Deutschland – Ermittlung von Gesellschaften, die dem DrittelbG unterliegen, Untersuchung im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Dezember 2009, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-1500-unternehmen-mit-drittelbeteiligung-6616.htm>.

34 Bayer/Hoffmann, Drittelmitbestimmung in Deutschland: Aktuelle Rechtstatsachen, AG 2023, R188, R191.

Drittelbeteiligung: Anteil Ignorierer nach Branche



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

Wie die Vorschriften zur Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats, wird allerdings auch das Drittelbeteiligungsgesetz häufig einfach ignoriert.³⁵ Allein unter den Kapitalgesellschaften mit offengelegtem Einzelabschluss konnten mehr als 800 Unternehmen identifiziert werden, die keinen drittelbeteiligten Aufsichtsrat haben, obwohl er gesetzlich vorgeschrieben ist. Da nur ein Teil der Unternehmen, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, einen Einzelabschluss publizieren muss, dürfte die Dunkelziffer noch wesentlich höher liegen. Doch schon wenn man die Zahl von 800 zugrunde legt, bedeutet das: Fast jedes dritte Unternehmen, das eigentlich vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst ist, verstößt gegen das Gesetz. Das Spektrum reicht dabei von Lego über die Oettinger Brauerei bis zu diversen Töchtern des Klinikkonzerns Helios.

Besonders groß ist der Anteil dieser Mitbestimmungsignorierer in der Leiharbeitsbranche (93 Prozent), im Facility-Management (90 Prozent) und im Handel (59 Prozent). Niedriger ist er in der Industrie (20 Prozent) (siehe Abbildung 12).

4.2 Klaffende Drittelbeteiligungslücke: Zu den Auswirkungen der Gesetzeslücken

Im Hinblick auf die Drittelbeteiligung lässt sich im Ergebnis festhalten³⁶: Ca. 1.500 drittelmitbestimmten Unternehmen stehen deutlich mehr als 2.000 größenvergleichbare tendenzfreie Unternehmen gegenüber, bei denen (aus den unterschiedlichsten Gründen – Gesetzeslücke oder Ignorierung) eine Drittelmitbestimmung fehlt. Daraus ergibt sich folgendes Gesamtbild:

- mitbestimmungsfreie „Kapitalgesellschaft & Co. KG“: mehr als 700
- mitbestimmungsfreie Kapitalgesellschaften mangels beherrschungsvertraglicher Zurechnung: ca. 750 (darunter ca. 500 GmbHs und 250 AGs)
- Kapitalgesellschaften, die die Mitbestimmung rechtswidrig ignorieren: deutlich mehr als 800.
- Vermeidungs-SEs (Vermeidung der Drittelbeteiligung): ca. 30
- drittelmitbestimmte Kapitalgesellschaften und sonstige drittelbeteiligte Unternehmen: ca. 1.500 (darunter ca. 900 GmbHs, 500 AGs, 50 SEs und 50 eGs)

³⁵ Vgl. schon Bayer/Hoffmann, Gesetzswidrige Mitbestimmungslücken bei der GmbH, GmbHHR 2015, 909ff.; aktuell mit unterstützenswerten Gesetzesvorschlägen: Bayer, Gesetzgeberische Möglichkeiten de lege ferenda zur Verhinderung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, AG 2023, 137ff.

³⁶ Betrachtung von Unternehmen mit über 501 bis 2.000 Beschäftigten im Inland, zzgl. relevanten Alt-AGs.

Allein diese Zahlen zeigen: Gesetzgeberisches Handeln ist notwendig, damit diese Drittelbeteiligungslücke geschlossen wird. Darüber hinaus gilt es, die rechtswidrige Ignorierung der Mitbestimmungsgesetze zu bekämpfen.

