

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

zum Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (COM(2018) 239 final)

sowie

zur RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (COM(2018) 241 final)

[Stellungnahme des DGB zum Company Law Package der EU-Kommission]

18.06.2018

1. Einleitung

Die EU-Kommission hat am 25. April 2018 ihr lange erwartetes und häufig verschobenes Unternehmensrechtspaket (Company Law Package) vorgestellt.

Konkret enthält das Paket zwei Änderungsvorschläge für die Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts:

- Bezüglich der Verwendung digitaler Hilfsmittel und Prozesse im Gesellschaftsrecht
- Bezüglich grenzüberschreitender Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen

Mit der Vorlage des Gesetzespakets möchte die EU-Kommission das Gesellschaftsrecht im europäischen Binnenmarkt modernisieren. So sollen zum einen Unternehmensgründungen komplett digital vorgenommen werden können. Zum anderen sollen spezifische und umfassende Verfahren für grenzüberschreitende Umwandlungen, Spaltungen und Verschmelzungen eingeführt werden, um die grenzüberschreitende Mobilität in der EU zu stärken. Gleichzeitig strebt die EU-Kommission nach eigenem Bekunden an, „den betroffenen Personen einen angemessenen Schutz zu bieten, um einen fairen Binnenmarkt zu gewährleisten.“

2. Mitbestimmungspolitische Ausgangslage

Die Vorlage des Company Law Packages ist aus gewerkschaftlicher Sicht im Kontext aktuell bestehender mitbestimmungspolitischer Entwicklungen in der Praxis zu diskutieren.

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Grundsatzangelegenheiten
und Gesellschaftspolitik

Rainald Thannisch
Referatsleiter für Mitbestimmung,
Corporate Governance und CSR

rainald.thannisch@dgb.de

Telefon: 030/24060-605
Telefax: 030/24060-405

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de



Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist ein Gestaltungsmerkmal der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland.

Sie ergänzt und verstärkt die positive Wirkung der betrieblichen Mitbestimmung, indem sie den Beschäftigten die gleichberechtigte Teilhabe an der Beratung und Kontrolle des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung im Aufsichtsrat einräumt.

Im Juli 2018 hat der EuGH in der Rechtssache C-566/15 (Konrad Erzberger / TUI AG) die Europarechtskonformität des deutschen Mitbestimmungsgesetzes ausdrücklich bestätigt und ihren gesellschaftspolitischen Wert hierzulande unterstrichen.

Aktuelle Studien zeigen, dass Unternehmen bereits heute Schlupflöcher zur Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung nutzen, die sich sowohl aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit als auch aus der bisherigen Rechtsetzung der EU ergeben. So entziehen sich nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung derzeit fast 100 Unternehmen in mitbestimmungsrelevanter Größe durch die Nutzung einer ausländischen Rechtsform den deutschen Mitbestimmungsgesetzen. Betroffen davon sind insgesamt mehr als 300.000 Beschäftigte mit weiterhin steigender Tendenz.

Mindestens weitere 50 Unternehmen mit mehr als 150.000 inländischen Beschäftigten nutzen die Regelungen der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), um einen Zustand ohne oder mit wenigen Mitbestimmungsrechten einzufrieren. Auch das Regelwerk zur Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen bietet Raum zur Vermeidung und Schwächung von Mitbestimmung. Aus der gewerkschaftlichen Beratungspraxis ist kein einziger Fall bekannt, in der das Regelwerk für die Verschmelzung zweier bis dato nicht verbundener Unternehmen genutzt wurde. Grenzüberschreitende Verschmelzungen fanden konzernintern mit zu diesem Zweck kurz vorher im Ausland gegründeten Tochtergesellschaften statt, um Mitbestimmungsrechte zu verringern oder zu vermeiden.

Den Institutionen der EU muss daher klar sein: Jede neue Richtlinie im Gesellschaftsrecht birgt potentiell weitere Risiken für die Umgehung der Unternehmensmitbestimmung solange keine Rahmenrichtlinie für die Mitbestimmung existiert.

Und sie sollten berücksichtigen, dass Änderungen am Gesellschaftsrecht keine „rein technische Angelegenheit“ sind, sondern im Gegenteil eine hohe gesellschaftspolitische Relevanz haben können, insbesondere wegen potentiell negativer Auswirkungen für Bürger/innen und Arbeitnehmer/innen in den Regionen, aus denen Unternehmen wegziehen.

Die Sorge um den Erhalt der Unternehmensmitbestimmung teilt auch der Deutsche Bundesrat, der in einer EntschlieÙung aus Februar 2017 die Bundesregierung dazu aufgefordert hat, „*Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht zu schließen und gleichzeitig auf europäischer Ebene dafür einzutreten, dass entsprechende Schlupflöcher geschlossen und keine neuen Umgehungstatbestände geschaffen werden*“ (vgl. Deutscher Bundesrat, Drucksache 740/16 (Beschluss) vom 10.02.17).

