

## **Societas Europaea (SE) – Update Leiharbeiternehmer und unternehmerische Mitbestimmung**

### **Societas Europaea (SE) – Update Leiharbeiternehmer und unternehmerische Mitbestimmung**

Ein im Juni 2019 ergangener Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) hat Auswirkungen auf das maßgebliche Mitbestimmungsniveau in Unternehmen und Unternehmensgruppen, in denen Leiharbeiternehmer beschäftigt werden:

#### **BGH, Beschluss v. 25. Juni 2019 – II ZB 21/18**

#### **Berücksichtigung von Leiharbeiternehmern in der Unternehmensmitbestimmung – Arbeitsplatzbezogene Betrachtung**

##### **Ausgangslage**

Sobald die Arbeitnehmerzahl in einem Unternehmen regelmäßig die Grenze von 500 bzw. 2.000 Mitarbeitern überschreitet, ist ein mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzter Aufsichtsrat zu bilden (§ 1 Abs. 1 DrittelbG und § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) sieht vor, dass bei der Ermittlung der relevanten Schwellenwerte auch Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen sind (§ 14 Abs. 2 S. 5 AÜG). Das soll jedenfalls gelten, wenn „die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt“ (§ 14 Abs. 2 S. 6 AÜG). Bislang wurde kontrovers diskutiert, wie das Merkmal der „Einsatzdauer von sechs Monaten“ auszulegen sei. Nach einer Ansicht in der Fachliteratur sollte entscheidend sein, dass ein konkreter Mitarbeiter mehr als sechs Monate im Entleiherunternehmen eingesetzt war (arbeitnehmerbezogene Betrachtung). Die Gegenansicht stellte abstrakt darauf auf, ob auf einem bestimmten Arbeitsplatz im Unternehmen für mehr als sechs Monate Leiharbeiternehmer – auch wenn diese personenverschieden sind – eingesetzt wurden (arbeitsplatzbezogene Betrachtung).

##### **Entscheidung des BGH**

Mit Beschluss vom 25. Juni 2019 hat der BGH nun über diese für die Praxis relevante Frage entschieden. Er geht davon aus, dass das Merkmal der „Einsatzdauer“ arbeitsplatzbezogen zu verstehen ist. Maßgeblich sei, ob ein Unternehmen „während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten“ Arbeitsplätze mit Leiharbeiternehmern besetze. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um den Einsatz bestimmter oder wechselnder Leiharbeiternehmer handele. Bei der Ermittlung ist laut Beschluss wie folgt vorzugehen: Zunächst ist zu prüfen, ob und wie viele Arbeitsplätze das Entleiherunternehmen während eines Jahres und über die Dauer von mehr als sechs Monaten mit Leiharbeiternehmern besetzt (Stufe 1). Wird die Stufe 1 bejaht, kommt es weiterhin darauf an, ob der Leiharbeiternehereinsatz als „regelmäßige Beschäftigung“ im Sinne der Mitbestimmungsgesetze (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG oder § 1 Abs. 1 DrittelbG) anzusehen ist (Stufe 2). Das wäre nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts z.B. dann zu verneinen, wenn „zeitlich begrenzte Aufgaben“ (z.B. saisonal bedingte Aufträge) einen Einsatz von Leiharbeitern erfordern, der zwar die Dauer von sechs Monaten übersteigt, jedoch nicht „längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb“ dient.

## Empfehlungen für die Praxis

Die arbeitsplatzbezogene Betrachtung des BGH ist künftig für die Bestimmung der Schwellenwerte in den Mitbestimmungsgesetzen zu berücksichtigen. Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen, die Leiharbeitnehmer beschäftigen und die entsprechende Mitarbeiterzahlen bislang auf Basis einer „arbeitnehmerbezogenen“ Betrachtung ermittelt haben, müssen eine aktualisierte Berechnung vornehmen. Entscheidend ist dies für Unternehmen, die sich derzeit noch unterhalb der Grenze von 500 oder 2.000 Mitarbeitern befinden, und erstmals einen Aufsichtsrat mit Arbeitnehmervertretern einrichten müssten. Bereits bestehende mitbestimmte Aufsichtsräte sind ggf. zu vergrößern (§ 7 Abs. 1 Mit-bestG). Da der Leiharbeitnehmereinsatz für die Berücksichtigung bei den Schwellenwerten des Mitbestimmungsrechts zusätzlich eine „regelmäßige Beschäftigung“ darstellen muss, ist auch in Zukunft stets eine differenzierte Einzelfallbetrachtung erforderlich.

## Gestaltungsoption Societas Europaea

Angesichts der Verschärfung im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung stellt sich für Unternehmen und Unternehmensgruppen einmal mehr die Frage, ob sie mit einer Societas Europaea (Europäische Gesellschaft, kurz: SE) besser aufgestellt sind: Die SE unterliegt als europäische Rechtsform nicht der direkten Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts. Zudem führen europäische Bestimmungen dazu, dass das bei Gründung der SE vorhandene Mitbestimmungsniveau eingefroren werden kann. Das bietet Gestaltungsoptionen bei der Bildung wie auch bei der Ausgestaltung mitbestimmter Aufsichtsräte.

Die SE hat sich nicht zuletzt hierdurch innerhalb weniger Jahre zu einem beliebtem Alternativmodell gegenüber den in Deutschland vorgesehenen Gesellschaftsrechtsformen entwickelt. Attraktivität verleiht der SE dabei zudem ihre internationale Ausrichtung. Durch Wahlrechte hinsichtlich ihrer Organisationsstruktur können darüber hinaus Eigenschaften einer Aktiengesellschaft mit solchen der GmbH kombiniert werden, was z.B. bei familiengeführten Unternehmensgruppen interessant sein kann. Die SE hat gerade in Deutschland eine nachhaltige Praxisfestigkeit erlangt. Von derzeit ca. 640 in Europa operativ tätigen SE (Stand: November 2019) haben ca. 350 ihren Sitz hierzulande.

## Ansprechpartner:

Dr. Heiko Hoffmann  
Tel: +49 89 59976061652  
[HHoffmann@kpmg-law.com](mailto:HHoffmann@kpmg-law.com)

Dr. Stefan Middendorf  
Tel: +49 211 4155597316  
[smiddendorf@kpmg-law.com](mailto:smiddendorf@kpmg-law.com)

Anna Reimann

Tel: +49 89 59976061124

[annareimann@kpmg-law.com](mailto:annareimann@kpmg-law.com)