Wie viele Unternehmen es mit einer Beschäftigtenzahl zwischen 501 und 2.000 in Deutschland tatsächlich insgesamt gibt, ist nicht bekannt. Auf jeden Fall aber sind es etliche tausend. Schon die Unternehmensdatenbank AMADEUS, die nach Schätzungen nur etwa jedes zweite Unternehmen erfasst, enthält Tausende GmbHs und AGs mit mehr als 550 Beschäftigten.³⁷ Eine Auswertung von Stichproben eines Fünftels dieser Gesellschaften zeigte, wie gering der Verbreitungsgrad der Unternehmensmitbestimmung ist. Von den AGs der Stichprobe waren rund 29 Prozent drittelmitbestimmt, von den GmbHs sogar nur 13 Prozent.³⁸

Dass nur diese Minderheit einen Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz hat, liegt jedoch nicht allein am rechtswidrigen Ignorieren der Mitbestimmung. Eine noch größere Bedeutung haben Lücken im Gesetz.

4.2.1 Kapitalgesellschaft & Co. KG vollständig erfassen

So sind Kommanditgesellschaften – anders als bei der paritätischen Mitbestimmung – von der Drittelbeteiligung in jeglicher Konstellation ausgenommen. Dabei ist die KG im Bereich der Unternehmen mit 501 bis 2.000 Beschäftigten eine der meistgenutzten Rechtsformen. Auf Stichproben beruhende Hochrechnungen lassen konservativ gerechnet auf **mindestens 500 bis 700 zusätzliche drittelbeteiligte Unternehmen** schließen, wenn es zu einer umfassenden Aufnahme der Kapitalgesellschaft & Co. KG in das Drittelbeteiligungsgesetz käme: mindestens 500 Kapitalgesellschaften & Co. KG, die der Drittelbeteiligung unterfielen, sofern es zur Übertragung der entsprechenden Regelung aus dem Mitbestimmungsgesetz käme (§§ 4 Abs. 1 S. 1 u. 5 Abs. 2 MitbestG) (siehe **Abbildung 13**); Erhöhung dieser Mindestzahl auf fast 700 bei Wegfall der Sonderregelungen für inkongruente Gesellschaften (vgl. § 4 Abs. 1 MitbestG) und Klarstellung der Mitbestimmungspflicht auch im Falle einer zusätzlichen natürlichen Person als Komplementärin neben der Kapitalgesellschaft; Erhöhung um weitere 40 Unternehmen, wenn auch „Auslandskapitalgesellschaften & Co. KG“ durch eine Mitbestimmungserstreckungsregelung in das Drittelbeteiligungsgesetz einbezogen würden. Darüber hinaus ließen sich mehr als 50 „SE & Co. KG“ identifizieren. Bei dieser Rechtsform führt in der Praxis, wie oben ausgeführt (siehe **Abschnitt 3.2.2.1**

Potenziale verschiedener Gesetzesvorschläge

Anzahl neuer drittelbeteiligter Unternehmen (grobe Hochrechnungen nach Stichproben)



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

und **3.2.2.2**), auch ein Erreichen des Schwellenwerts von mehr als 2.000 inländischen Beschäftigten nicht zur paritätischen Mitbestimmung.³⁹ Entscheiden sich Unternehmen, die knapp unter dieser Grenze liegen, für die Rechtsform der „SE & Co. KG“, dann ist das als präventive Mitbestimmungsvermeidung zu werten. Das gilt etwa für etliche Regionalgesellschaften von Aldi Nord und Aldi Süd.

4.2.2 Arbeitnehmerzurechnung im Konzern erleichtern

Die zweite große Lücke im Drittelbeteiligungsgesetz betrifft die **mangelnde Konzernzurechnung (§ 2 Abs. 2 DrittelbG)**. Bei der Antwort auf die Frage, ob ein Unternehmen den Schwellenwert von 501 Arbeitnehmer*innen (ohne leitende Angestellte) erreicht, zählen Beschäftigte von Tochter- oder Enkelgesellschaften nur dann mit, wenn es Beherrschungsverträge gibt oder ein formales Eingliederungsverhältnis vorliegt. Anders als bei den Vorschriften für die paritätische Mitbestimmung (§ 5 MitbestG) reicht die faktische Beherrschung durch bloße Anteilsmehrheit nicht aus. Das Bedürfnis eines Beherrschungsvertrags besteht demgegenüber in der GmbH heute in der Regel nicht – weder aus wirtschaftlichen Gründen noch für die Konzernsteuerung. Anders als in der historischen Praxis genügt heute für steuerliche Zwecke ein isolierter Gewinnabführungsvertrag. Es passt daher nicht mehr zu den bestehenden konzernrecht-