Mit seinem Urteil in der Rechtssache C-106/16 (Polbud) vom 25. Oktober 2017 hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit der Unternehmen gestärkt und konkretisiert und damit bedauerlicherweise auch den Druck auf die demokratische Mitbestimmung der Arbeitnehmer/innen noch einmal erhöht. Dem Urteil zufolge ist es unter Verweis auf die Niederlassungsfreiheit möglich, dass ein Unternehmen innerhalb der EU grenzüberschreitend seinen Sitz verlegen und dabei einen Rechtsformwechsel vornehmen kann. Eine ökonomische Tätigkeit im Zielland muss dafür nach dem EuGH keine Voraussetzung sein. Viele Kritiker/innen des Urteils haben darauf hingewiesen, dass damit massive Anreize für Sozial- und Mitbestimmungsdumping durch die Gründung von Briefkastengesellschaften geschaffen werden. Befürworter der Rechtsprechung zeigen Unternehmen den nun eröffneten Spielraum für grenzüberschreitende Rechtsformwechsel auf.



Vor diesem Hintergrund haben sowohl der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) als auch der DGB darauf gedrängt, die durch das Urteil gestärkten Möglichkeiten eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels einer strengen Regulierung zu unterwerfen. Dass eine solche Regulierung rechtlich möglich ist, bekräftigt der EuGH in seiner Entscheidung. Einerseits kann schon der Zuzugsstaat Kriterien für die Registrierung festlegen. Außerdem führt der EuGH aus, dass die Niederlassungsfrei beschränkt werden darf, wenn dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Ausdrücklich erwähnt wird in diesem Zusammenhang die Möglichkeit, die Interessen der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer/innen der wegziehenden Gesellschaft zu schützen.

Auch die deutschen Regierungsparteien haben in ihrem Koalitionsvertrag (Ziffer 6151 ff.) verabredet: *„Wir setzen uns für eine europäische Harmonisierung der Regelungen über die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften („Sitzverlegungs-Richtlinie“) [...] unter Wahrung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einschließlich der Unternehmensmitbestimmung, der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter ein.“*

3. Grundsätzliche Bewertung des Company Law Packages

3.1 Zur grenzüberschreitenden Umwandlung und Verschmelzung

Es ist folgerichtig, dass die EU-Kommission mit dem Company Law Package die entsprechende Regulierung nunmehr in Angriff nimmt, auch wenn der vorliegende Entwurf noch erhebliche Defizite aufweist.

Eine Untätigkeit der EU-Kommission hätte nach Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Polbud schwerwiegende Auswirkungen auf das Soziale Europa im Allgemeinen und die Zukunftsfähigkeit der Unternehmensmitbestimmung im Speziellen haben können. Ein Schritt in die richtige Richtung ist auch, dass die EU-Kommission Regelungen vorschlägt, die ein reines Steuer- und Mitbestimmungsdumping verringern sollen, in dem ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel grundsätzlich an ökonomische Aktivitäten im Zielland geknüpft wird. Diese Regelungen bedürfen jedoch dringend einer Konkretisierung.

Leider versäumt es die Kommission gänzlich, die vom EGB vorgeschlagene Rahmenrichtlinie zur Unternehmensmitbestimmung vorzulegen, die auf europäischer Ebene eine einfache und überzeugende Lösung zur Vermeidung einer Flucht vor bzw. Flucht aus der Mitbestimmung vorsehen könnte.

Zudem wurde bedauerlicherweise ebenfalls davon abgesehen, den in der SE-Verordnung niedergelegten Grundsatz der Sitzeinheit in der neuen Richtlinie zu verankern.

Vor diesem Hintergrund steht zu befürchten, dass die neue Gesetzgebung zwar die für die Unternehmensmitbestimmung potentiell dramatischen Folgewirkungen der Rechtssache Polbud bis zu einem gewissen Maße eindämmt, dass die bislang bereits praktizierten Wege der Mitbestimmungsvermeidung jedoch noch einmal ausgeweitet werden. Diese Ausweitung der Vermeidungsstrategien erfolgt beispielsweise dadurch, dass die Möglichkeit des „Einfrierens eines mitbestimmungsfreien Zustandes“ nunmehr grundsätzlich auch über die Nutzung einer grenzüberschreitenden Umwandlung gangbar sein wird. Zudem ist der Schutz der Unternehmensmitbestimmung zeitlich auf nur drei Jahre befristet.

Letztlich erweisen sich die Regelungen zum Schutz der Mitbestimmung damit als unzureichend. Der notwendige Paradigmenwechsel im Gesellschaftsrecht hin zu einer Stakeholder-Orientierung unterbleibt!



Die Delegierten des 21. DGB Bundeskongresses haben daher im Mai 2018 ihre Forderung nach einer Rahmenrichtlinie zur Mitbestimmung bekräftigt. Diese Richtlinie soll hohe Standards zu Unterrichtung und Anhörung setzen und Mindeststandards zur Mitbestimmung in Unternehmen europäischen Rechts wie der Europäischen Aktiengesellschaft oder der Europäischen Genossenschaft oder bei grenzüberschreitender Verschmelzung sowie bei allen weiteren aus der Anwendung europäischen Gesellschaftsrechts resultierenden Gesellschaftsformen einführen.

Hinter diesem Anspruch bleiben die vorgeschlagenen Regularien im Company Law Package deutlich zurück.

Zwar ist grundsätzlich positiv, dass sich einige Regelungen zum Schutz der Mitbestimmung im Richtlinienvorschlag tendenziell an denen der SE-Richtlinie orientieren, auch wenn ein wirksames „dynamisches Element“ fehlt.

