11/2015 | R161

GmbHR im Blickpunkt

Dr. Jan Giedinghagen, LL.M. / Maximiliane Kempermann, Bonn*

Unternehmerische Mitbestimmung: Berücksichtigung auch von Arbeitnehmern im Ausland?

I. Einleitung

Das LG Frankfurt a. M. hat mit einer am 16.2.2015 – 3-16 O 1/14, ZIP 2015, 634 ergangenen Entscheidung für erheblichen Wirbel in der mitbestimmungsrechtlichen Literatur gesorgt, indem es als bislang erstes deutsches Gericht im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer bei der Ermittlung der für die unternehmerische Mitbestimmung maßgeblichen Schwellenwerte mitberücksichtigt hat.

II. Grundzüge der unternehmerischen Mitbestimmung

Das deutsche Recht kennt im Wesentlichen zwei Formen der Arbeitnehmermitbestimmung: Die Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene, die durch eigens gebildete Arbeitnehmervertretungsorgane (insbesondere Betriebsräte) ausgeübt wird (betriebliche Mitbestimmung), sowie die Mitbestimmung auf Unternehmensebene durch in das Aufsichtsorgan des Unternehmens entsandte Arbeitnehmervertreter (unternehmerische Mitbestimmung).

Die Voraussetzungen, unter denen Arbeitnehmer ein Recht auf unternehmerische Mitbestimmung in deutschen Unternehmen haben, sind im *Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)* und im *Mitbestimmungsgesetz (MitbestG)* geregelt. Zunächst greifen diese Gesetze nur für Unternehmen mit einer bestimmten Rechtsform ein, darunter die AG und die GmbH. Nicht erfasst hiervon etwa ist die Europäische Aktiengesellschaft (SE), für die insoweit ein eigenständiges Regelungsregime nach dem SEBG gilt (vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG; *Giedinghagen* in Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl. 2009, § 19 Rz. 114).

Darüber hinaus muss die Arbeitnehmerzahl des betreffenden Unternehmens einen Schwellenwert erreicht haben, der für die Mitbestimmung nach dem *DrittelbG* bei mehr als 500 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 DrittelbG) und für die Mitbestimmung nach dem *MitbestG* bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 MitbestG) liegt. Kurzfristige Schwankungen der Arbeitnehmerzahlen sollen dabei außer Betracht gelassen werden; ausschlaggebend sind daher die regelmäßigen Beschäftigungszahlen.

Bei mehrstufigen Konzernen werden Arbeitnehmer von Tochter- oder Enkelgesellschaften einer inländischen Konzernobergesellschaft mit mitbestimmter Rechtsform unter bestimmten Umständen zugerechnet und so bei der Ermittlung des Erreichens oben genannter Schwellenwerte mitberücksichtigt: Für die Anwendbarkeit der Mitbestimmung nach dem *MitbestG* ist dafür Voraussetzung, dass es sich bei der inländischen Obergesellschaft um das herrschende Unternehmen eines Konzerns im Sinne des § 18 AktG handelt (vgl. § 5 Abs. 1 MitbestG). Für die Anwendbarkeit der Mitbestimmung nach dem *DrittelbG* gelten die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens als solche des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG besteht oder das abhängige Unternehmen gemäß § 319 AktG in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist (§ 2 Abs. 2 DrittelbG).

Der Kreis der zuzurechnenden Arbeitnehmer richtet sich dabei sowohl für das *MitbestG* (§ 3 Abs. 1 MitbestG) als auch für das *DrittelbG* (§ 3 Abs. 1 DrittelbG) nach den entsprechenden Bestimmungen des *Betriebsverfassungsgesetzes* (vgl. § 5 Abs. 1 BetrVG).

III. Bislang herrschende Meinung: Keine Berücksichtigung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer

Weder das *DrittelbG* noch das *MitbestG* trifft eine ausdrückliche Aussage dazu, ob die Regelungen für die Ermittlung der Schwellenwerte zur Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung auch auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer Anwendung finden oder auf das Inland beschränkt sind.

Nach bisher herrschender Ansicht ist für die Berechnung der Schwellenwerte von einer Beschränkung auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer auszugehen. Entscheidend dafür ist, ob der jeweilige Arbeitnehmer in die betriebliche Organisation eines inländischen Unternehmens eingegliedert ist (vgl. *Gach* in Münch.Komm.AktG, 4. Aufl. 2014, § 3 MitbestG Rz. 19). Begründet wird diese Beschränkung maßgeblich mit der Geltung des Territorialitätsprinzips (LG Düsseldorf vom 5.6.1979 – 25 AktE 1/78, DB 1979, 1451; *Oetker* in ErfK, 15. Aufl. 2015, Einführung zum DrittelbG Rz. 3; *Giedinghagen* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 52 Rz. 37; *Gach* in Münch.Komm.AktG, 4. Aufl. 2014, § 3 MitbestG Rz. 19; *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 3 MitbestG Rz. 40; *Koberski* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 3 MitbestG Rz. 28, 32; *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229 [2232]; zur Nichtberücksichtigung von Leih-

* *Dr. Jan Giedinghagen, LL.M. (Boston)* ist Rechtsanwalt und Partner, *Maximiliane Kempermann* ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Assoziierte Partnerin, beide bei Flick Gocke Schaumburg, Bonn.

arbeitnehmern bei der Ermittlung der Schwellenwerte s. OLG Hamburg vom 31.1.2014 – 11 W 89/13, AG 2014, 588).