³⁷ Die Untergrenze von 550 Beschäftigten wurde für die Auswertung gewählt, weil leitende Angestellte beim Schwellenwert für die Drittelbeteiligung nicht mitzählen und das Zahlenmaterial regelmäßig keine Differenzierung zulässt.

³⁸ Die Stichproben umfassten jeweils auch Unternehmen mit mehr als 2000 Beschäftigten. Paritätisch mitbestimmt waren rund ein Viertel der untersuchten AGs sowie knapp fünf Prozent der GmbHs.

³⁹ Zur Frage der Verhandlungspflicht bei Einsatz einer arbeitnehmerlosen (Vorrats-)SE als Komplementärin aktuell beim EuGH (C-706/22) anhängig die Vorlage des Bundesarbeitsgerichts (BAG); BAG v. 17.5.2022 – 1 ABR 37/20 (A), NZG 2023, 388; mit umfassender und richtiger Analyse Titze/Buschmann, NZA 2023, 341. Siehe auch LAG Nürnberg 1.9.2022 1 – TaBV 27/21 (Brose Fahrzeugteile). Rechtsbeschwerde anhängig beim BAG; ArbG Bamberg 12.8.2021 – 1 BV 14/20 sowie ArbG Bamberg-Kammer Coburg 8.9.2021 – 4 BV 31/20.

Wirkung der Schließung der Drittelbeteiligungslücke



Quelle: I.M.U.

I.M.U.

lichen Realitäten⁴⁰, die Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz formalistisch an das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung zu knüpfen. In der genannten Stichprobenauswertung verhinderten diese schwachen und sachlich kaum zu begründenden Zurechnungsvorschriften bei sieben Prozent der GmbHs und 15 Prozent der AGs einen drittelbeteiligten Aufsichtsrat. Insgesamt dürfte es also, konservativ geschätzt, um **mindestens 750** Unternehmen gehen (siehe *Abbildung 13*).⁴¹

Dass diese Gesetzeslücke auch gezielt zur Mitbestimmungsvermeidung genutzt wird, macht das Beispiel Wirecard deutlich: Das später insolvente Skandalunternehmen hatte seine kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge just dann in isolierte Gewinnabführungsverträge umgewandelt, als sich die Gesamtzahl der Beschäftigten der 500 näherte.⁴² Ähnlich offensichtlich ist die Vermeidungsstrategie bei Aufspaltung eines Unternehmens in mehrere Gesellschaften, die alle unterhalb

⁴⁰ Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas (2022), Wirecard und die fehlende Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, in: Karami, Behzad (Hrsg.), S. 361, 393.

⁴¹ Vgl. schon 2016: Bayer, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930, 1933.

⁴² Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas (2022), Wirecard und die fehlende Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, in: Karami, Behzad (Hrsg.), S. 361.

des Schwellenwerts für die Drittelbeteiligung bleiben und für die keine Beherrschungsverträge geschlossen werden. Diese Desintegrationsstrategie verfolgte beispielsweise schon vor Jahren der Paketdienstleister DHL.

Würde zusätzlich auch die Regelung des Mitbestimmungsgesetzes zur **fingierten Teilkonzernspitze** (§ 5 Abs. 3) in das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen, so wäre nach grober Schätzung allein in der GmbH-Landschaft von **weiteren möglichen 200 bis 300** drittelbeteiligten Unternehmen auszugehen (siehe *Abbildung 13*).