Wenn denn nach dem Willen der EU Institutionen eine Orientierung an bestehender Gesetzgebung erfolgen soll, dann ist eine Orientierung an der Umwandlung eines vormals in nationaler Rechtsform betriebenen Unternehmens in eine Europäische Aktiengesellschaft die Lösung mit dem weitest gehenden Schutzniveau. Es ist systematisch richtig, die Gründungsvariante der SE durch Umwandlung mit dem dabei vorgesehenen erhöhten Schutzniveau als Orientierungspunkt zu nutzen, da die Identität des Unternehmens genauso wie in diesem Fall auch bei der grenzüberschreitenden Umwandlung unverändert bestehen bleibt. Es ändert sich lediglich die Rechtsform.

Leider bleibt diese Orientierung lückenhaft, denn es werden Elemente aus dem Regelwerk zur Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (vormals geregelt in der RICHTLINIE 2005/56/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Oktober 2005) übernommen, die den Schutz der Mitbestimmung wieder verschlechtern. Zudem fehlt eine Übertragung der im Richtlinien-Entwurf vorgeschlagenen Regelungen zur grenzüberschreitenden Umwandlung auf die grenzüberschreitende Verschmelzung.

Verbesserungen und Anpassungen sind daher dringend notwendig, um einen wirksamen Schutz der Mitbestimmung zu gewährleisten.

Dieser Stellungnahme können unter Ziffer 4 Vorschläge für eine Verbesserung der vorgeschlagenen Regularien zur grenzüberschreitenden Umwandlung und Verschmelzung entnommen werden.

3.2 Zur grenzüberschreitenden Spaltung

Hinsichtlich der Regularien zur grenzüberschreitenden Spaltung (die identisch zu denen der Umwandlung aufgebaut sind) weist der DGB in aller Deutlichkeit darauf hin, dass es in der gewerkschaftlichen Beratungspraxis keine Hinweise darauf gibt, dass entsprechende Regelungen notwendig sind.

Im Gegenteil steht zu befürchten, dass Regelungen zur grenzüberschreitenden Spaltung missbräuchlich dazu genutzt werden könnten, um Schwellenwerte der betrieblichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung zu umgehen.

Das komplette Kapitel IV des Richtlinienvorschlages, Art. 160a bis 160w, ist aus Sicht des DGB daher zu streichen.

Sollten die Europäischen Institutionen dieser Streichungsempfehlung nicht folgen, so regen wir eine analoge Übernahme der in Ziffer 4 dieser Stellungnahme für die grenzüberschreitende Umwandlung formulierten Verbesserungsvorschläge auch für die grenzüberschreitende Spaltung an.



3.3 Zur Online-Gründung

Hinsichtlich der Online-Gründung bekräftigt der DGB die Notwendigkeit eines fairen Binnenmarkt-Mechanismus, der jede Form von Betrug sowie die Gründung von Briefkastenfirmen verhindern und die Mitbestimmungsrechte schützt.

Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich kritisch zu betrachten, dass der Richtlinienvorschlag bezüglich der Verwendung digitaler Hilfsmittel und Prozesse im Gesellschaftsrecht vorsieht, dass die Mitgliedsstaaten zwingend eine Online-Gründung von Gesellschaften einführen müssen. Nur bei einem konkreten Missbrauchsverdacht kann im Einzelfall verlangt werden, dass der Gründer vor dem Notar oder einer anderen zuständigen Stelle persönlich erscheint. Sehr problematisch ist auch die kurze Frist zur Abwicklung einer Online-Registrierung von nur fünf Tagen (Art. 13f (7)), insbesondere wenn man in dieser Zeit die Geschäftsführer/ Direktoren prüfen will und mit Behörden anderer Mitgliedsstaaten zusammenarbeiten muss (vgl. Art. 13h).

Der DGB bezweifelt daher, dass die Vorteile einer Online-Registrierung in einem angemessenen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die durch ihren Missbrauch entstehen könnten.

Es muss grundsätzlich geprüft werden, ob die vorgeschlagene Regelung ausreichend ist, um in allen Fällen eine sichere Identifizierung der handelnden Person zu gewährleisten. Denn auch bei Online-Verfahren muss sichergestellt werden, dass Gesellschaften wirksam gegründet werden und fortbestehen. Es muss zudem eindeutig feststehen, wer hinter einer Gesellschaft steht und wer diese vertreten kann. Vor diesem Hintergrund plädiert der DGB nachdrücklich dafür, den Mitgliedsstaaten die Möglichkeiten einzuräumen, im Sinne wirkungsvoller Identitätskontrollen vom Grundsatz der Online-Gründung abweichen zu können. So sollte es z. B. möglich sein, die Bauwirtschaft und weitere von Betrug besonders betroffenen Branchen vom reinen Online-Registrierungs-Verfahren auszunehmen.

Außerdem sollte im Sinne von Transparenz und Registersicherheit klargestellt sein, dass eine Online-Unternehmensgründung nur von natürlichen Personen durchgeführt werden kann.