Im Gesetzgebungsverfahren zum *MitbestG* hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen eine Einbeziehung von Arbeitnehmern ausländischer Konzerngesellschaften in die deutsche Mitbestimmung ausgesprochen (vgl. Stellungnahme BT-Ausschuss für Arbeits- und Sozialordnung, BT-Drucks. 7/4845, S. 4).

IV. Entscheidung des LG Frankfurt a. M. vom 16.2.2015

Gegenstand des vor dem LG Frankfurt a.M. geführten Rechtsstreits war der Antrag eines Münchner Hochschulprofessors und Aktionärs der Deutsche Börse AG auf Überprüfung der Zusammensetzung ihres Aufsichtsrats im Rahmen eines sog. Statusverfahrens gemäß § 98 AktG. Der Antragsteller hatte beabsichtigt festzustellen, dass der Aufsichtsrat ohne Vertreter der Arbeitnehmer zusammenzusetzen sei, da das *DrittelbG* wegen seiner Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts auf inländische Arbeitnehmer gegen geltendes Unionsrecht verstoße und nicht anzuwenden sei. Hilfsweise sei der Aufsichtsrat nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG paritätisch aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zusammen zu setzen.

Der Aufsichtsrat der Deutsche Börse AG war bis dato nach den Vorschriften des *DrittelbG* aus zwölf Mitgliedern der Anteilseigner und sechs Mitgliedern der Arbeitnehmer zusammengesetzt. Die Gesellschaft ist herrschendes Unternehmen der Gruppe Deutsche Börse, die Ende 2013 1.624 Arbeitnehmer in Deutschland sowie 1.747 Arbeitnehmer im europäischen Ausland beschäftigte.

Das Gericht entschied, dass auch die bei Konzernunternehmen im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer bei der Berechnung der maßgeblichen Schwellenwerte zu berücksichtigen seien. Die Deutsche Börse AG habe daher einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat nach den Vorschriften des *MitbestG* zu bilden.

Das Gericht argumentiert, eine Beschränkung der Regeln über die Unternehmensmitbestimmung auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer finde im Gesetz keinen Ausdruck; einen eigenen mitbestimmungsrechtlichen Konzernbegriff gebe es nicht. Auch ausländische Konzernunternehmen seien daher bei der Frage, wie sich der Aufsichtsrat zusammenzusetzen habe, zu berücksichtigen. Dies gelte jedenfalls für in der Europäischen Union gelegene Konzernunternehmen, da anderenfalls ein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot im Sinne des Art. 18 AEUV vorläge. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit einem etwaigen Verstoß gegen europäisches Recht durch das Gericht erfolgte jedoch nicht.

Zum eigentlichen Hauptantrag des Antragstellers hatte es lediglich festgestellt, dass ein Verstoß des *DrittelbG* gegen Unionsrecht mit Blick auf die Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts auf inländische Arbeitnehmer nicht zur Unanwendbarkeit des *DrittelbG* führe, sondern lediglich eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung erfordere.

V. Stellungnahme

Für eine Aufhebung der Entscheidung des LG Frankfurt a. M. spricht zum einen das für den deutschen Gesetzgeber geltende Territorialitätsprinzip, was sich auch bei der Regelung zur Konzernzurechnung nach § 2 Abs. 2 DrittelbG zeigt. Danach sind für die Schwellenwertermittlung nur mit einem Beherrschungsvertrag angebundene oder eingegliederte Konzernunternehmen zu berücksichtigen. Da diese konzernrechtlichen Vorschriften aber nur auf abhängige Unternehmen mit Sitz im Inland Anwendung finden, können insoweit auch nur deren Arbeitnehmer zur Ermittlung der Schwellenwerte herangezogen werden. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit ist dieses territoriale Verständnis auch beim *MitbestG* zugrunde zu legen, auch wenn dieses für die Zurechnung bereits ein faktisches Konzernverhältnis ausreichen lässt. Andernfalls hätte dies zur Folge, dass *DrittelbG* und *MitbestG* – abweichend vom gesetzgeberischen Willen – räumlich gesehen insoweit einen unterschiedlich weiten Anwendungsbereich hätten.

Zum anderen spricht für eine Aufhebung, dass die gesetzliche Beschränkung der Möglichkeit zur Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat – ggf. abweichend von der hier nicht näher erörterten Frage der aktiven und passiven Wahlberechtigung – inländische und ausländische Arbeitnehmer gleichermaßen trifft und insoweit auch keinen Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht begründet (ebenso bereits *Hellwig*/*Behme*, AG 2009, 261 [276 ff.]; *Wansleben*, EWiR 2015, 245 [246]).

VI. Ausblick

Die Entscheidung des LG Frankfurt a. M. ist nicht rechtskräftig. Es bleibt abzuwarten, ob die Entscheidung durch das OLG Frankfurt a. M. aufgehoben wird. Dies wäre wünschenswert, um sowohl ein Ausufern als auch Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Anwendung von Mitbestimmung in den Aufsichtsorganen deutscher Unternehmen zu vermeiden.

Sollte sich die von dem LG Frankfurt a. M. vertretene Ansicht in der Rechtspraxis hingegen durchsetzen, hätte dies erhebliche Bedeutung für eine Vielzahl von deutschen Unternehmen. Unternehmen, die in der Vergangenheit durch SE-Gründung oder Verschmelzung nach dem MgVG vermeintlich einen mitbestimmungsfreien Zustand „eingefroren" haben, müssten die Auswirkungen auf bestehende Beteiligungsvereinbarungen überprüfen. Eine Verlagerung des Unternehmenswachstums jedenfalls auf das grenznahe Ausland als Mitbestimmungsvermeidungsstrategie würde ausscheiden.