4.2.3 Gesamtergebnis Drittelbeteiligungslücke
Insgesamt könnte es also je nach Ausgestaltung einer Reform des Drittelbeteiligungsgesetzes zu einer Verdoppelung der Anzahl drittelbeteiligter Unternehmen kommen (ca. 3.000 anstelle ca. 1.500), sollten die genannten Lücken geschlossen werden (siehe *Abbildung 14*).

Freilich berücksichtigen sämtliche dieser Schätzungen anhand von Hochrechnungen nicht die möglichen Ausweichbewegungen von Unternehmen oder mögliche weitere Gesetzesignorierung, sollte es zu den genannten Gesetzesanpassungen kommen.

Je umfassender die Lückenschließung erfolgt, desto schwieriger werden aber Ausweichbewegungen. Um die Wirksamkeit von Reformen zu gewährleisten, sollte die Schließung von Lücken im Anwendungsbereich der Drittelmitbestimmung zusätzlich durch Maßnahmen zur Verhinderung der Mitbestimmungsignorierung flankiert werden.

5 SCHLUSSFOLGERUNGEN UND FORDERUNGEN

Unternehmen haben viele Möglichkeiten, die Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu umgehen. Gesellschaften mit mehr als 2.000 Beschäftigten können die paritätische Vertretung von Arbeitnehmer*innen über das europäische Gesellschaftsrecht, über die Nutzung einer ausländischen Rechtsform oder über Lücken im deutschen Mitbestimmungsgesetz verhindern. Noch einfacher ist es bei der Drittelbeteiligung: Das Gesetz ist derart löchrig, dass weite Teile der Unternehmen mit 501 bis 2.000 Beschäftigten überhaupt nicht erfasst sind. Hinzu kommt, dass ein erheblicher und wachsender Teil der eigentlich mitbestimmungspflichtigen Unternehmen die Vorschriften zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats einfach ignoriert. Denn mit Sanktionen müssen sie bislang nicht rechnen.

Die aktuellen Zahlen belegen, wie weit die Erosion der Unternehmensmitbestimmung vorangeschritten ist. In rund 40 Prozent der Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten gibt es keinen paritätisch besetzten Aufsichtsrat. Bei den Unternehmen mit 501 bis 2.000 Arbeitnehmer*innen lässt sich die Quote

der drittelbeteiligten Aufsichtsräte zwar nicht exakt bestimmen, weil die Gesamtzahl der Unternehmen nicht ermittelbar ist. Fest steht aber: Die identifizierten 1.470 Gesellschaften, die nach dem Drittelbeteiligungsgesetz mitbestimmt sind, machen nur eine Minderheit aus.

Das deutsche Modell der Sozialpartnerschaft ist hierdurch ernsthaft gefährdet.⁴³ Das hat die Politik mittlerweile auch erkannt. Die Koalition von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP im Bundestag hat sich vorgenommen, zumindest zwei der größten Lücken im Mitbestimmungsrecht zu schließen. In ihrem Koalitionsvertrag⁴⁴ hat die Ampelkoalition angekündigt, das Einfrieren des Mitbestimmungsniveaus bei einer SE-Gründung zu beenden: Wenn die Beschäftigtenzahl einer Europäischen Aktiengesellschaft so wächst, dass die Schwellenwerte der Mitbestimmung überschritten werden, soll jedenfalls keine „vollständige Mitbestimmungsvermeidung“ mehr möglich sein, heißt es in dem Papier. Unter dem Gesichtspunkt des Mitbestimmungsschutzes wäre es sinnvoll, dies so zu verstehen, dass jeder Missbrauch des „Einfrier-effekts“ ausgeschlossen werden soll und nicht nur zukünftig noch zu gründende SEs⁴⁵ erfasst werden sollen. In diesem Fall könnte sich die Zahl der paritätisch mitbestimmten Unternehmen nach derzeitigem Stand allein durch die Aufnahme bereits bestehender SEs um rund zehn Prozent erhöhen: Auf 656 Gesellschaften mit einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat kommen aktuell 68 SEs, die die Parität ganz mitbestimmungslos (52) oder durch eine auf niedrigerem Niveau (16) eingefrorene Mitbestimmung vermeiden. Systematisch wäre zusätzlich an die grenzüberschreitende Verschmelzung (acht Fälle nach MgVG) und an die grenzüberschreitende Umwandlung nach MgFSG zu denken. Sollten dagegen lediglich SEs gemeint sein, in denen es noch keinerlei unternehmerische Mitbestimmung gibt – auch keine Drittelbeteiligung –, wären derzeit 52 Europäische Aktiengesellschaften mit mehr als 2.000 Beschäftigten betroffen. Der EuGH⁴⁶ betonte jüngst ausdrücklich die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, „geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten“. Er hebt hervor, dass der nationale Gesetzgeber bei der Festlegung geeigneter Maßnahmen einen Wertungsspielraum hat. Diesen Spielraum sollte der Gesetzgeber nun voll zum Schutz der Mitbestimmung ausschöpfen.