4. Bewertungen im Detail

4.1 Zur Richtlinie bezüglich grenzüberschreitender Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen

4.1.1 Verhandlungen zur Mitbestimmung

Der DGB fordert (siehe oben) nachdrücklich eine Rahmenrichtlinie zur Mitbestimmung. Nur eine solche Rahmenrichtlinie mit europaweit geltenden Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung für alle nach europäischem Recht zusammengesetzten Aufsichts- oder Verwaltungsräten könnte einen wirksamen Schutz der Unternehmensmitbestimmung gewährleisten. Jede Orientierung an bestehenden Regularien (SE-Richtlinie, Regelwerk zur grenzüberschreitenden Verschmelzung) öffnet weitere Umgehungsmöglichkeiten.

So lange die Europäischen Institutionen keine Rahmenrichtlinie vorlegen, ist es aus gewerkschaftlicher Sicht - bezogen auf das vorliegende Gesetzespaket - zu begrüßen, dass sich die Regelungen zum Schutz der Mitbestimmung bei der grenzüberschreitenden Umwandlung an denen der SE (für



den Gründungsfall der Umwandlung) orientieren. Diese speziellen Regelungen sehen eine Verhandlung zur Mitbestimmung vor und schützen die bestehenden Komponenten der Mitbestimmung.

Die Verweise in Artikel 86I, Abs. 3 sind insoweit überzeugend; es könnte jedoch überlegt werden, die Komponenten der Mitbestimmung genauer zu definieren.

Leider wird diese grundsätzlich zu begrüßende Orientierung an der SE durch eine Orientierung an der damaligen Verschmelzungsrichtlinie in Artikel 86I, Abs. 4a) und b) konterkariert.

4.1.2 Ein wirksames „dynamisches Element“ einführen

Das durch europäisches Recht geschaffene Problem des Einfrierens eines Zustandes ohne Mitbestimmung (siehe Ziffer 2 dieser Stellungnahme) wird nicht wirksam angegangen. Die Verpflichtung zur Verhandlung, wenn 4/5 der nationalen Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung erreicht sind, ist ein Schritt in die richtige Richtung und verdeutlicht den Willen der EU-Kommission, sich dieser Thematik zu stellen.

Diese Regelung wird jedoch in der Praxis keinen Schutz der Mitbestimmung bewirken, weil die Auffangregelungen der SE-Richtlinie nach dem „Vorher-Nachher“-Prinzip ausgestaltet sind und nur dann die Unternehmensmitbestimmung schützen, wenn eine solche vorher bestanden hat.

Im konkreten Fall sind jedoch die nationalen Schwellenwerte noch nicht erreicht, so dass die Auffanglösung keine Mitbestimmung herbeiführen kann, weil es vorher keine gab.

Und die Erfahrung aus der gewerkschaftlichen Beratungspraxis zeigt eindeutig, dass es nie gelungen ist, eine Unternehmensmitbestimmung zu verhandeln, wenn die Auffangregelung keine Form der Unternehmensmitbestimmung vorgesehen hat.

In Artikel 86I ist daher darauf hinzuweisen, dass ein Überschreiten der nationalen Schwellenwerte einen Nachverhandlungsanspruch (mit neuer Auffangregelung orientiert an der nationalen Regelung mit den dann überschrittenen Schwellenwerten) begründet. Nachverhandlungen zur Mitbestimmung mit neuer Auffangregelung sind dann notwendig, wenn ein Schwellenwert der Mitbestimmungsgesetze im Gründungsland überschritten ist.

Beispiel:

Eine wirtschaftlich prosperierende deutsche GmbH wandelt sich in die Rechtsform der Malta Ltd. um. Die GmbH beschäftigt vor der Umwandlung 410 Arbeitnehmer/innen.

In diesem Fall wäre die Unternehmensleitung gemäß der 4/5-Regelung dazu verpflichtet, vor der grenzüberschreitenden Umwandlung mit einem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer/innen in Verhandlungen einzutreten. Die Seite der Arbeitnehmer/innen hätte jedoch keine Druckmittel, um die Arbeitgeberseite zu Zugeständnissen zu bewegen, weil die Auffangregelung der SE-Richtlinie nach dem „Vorher-Nachher“-Prinzip ausgestaltet ist und nur dann die Unternehmensmitbestimmung schützt, wenn diese vorher bestanden hat. Mit 410 Arbeitnehmer/innen gibt es in Deutschland jedoch noch keine Unternehmensmitbestimmung (der Schwellenwert für die Drittelbeteiligung ist 500).

Da es bei den Verhandlungen zur Mitbestimmung keinen Einigungszwang gibt, könnte die Arbeitgeberseite die Verhandlungen ohne weitere Konsequenzen scheitern lassen → Die neue Malta Limited hätte keine Unternehmensmitbestimmung.



Auch wenn die Anzahl der Arbeitnehmer/innen in Deutschland nach der Umwandlung die im deutschen Mitbestimmungsrecht geltenden Schwellenwerte von 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer/innen überschreiten würde, würde sich daran nichts ändern. → Der mitbestimmungsfreie Zustand wäre auf Dauer „eingefroren“.

4.1.3 Flucht aus der paritätischen Unternehmensmitbestimmung unmöglich machen.

Der Artikel 86I orientiert sich zwar grundsätzlich an der SE-Richtlinie, weist jedoch auch wesentliche Elemente der vormaligen Verschmelzungsrichtlinie auf, die hinter das Schutzniveau der SE-Richtlinie zurückfallen.

So besteht nach Artikel 86I, Abs. 4b) die Möglichkeit, dass Mitgliedsstaaten die Arbeitnehmervertretung im Aufsichts-oder Verwaltungsrat auf 1/3 beschränken.