Außerdem hat die Koalition angekündigt, die Regeln zur Konzernzurechnung, wie sie bei der paritätischen

Mitbestimmung gelten, auch auf die Drittelbeteiligung zu übertragen. Das heißt: Auch ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederungsverhältnis würden die Beschäftigten von inländischen Tochter- und Enkelgesellschaften mitzählen, wenn es um das Erreichen des Schwellenwerts für einen drittelbeteiligten Aufsichtsrat geht. Die Zahl der Unternehmen, die vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst werden, könnte sich so um mindestens 750 erhöhen.

Noch sind den Ankündigungen im Koalitionsvertrag keine Taten gefolgt. Doch wenn die Vorhaben umgesetzt würden, wären das zweifellos Schritte in die richtige Richtung. Sie reichen allerdings nicht aus. Einzelne Schlupflöcher zu schließen, während andere ähnlich große offen bleiben, würde nur zu einem Ausweichen auf andere Vermeidungsstrategien führen – oder solange Verstöße gegen die Mitbestimmungsgesetze nicht ernsthaft sanktioniert werden, zum Ignorieren der Mitbestimmungspflicht.

Die Befunde machen unmissverständlich klar: Wenn nicht entschlossen gegengesteuert wird, droht die fortschreitende Erosion der Mitbestimmung. Um das Mitbestimmungssystem und damit einen tragenden Pfeiler der deutschen Arbeitsbeziehungen zu schützen, muss der nationale Gesetzgeber handeln. Aber auch auf europäischer Ebene muss die Mitbestimmung geschützt werden.

Die gewerkschaftlichen Kernforderungen sind deshalb:

- Die Ampelkoalition muss ihre Ankündigung aus dem Koalitionsvertrag wahr machen und dafür sorgen, dass bei europäischen Verhandlungsmodellen das Einfrieren eines Status ohne oder mit geringer Mitbestimmung verhindert wird.⁴⁷ Das muss sowohl bei SE-Gründungen gelten (derzeit 68 Fälle der Vermeidung paritätischer Mitbestimmung zuzüglich 35 SE & Co.KGs mit über 2.000 Beschäftigten) als auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung (8 Fälle) sowie bei allen weiteren europäischen Verhandlungsmodellen.
- Die Mitbestimmung ist europarechtlich zulässig, auf ausländische Rechtsformen, insbesondere in Form der ausländischen Kapitalgesellschaft & Co.KG, zu erstrecken (Mitbestimmungserstreckungsgesetz).⁴⁸ Durch die Wahl einer ausländischen Rechtsform vermeiden derzeit 72 Unternehmen die paritätische Mitbestimmung.

43 Sick, #Zukunftmitbestimmung – Erosion der Mitbestimmung gefährdet Sozialpartnerschaft, BB 46/2020, I.

44 Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 72, 134, Auszüge in AuR 2022, 19 ff.