Diese Möglichkeit kann dazu führen, dass ein Unternehmen vormals deutscher Rechtsform den paritätisch-mitbestimmten Aufsichtsrat „abstreift“.

Diese Gefahr gilt sowohl für Zielländer mit monistischer als auch dualistischer Unternehmensverfassung. Selbst wenn eine Präzisierung der unklaren Sprache (bezogen auf die englische „Original“-Version) im Absatz 4b) zu einer Begrenzung dieser Option auf Staaten mit einer monistischen Unternehmensverfassung führen würde (wie es die damalige Verschmelzungsrichtlinie vorsah) so bestünde doch immer noch eine substantielle Gefahr für die paritätische Unternehmensmitbestimmung, wenn nur ein Mitgliedsstaat mit monistischer Unternehmensverfassung diese Option nutzt.

Damit wäre ein wesentliches Funktionsmerkmal der deutschen Mitbestimmung und folglich auch ihre Wirksamkeit insgesamt in Frage gestellt!

Außerdem wäre die bei der SE im Fall der Umwandlung vorgesehene Sicherung erworbener Rechte, auf die im Artikel 86I, Abs. 3 verwiesen wird, entschieden konterkariert!

Der DGB fordert daher nachdrücklich, Artikel 86I, Abs. 4b) zu streichen.

Beispiel: Eine deutsche GmbH mit paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat wandelt sich in die Rechtsform der Malta Ltd. um. Sollte die Republik Malta im nationalen Umsetzungsrecht von der oben genannten Option Gebrauch machen, dann wäre die paritätische Mitbestimmung verloren, völlig ungeachtet des vorherigen Verhandlungsprozesses zur Mitbestimmung. Das auf dem Prinzip der „gleichen Augenhöhe“ basierende Erfolgsmodell Mitbestimmung wäre im Kern gefährdet.

4.1.4 10 Jahre Bestandschutz für die Mitbestimmung

Anders als bei der SE gibt es bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung keinen dauerhaften Bestandsschutz für die Mitbestimmung, keine Nachverhandlung bei strukturellen Änderungen und keinen generellen Missbrauchsschutz.

Stattdessen gibt es wie beim Regelwerk zum Schutz der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nur drei Jahre Bestandsschutz nach dem erfolgten Rechtsformwechsel. Der Schutz der Mitbestimmung wird somit nur temporär gewährleistet. Denn es besteht die Möglichkeit, dass



die vereinbarte Mitbestimmung nur drei Jahre nach der grenzüberschreitenden Umwandlung durch eine Folge-Umstrukturierung nach dem nationalen Recht des Zielstaates beendet wird.

Der DGB fordert daher, den Bestandsschutz der Mitbestimmung auf mindestens zehn Jahre zu verlängern, was in der Regel zwei Amtsperioden des Aufsichtsrates entspricht.

4.1.5 Kein direkter Zugriff auf das Recht des Zuzugsstaates

Der DGB fordert darüber hinaus die Streichung der im Artikel 86l, Abs. 4a verankerten Option für Mitgliedsstaaten, dass das besondere Verhandlungsgremium mit einer Zwei-Drittel Mehrheit auf Verhandlungen verzichten und direkt das Recht des Zuzugsstaats wählen kann. [Hinweis: In der deutschen Übersetzung scheint es hier einen Übersetzungsfehler zu geben, da von „Wegzugsmitgliedstaat“ gesprochen wird].

Die Umsetzung dieser Option kann – anders als in der SE – zum Aushebeln der Mitbestimmung führen. Und es werden Anreize für unangemessenen Druck bzw. Erpressung der Arbeitnehmerseite geschaffen.

4.1.6 Gleicher Bericht für Arbeitnehmer/innen wie für die Gesellschafter

Der DGB begrüßt, dass Art. 86f vorsieht, dass das „*Leitungs- oder das Verwaltungsorgan der Gesellschaft, die die grenzüberschreitende Umwandlung vornimmt*“ einen Bericht vorlegen muss, „*in dem die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Umwandlung auf die Arbeitnehmer erläutert werden.*“

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind beispielsweise hinsichtlich des drohenden Verlustes ihrer Mitbestimmungsrechte im Aufsichtsrat unmittelbar mit den Folgen einer gesellschaftsrechtlichen Veränderung konfrontiert und müssen daher zeitnah informiert werden.

Wichtig dafür sind handlungsfähige Strukturen der betrieblichen Mitbestimmung. Grundsatz 8 der europäischen Säule sozialer Rechte (ESSR) besagt, dass Arbeitnehmer/innen oder ihre Vertreter das Recht auf rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in für sie relevanten Fragen haben, insbesondere beim Übergang, bei der Umstrukturierung und bei der Fusion von Unternehmen sowie bei Massenentlassungen. Vorgesehen ist danach nicht nur das Recht auf Unterrichtung, sondern auch das Recht, zu solchen unternehmensweiten Maßnahmen angehört zu werden, was einen Meinungsaustausch und die Einrichtung eines systematischen Dialogs mit dem Arbeitgeber erfordert. Der DGB begrüßt daher, dass der Bericht gemäß Erwägungsgrund 12 weder die in der Richtlinie 2002/14/EG (Rahmenrichtlinie für Information und Konsultation von Arbeitnehmer/innen auf nationaler Ebene) niedergelegten Unterrichtung- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer/innen noch die Rechte des Europäischen Betriebsrates aus der Richtlinie 2009/38/EG berührt. Dies muss jedoch gleichsam für die Regeln zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer/innen bzw. ihrer Vertreter/innen in den Richtlinien 98/59/EG (Massenentlassungen) und 2001/23/EG (Unternehmens- bzw. Betriebsübergang) gelten.