45 Mit Krause, Mitbestimmungsreport 77, 10/2023, S. 34ff. stellt es keine unzulässige Rückwirkung dar, eine neue gesetzliche Regelung zur Eindämmung des Einfrier-effekts auf bereits bestehende SE anzuwenden.

46 16.5.2024 – Rs. C-706 (Olympus), Rz. 56, 57.

47 Ausführliche Erörterung der gesetzgeberischen Möglichkeiten de lege ferenda und überzeugende Reformvorschläge bei Krause, Mitbestimmungsreport 77, 10/2023. Zur problematischen Entscheidung des EuGH vom 16.5.2024 – Rs. C-706/22 (Olympus) siehe Fn. 22.

48 Hierzu Gesetzesvorschlag von Seifert, Gesetzentwurf zur Erstreckung der Deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften, Mitbestimmungsreport 65, 6/2021 https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044.

- Das Mitbestimmungsgesetz (§ 4) sollte so geändert werden, dass es jede Form der „Kapitalgesellschaft & Co. KG“ erfasst, also auch mit einer Auslandskapitalgesellschaft (72 Vermeidungsfälle) als Komplementärin. Auch weitere KG-basierte Vermeidungskonstellationen sollten einbezogen werden: Stiftung & Co. KG (22 Fälle) sowie Fälle der Gesellschafterinkongruenz (25 Fälle). Den insgesamt 154 KG-basierten Vermeidungsfällen stehen nur 14 Anwendungsfälle des Mitbestimmungsgesetzes gegenüber.
- Um die Lücke bei der Drittelbeteiligung (§ 2 Drittelbeteiligungsgesetz) zu schließen, muss die Ampelkoalition wie angekündigt das Gesetz so ändern, dass Inlandsbeschäftigte wie bei der paritätischen Mitbestimmung (§ 5 MitbestG) für die Schwelle zur Anwendung des Gesetzes (500 Arbeitnehmende) konzernweit gezählt werden (Konzernzurechnung). Hier geht es um mindestens 750 Fälle.
- Kommanditgesellschaften (KG) in der Form der Kapitalgesellschaft & Co. KG müssen neu ins Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen

werden (derzeit mindestens 800 Fälle⁴⁹). Zugleich muss der Anwendungsbereich wie auch im Mitbestimmungsgesetz lückenlos ausgestaltet werden.

- Es bedarf eines effektiven Vorgehens gegen die Fälle, in denen die Mitbestimmungsgesetze rechtswidrig nicht angewandt werden. Derzeit betrifft das mindestens 172 Unternehmen im Bereich der paritätischen Mitbestimmung und mehr als 800 bei der Drittelbeteiligung.⁵⁰
- In Europa sollte eine Rahmenrichtlinie mit generellen Mindeststandards für die Partizipation der Arbeitnehmer*innen geschaffen werden. Die Beteiligung der Beschäftigten an unternehmerischen Entscheidungen muss als Kernelement der europäischen Corporate Governance verankert werden.

⁴⁹ Abzüglich der eher niedrigen Zahl tendenzgeschützter oder nur der Vermögensverwaltung dienender Unternehmen.

⁵⁰ Überzeugende Vorschläge de lege ferenda bei Bayer, Gesetzgeberische Möglichkeiten de lege ferenda zur Verhinderung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, AG 2023, 137ff.; Bayer/Hoffmann, Gesetzswidrige Mitbestimmungslücken bei der GmbH, GmbHR 2015, 909ff.



WEITERE INFORMATIONEN UNTER

<https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-sichern-18828.html>

<https://www.mitbestimmung.de/html/starke-arbeitnehmerbank-in-635-197.html>

<https://www.mitbestimmung.de/html/eindammung-des-einfriereffekts-bei-der-41879.html>

<https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?produkt=HBS-008703>

https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044



AKTUELLER FORSCHUNGSÜBERBLICK

https://www.boeckler.de/data/Hans-Boeckler-Stiftung_Mitbestimmung_Gestaltungsprinzip-der-.pdf

Bayer, Walter: Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930.