Aus Sicht des DGB ist es zudem von Bedeutung, in Art. 86f Abs. 3 zu regeln, dass der Bericht neben dem Betriebsrat unmittelbar auch den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften zugänglich gemacht werden muss und dass diese Information eine unabdingbare Voraussetzung für die Umwandlung ist.

Weiterhin spricht sich der DGB dafür aus, dass der Bericht an die Arbeitnehmer/innen auch diejenigen Informationen enthält, die der in Artikel 86e beschriebene Bericht an die Gesellschafter enthält.



Betriebsrat und Gewerkschaften sollten zudem die Möglichkeit haben, fehlerhafte Berichte gegenüber der zuständigen Behörde zu korrigieren.

4.1.7 Beschlussfassung über den Umwandlungsplan im mitbestimmten Aufsichtsrat

In Artikel 86d, Abs. 1 ist geregelt, dass das „*Leitungs- oder das Überwachungsorgan der Gesellschaft, die eine grenzüberschreitende Umwandlung beabsichtigt*“ einen Plan für diese Umwandlung erstellt. Angesichts der potentiellen erheblichen Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung sollte in einem eigenen Absatz festgelegt werden, dass der Umwandlungsplan (auch) in demjenigen Unternehmensorgan zu beschließen ist, in dem Arbeitnehmervertreter/innen einbezogen sind.

4.1.8 Notwendige Anpassung auch des Regelwerkes bei Verschmelzung

Die neuen Regelungen zur Verhandlungslösung gelten nur für Umwandlung bzw. Spaltung. Für grenzüberschreitende Verschmelzungen werden die defizitären Regelungen aus der damaligen Verschmelzungsrichtlinie übernommen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern daher, dass spiegelbildliche Änderungen auch am Regelwerk zur Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen vorgenommen werden. Sonst bleibt zu befürchten, dass die weitergehenden Vorschriften im Bereich der Umwandlung in der Praxis durch die Nutzung der grenzüberschreitenden Verschmelzung umgangen werden.

4.1.9 Schutzklausel für die Mitbestimmung

Um den Schutz der Mitbestimmung grundsätzlich zu gewährleisten sollte in Artikel 86l ein neuer Absatz 1 eingefügt werden:

„Die Sicherung der gesetzlichen Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen ist fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie. Die vor der grenzüberschreitenden Umwandlung bestehenden gesetzlichen Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte durch diese Richtlinie sein. Alle Komponenten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Recht des Wegzugstaates gelten auch nach der Umwandlung fort.“

Dieser Absatz hat auch eine Klarstellungsfunktion für die Auslegung und Anwendung der Richtlinie.

4.1.10 Notwendige Orientierung am Unternehmensinteresse

In Deutschland haben Vorstand und Aufsichtsrat im Sinne der aktienrechtlichen Dogmatik die Pflicht, das eigene Handeln am pluralistischen Unternehmensinteresse auszurichten. Der Deutsche Corporate Governance Kodex definiert das Unternehmensinteresse in Ziffer 4.1.1 wie folgt: *„Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“*

Um die Gedanken von Langfristigkeit, Nachhaltigkeit und Werteorientierung zu stärken, plädiert der DGB für eine Konkretisierung des Unternehmensinteresses auch im europäischen Gesellschaftsrecht.



In Art. 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 ist daher ein neuer Art. 1 einzuführen:

„Das Managementorgan leitet das Unternehmen im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“

4.1.11 Klare Definition wirtschaftlicher Aktivität und „künstlicher Gestaltung“

Der DGB begrüßt, dass die EU Kommission in Erwägungsgrund 7 einräumt, dass ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel *„unter bestimmten Umständen missbraucht werden [kann], z. B. zur Umgehung von Arbeitsnormen, Sozialversicherungsleistungen, Steuerpflichten, Rechten der Gläubiger oder der Minderheitsgesellschafter oder von Vorschriften über die Arbeitnehmermitbestimmung.“*

Um einen entsprechenden Missbrauch zu unterbinden *„müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass Gesellschaften eine grenzüberschreitende Umwandlung nicht dazu nutzen können, um mit einer rein künstlichen Gestaltung ungerechtfertigte Steuervorteile zu erlangen oder die gesetzlichen oder vertraglichen Rechte von Arbeitnehmern, Gläubigern oder Gesellschaftern auszuhebeln.“*

Leider bleibt die EU-Kommission dahingehend unklar, was mit einer „künstlichen Gestaltung“ gemeint ist. Dieser Begriff wird weder in Art. 86b noch in Art. 160b näher definiert. Eine Übernahme der Grundsätze aus Erwägungsgrund 7 wird als notwendig und sinnvoll vorgeschlagen, um die Erwähnung der Konstruktion „künstliche Gestaltung“ auch im Kontext der Mitbestimmungstatbestände einzuordnen.

Dies ist umso schwerwiegender, als das Vorliegen einer „künstlichen Gestaltung“ Voraussetzung für die Möglichkeit der Untersagung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder Spaltung ist.

Der Vorschlag der EU Kommission listet zwar u.a. in Artikel 86n Abs. 1 eine ganze Reihe von durchaus sinnvollen Kriterien auf (siehe dazu Ziffer 4.1.11 dieser Stellungnahme), die darauf schließen lassen, dass eine realwirtschaftliche Tätigkeit eine notwendige Voraussetzung ist. Diese Kriterien stellen jedoch nach Maßgabe der EU-Kommission *„nur Anhaltspunkte im Rahmen der Gesamtprüfung dar und dürfen daher nicht isoliert betrachtet werden“*. Dazu kommt, dass der Nachweis einer tatsächlichen Wertschöpfung im Zielland Steuer- oder Mitbestimmungsvermeidung nicht automatisch ausschließt.

Nach Auffassung des DGB sind daher zwingend Indikatoren bzw. Kriterien zu erarbeiten, die eine Präzisierung dieses Begriffs ermöglichen und die klarstellen, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung verboten wird, wenn sie durch die Vermeidung von Steuern oder Mitbestimmungsstandards motiviert ist

Wirksame Anreize gegen eine Mitbestimmungsvermeidung bedürfen nach fester Position des DGB zudem der Anwendung des Grundsatzes der Einheit von Satzungs- und Verwaltungssitz.

Wie in Art. 7 der SE-Verordnung ist daher im Richtlinienentwurf sicherzustellen, dass der Satzungssitz und die Hauptverwaltung eines Unternehmens im gleichen Mitgliedsstaat liegen müssen. Als Hauptverwaltung wird der effektive Verwaltungssitz verstanden, in dem grundlegende Planungen und Entscheidungen der Unternehmensleitung umgesetzt werden.



Kurzum: Der DGB spricht sich für die klare Definition zwingender und kumulativer Kriterien einer realen wirtschaftlichen Tätigkeit aus, zu denen auch die Sitzeinheit analog des oben stehenden Vorschlages gehören muss.

4.1.12 Klarer definierte Rolle für den unabhängigen Sachverständigen

Eine Schlüsselrolle bei der Prüfung, ob und inwieweit die Sitzverlegung bzw. Spaltung missbräuchlich erfolgen würde, kommt dem von der zuständigen Behörde bestellten unabhängigen Sachverständigen zu. Dieser soll u.a. die Unterlagen des Unternehmens zur Sitzverlegung bzw. Spaltung (Sitzverlegungs- bzw. Spaltungsplan, Stellungnahmen des Managements) prüfen und darüber einen schriftlichen Bericht erstatten.

Aus Sicht des DGB sind die Ausführungen hierzu äußerst unklar und bedürfen noch eingehender Diskussionen. So ist z. B. nicht in ausreichender Weise sichergestellt, dass der unabhängige Sachverständige nicht nur die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen bestätigt, sondern auch eine inhaltliche Plausibilitätsprüfung und Bewertung der vorgelegten Unterlagen vornimmt.

Der unabhängige Sachverständige hat darüber hinaus eine Vielzahl von Indikatoren über die Niederlassung im Zielland zu erheben, wie etwa Umsatz, Anzahl der Beschäftigten, Gliederung der Bilanz, steuerrechtlicher Sitz etc. Eine Beurteilung darüber, ob und inwieweit aufgrund der ermittelten Indikatoren im Zielland tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit stattfindet, oder ob es sich um eine „künstliche Gestaltung“ handeln würde, soll der Sachverständige anscheinend nicht vornehmen. Nach dem vorliegenden Entwurf soll dies allein von der zuständigen Behörde im Rahmen einer vertieften Prüfung erfolgen, und nur dann, wenn „schwerwiegende Bedenken“ bestehen.

Diese Vorgehensweise erscheint sehr praxisfern. Denn aller Voraussicht nach wird die zuständige Behörde im Regelfall auf Grundlage des Sachverständigenberichts über die Ausstellung der Vorabbescheinigung – und somit ausschließlich darauf basierend – entscheiden, ob ein „künstliches Konstrukt“ vorliegt. Eine vertiefte Prüfung ohne Beiziehung des Sachverständigen erscheint keinesfalls zielführend.

Aus Sicht des DGB muss daher die Rolle und die Berufung des Sachverständigen, seine inhaltliche Aufgabe sowie das Zusammenwirken des Sachverständigen mit der zuständigen Behörde noch grundsätzlich überarbeitet werden.

Im Rahmen der Überarbeitung dieser zentralen Bestimmung fordert der DGB nachfolgende Änderungen vorzunehmen:

- Keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 86g für kleine und Mikrounternehmen: Holding-Konstruktionen würden aufgrund ihrer Größe regelmäßig keiner Prüfung durch den unabhängigen Sachverständigen unterliegen. Außerdem würden Briefkasten-Konstrukte vorneweg dem Sachverständigen entzogen, weil diese die für die Prüfung notwendige Beschäftigungsschwelle von mehr als 50 Beschäftigten niemals überschreiten.
- Die präventive Missbrauchskontrolle durch einen unabhängigen Sachverständigen muss auch die grenzüberschreitende Verschmelzung einbeziehen.
- Aufgrund der Schlüsselrolle des Sachverständigen ist es erforderlich, dass dieser in Aufbereitung seines Berichts an die Behörde verpflichtet ist, bereits im Vorfeld Stellungnahmen von relevanten interessierten Dritten einzuholen, diese in seine inhaltliche Bewertung ein-



zubeziehen und die Stellungnahmen Dritter im Anhang seines Berichtes beizufügen. Einzubinden sind stets die Finanzbehörden, die Sozialversicherung, der Betriebsrat sowie die Gewerkschaften des Wegzugsstaates. Das gleiche gilt für den Fall einer vertieften Prüfung.