Bayer, Walter / Hoffmann, Thomas: Drittelmitbestimmung in Deutschland: Aktuelle Rechtstatsachen, AG 2023, R188, R191 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung).

Bayer, Walter: Gesetzgeberische Möglichkeiten de lege ferenda zur Verhinderung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, AG 2023, 137.

Bayer, Walter / Hoffmann, Thomas: Wirecard und die fehlende Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, in: Karami, Behzad (Hrsg.), Skandalfall Wirecard: Eine wissenschaftlich-fundierte interdisziplinäre Analyse, Wiesbaden 2022, S. 361.

Bayer, Walter / Hoffmann, Thomas: Gesetzwidrige Mitbestimmungslücken bei der GmbH, GmbHR 2015, 909.

Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas: Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, AG 2010, R151 (basierend auf Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung).

Bayer, Walter: Drittelbeteiligung in Deutschland – Ermittlung von Gesellschaften, die dem DrittelbG unterliegen, Untersuchung im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Dezember 2009, abrufbar unter www.boecklerimpuls.de.

Chyz, James / Eulerich, Marc / Fligge, Benjamin / Romney, Miles A.: Codetermination and Aggressive Reporting: Audit Committee Employee Representation, Tax Aggressiveness, and Earnings Management, Journal of International Accounting, Auditing and Taxation. Last Revised: 23 Apr 2023.

Ehrenstein, Irene: Mitbestimmte Unternehmen: Zahlen und Fakten, 23.10.2023, abrufbar unter <https://www.mitbestimmung.de/html/starke-arbeitnehmerbank-in-635-197.html>.

Gieseke, Felix / Misterek, Fokko / Sick, Sebastian: 4 von 5 großen SE vermeiden die paritätische Mitbestimmung, 17.11.2021, abrufbar unter <https://www.mitbestimmung.de/html/4-von-5-grossen-se-vermeiden-19608.html>.

Jäger, Simon / Schoefer, Benjamin / Heining, Jörg: Labor in the Boardroom. In: Quarterly Journal of Economics, 2021, 136 (2).

Kaya, Devrimi / von der Lippe, Hendrik / Hennig, Philipp: ESG-Strategie im Mittelstand – mehr Governance wagen? Analyse der Aufsichtsrats- und Beiratsbildung, DB 2023, 1169.

Krause, Rüdiger: Eindämmung des „Einfriereffekts“ bei der Europäischen Gesellschaft (SE) – Rechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Maßnahmen bei SE und grenzüberschreitender Verschmelzung, Mitbestimmungsreport 77, 10 / 2023, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?produkt=HBS-008703>.

Lieder, Jan / Becker, Marcus A. / Hoffmann, Thomas: Freiwillige Arbeitnehmermitbestimmung in fakultativen Aufsichtsgremien, GmbHR 2022, 958 ff.

Rapp, Steffen / Wolff, Michael: Wirkung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat auf die Unternehmensführung. Eine empirische Analyse vor dem Hintergrund der Finanz- und Wirtschaftskrise. Study der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 424, Juni 2019.

Scholz, Robert: Unternehmensmitbestimmung und die sozialökologische Transformation, in Mitbestimmungsreport 79, 12 / 2023.

Seifert, Achim: Gesetzentwurf zur Erstreckung der Deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften – Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Mitbestimmungsreport Nr. 65, 6 / 2021, abrufbar unter https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044.

Sick, Sebastian: Aktuelle Themen der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland und der EU, in: Gewerkschaftsrechte heute, HSI Schriftenreihe Band 52, 2024.

Sick, Sebastian: Neues zum Recht der Unternehmensmitbestimmung, AuR 2023, 372.

Sick, Sebastian: Wir bekommen einen Schweizer Käse, Magazin Mitbestimmung 3 / 2021, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/de/magazin-mitbestimmung-2744-wir-bekommen-einen-schweizer-kaese-33307.htm>.

Sick, Sebastian: #Zukunftmitbestimmung – Erosion der Mitbestimmung gefährdet Sozialpartnerschaft, BB 46 / 2020, I.