- Die zuständige Behörde soll dem Betriebsrat und den Gewerkschaften das Recht einräumen, eigene Anträge zur Berufung des unabhängigen Sachverständigen vorzulegen bzw. berechnete Zweifel gegen die Unabhängigkeit eines von der Unternehmensleitung vorgeschlagenen Sachverständigen vortragen zu können. Zudem ist die Frist für die Bestellung von nur fünf Arbeitstagen aus gewerkschaftlicher Sicht unpraktikabel und sollte daher gestrichen werden.
- Weiterhin muss sichergestellt sein, dass Informationen von Seiten des Betriebsrates bzw. von Beschäftigten, vom Sachverständigen sowie von der zuständigen Behörde vertraulich zu behandeln sind, um etwaige Repressionen von Unternehmensseite auszuschließen.

4.2 Zur Online-Gründung

4.2.1 Ausnahmen vom Grundsatz der Online-Registrierung zulassen

Hinsichtlich der Online-Gründung bekräftigt der DGB die Notwendigkeit eines fairen Binnenmarkt-Mechanismus, der jede Form von Betrug sowie die Gründung von Briefkastenfirmen verhindert.

Besonders wichtig ist aus gewerkschaftlicher Sicht die sichere Identifizierung von Gesellschaftern und Geschäftsführern. Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich kritisch zu betrachten, dass der Richtlinienvorschlag vorsieht, dass die Mitgliedsstaaten zwingend eine Online-Gründung von Gesellschaften einführen müssen.

Der DGB begrüßt jedoch, dass die Vorschläge der Europäischen Kommission ausdrücklich die wichtige Rolle der Notare bei der Gewährleistung der Rechtssicherheit und Verhinderung von Missbräuchen im Bereich des Gesellschaftsrechts anerkennen. Gleichzeitig ist zu kritisieren, dass nur bei einem konkreten Missbrauchsverdacht im Einzelfall verlangt werden kann, dass der Gründer vor dem Notar oder einer anderen zuständigen Stelle persönlich erscheint.

Erwägungsgrund 12 sieht zwar die Identitätsprüfung per Videokonferenz oder anderen audiovisuellen Methoden mit Echtzeitverbindung vor. Wie dies im grenzüberschreitenden Kontext mit der notwendigen Hinzuziehung von Dolmetschern genau ausgestaltet werden kann bleibt äußerst fraglich. In jedem Fall wäre es nicht ausreichend, den Personalausweis einfach in die Kamera zu halten. Es ist zu befürchten, dass solche Verfahren zu Missbrauch einladen und die Qualität der Unternehmensregistrierung und die Identitätsprüfung der Gründer erheblich beeinträchtigen.

Auch vor diesem Hintergrund plädiert der DGB nachdrücklich dafür, den Mitgliedsstaaten die Möglichkeiten einzuräumen, im Sinne wirkungsvoller Identitätskontrollen vom Grundsatz der Online-Gründung abweichen zu können.

So sollte es den Mitgliedstaaten möglich sein, die Bauwirtschaft und weitere von Betrug besonders betroffenen Branchen vom reinen Online-Registrierungs-Verfahren auszunehmen.

Problematisch ist auch die kurze Frist zur Abwicklung einer Online-Registrierung innerhalb von nur fünf Tagen (Art. 13f (7)), insbesondere wenn man in dieser Zeit die Geschäftsführer/ Direktoren prüfen will und mit Behörden anderer Mitgliedsstaaten zusammenarbeiten muss (vgl. Art. 13h).



Daher steht zu befürchten, dass kriminelle Machenschaften wie Geldwäsche oder Scheinselbstständigkeit sowie die Gründung von Briefkastengesellschaften erleichtert werden (mit der Folge, dass die schutzwürdigen Interessen Dritter völlig ignoriert werden), während sich für seriöse Gründer nur eine geringfügige zeitliche Entlastung bietet.

4.3 Anwendungsbereich verkleinern

Der Anwendungsbereich des Online-Gründungsverfahrens für Gesellschaften nach Art. 13f ist aus gewerkschaftlicher Sicht in mehrfacher Hinsicht zu weit ausgestaltet. So sollte die verpflichtende Einführung des Online-Gründungsverfahrens auf Gründungen durch natürliche Personen beschränkt werden, da aus der Praxis bekannt ist, wie komplex sich der Nachweis über die Existenz einer (ausländischen) Gesellschaft und über die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen darstellen kann.

Aus vergleichbaren Erwägungen sollte auch eine Gründung durch Bevollmächtigte ausgeschlossen werden.

Schließlich sollte sich die Möglichkeit des Opt-outs nicht nur auf die AG, sondern auch auf die KGaA (bzw. ihre Entsprechungen im Ausland) erstrecken.