Sick, Sebastian: Erosion als Herausforderung für die Mitbestimmung, in Mitbestimmungsreport 58 vom 1.5.2020, S. 13–17, abrufbar unter <https://www.mitbestimmung.de/html/erosion-als-herausforderung-fur-die-14188.html>.

Sick, Sebastian / Pütz, Lasse: Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI-Mitteilungen 2011, 34 (39), abrufbar unter https://www.wsi.de/data/wsimit_2011_01_Sick.pdf.

Titze, Julian / Buschmann, Thomas: Nachholen des Verhandlungsverfahrens in einer ohne Arbeitnehmerbeteiligung gegründeten SE, NZA 2023, 341.

Werner, Rüdiger: Die SE als Instrument zur Einschränkung der Mitbestimmung, NZG 2022, 541.



Alle Links wurden zuletzt am 05.06.2024 geprüft.

Das I.M.U. (Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung) berät und qualifiziert Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, Betriebs- und Personalräten sowie Arbeitsdirektorinnen und Arbeitsdirektoren. Demokratie lebt von Mitbestimmung. Wir fördern eine Kultur, in der Menschen sich einbringen, mitentscheiden und mitgestalten können. Im Alltag und am Arbeitsplatz.



X (TWITTER)

Wie wollen wir morgen arbeiten und leben? Wie können wir Mitbestimmung im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung sichern? Mehr Informationen über #zukunftmitbestimmung auf unserem X-Kanal:

x.com/ZukunftMB



MITBESTIMMUNGSPORTAL

Das Mitbestimmungsportal der Hans-Böckler-Stiftung bietet Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern umfangreiches Orientierungs- und Handlungswissen: aktuell, informativ und passgenau auf Eure Bedürfnisse zugeschnitten.

Jetzt kostenlos auf <https://www.mitbestimmung.de> registrieren und für unseren Newsletter anmelden.



MITBESTIMMUNG DURCH PRAXISWISSEN GESTALTEN

Betriebs- und Dienstvereinbarungen zeigen: Betriebliche Praxis gestaltet heute gute Arbeit von morgen. Wir stellen Beispiele vor, bei denen sich Mitbestimmungsakteure und Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auf Regelungen verständigt haben, um Folgen digitaler und technologischer Entwicklungen positiv im Sinne der Beschäftigten mitzubestimmen.

<https://www.boeckler.de/betriebsvereinbarungen>

IMPRESSUM

Herausgeber

Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.)
der Hans-Böckler-Stiftung
Georg-Glock-Str. 18, 40474 Düsseldorf
Telefon +49 (211) 7778-172

<https://www.mitbestimmung.de>

Pressekontakt

Rainer Jung, +49 (211) 7778-150
rainer-jung@boeckler.de

Satz: Yuko Stier

Redaktion

Dr. Sebastian Sick
Referat Unternehmensrecht und Corporate Governance
Hans-Böckler-Stiftung, Telefon: +49 (211) 7778-257
sebastian-sick@boeckler.de

Ausgabe

Mitbestimmungsreport Nr. 81, 06.2024

ISSN 2364-0413



„Erosion der Unternehmensmitbestimmung“ von Sebastian Sick ist unter der Creative Commons Lizenz Namensnennung 4.0 International lizenziert (BY).

Diese Lizenz erlaubt unter Voraussetzung der Namensnennung des Urhebers die Bearbeitung, Vervielfältigung und Verbreitung des Materials in jedem Format oder Medium für beliebige Zwecke, auch kommerziell.

Den vollständigen Lizenztext finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>

Die Bedingungen der Creative Commons Lizenz gelten nur für Originalmaterial. Die Wiederverwendung von Material aus anderen Quellen (gekennzeichnet mit Quellenangabe) wie z. B. von Abbildungen, Tabellen, Fotos und Textauszügen erfordert ggf. weitere Nutzungsgenehmigungen durch den jeweiligen Rechteinhaber.