



---

## Schriftliche Stellungnahme

Dr. Lasse Pütz, Köln

---

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 7. November 2022 um 15:15 Uhr  
zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
**Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel  
und grenzüberschreitender Spaltung**  
20/3817
- b) Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer  
Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
**Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen**  
20/4056

**Siehe Anlage**

LLR Rechtsanwälte PartG mbB · Mevissenstraße 15 · D-50668 Köln

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Per E-Mail: [arbeitundsoziales@bundestag.de](mailto:arbeitundsoziales@bundestag.de)

Telefon +49(221)55400-130  
Fax +49(221)55400-191  
E-Mail [lasse.puetz@llr.de](mailto:lasse.puetz@llr.de)  
Sachverständiger Rechtsanwalt Dr. Lasse Pütz

Köln, den 03.11.2022

## Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 07.11.2022

zum Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (BT-Drucksache 20/3817) sowie zum Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökyay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen (BT-Drucksache 20/4056)

### Inhaltsverzeichnis:

A. Vorbemerkung	2
B. Zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen:	2
I. Einleitung	2
II. Zu einzelnen Aspekten	3
1. Allgemeine Bewertung der Umsetzung der Richtlinie	3
2. 4/5-Regelung (§ 5 Nr. 1 MgFSG)	3
3. Information der Gewerkschaften (§ 6 Abs. 2 S. 1 MgFSG)	4
4. Das besondere Verhandlungsgremium (insb. § 6 ff. MgFSG)	4
5. Tendenzschutz (§ 30 MgFSG)	5
6. Schutz der Mitbestimmung (insb. das Missbrauchsverbot gem. § 36 MgFSG)	5
III. Verzahnung mit dem UmwG	6
IV. Zwischenfazit	6
C. Zum Antrag „Lücken bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung schließen“ der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 20/4056):	7
I. Vorbemerkung	7
II. Schließung der Lücke im DrittelbG	8
III. Ausweitung des Antragsrechts sowie Neuregelung der Kostentragung	9
IV. Schaffung von Berichtspflichten	9
V. Schlussbemerkung zum Antrag der Fraktion DIE LINKE	10
D. Fazit und Ausblick	10

## **A. Vorbemerkung**

Die nachfolgenden Ausführungen stellen die persönliche Meinung des Unterzeichners dar und bewerten insbesondere das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung vor dem Hintergrund der Intention des § 1 MgFSG sowie der diesem zugrunde liegenden europäischen Richtlinie. Die nachfolgenden Ausführungen sollen insb. die Sicht eines Praktikers auf das geplante Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung wiedergeben.

## **B. Zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen:**

### **I. Einleitung**

Zu den Grundprinzipien des Unionsrechts gehört die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 54 AEUV), welche durch den EuGH wiederholt gestärkt und konkretisiert wurde. Die Entscheidungen des EuGH eröffneten Gesellschaften immer weitergehende Möglichkeiten, innerhalb des europäischen Binnenmarkts tätig zu werden. So hat der EuGH in seinem Polbud-Urteil aus dem Jahr 2017 entschieden, dass der grenzüberschreitende Formwechsel möglich ist. Diese Freiheiten für Gesellschaften führen allerdings u.a. zu Gefahren für einzelne Stakeholder, da sich Unternehmen das nationale Recht „aussuchen“ und sich somit hohen nationalen Standards, insbesondere auch bei der unternehmerischen Mitbestimmung, entziehen können. Der bis zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 (ABl. L 321 vom 12.12.2019, S. 1, L 020 vom 24.1.2020, S. 24), Umwandlungsrichtlinie (im Folgenden: UmwRL) zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Gesellschaftsrechtsrichtlinie, im Folgenden: GesRRL) fehlende Rechtsrahmen brachte erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich. Vor diesem Hintergrund ist die GesRRL und der vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung zu begrüßen.

Zu begrüßen ist ebenfalls, dass mit dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und bei grenzüberschreitender Spaltung (nachfolgend: MgFSG) ein eigenes Gesetz geschaffen werden soll. Dies erleichtert die praktische Rechtsanwendung, was sowohl für die Praktiker als auch die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Unternehmen eine Erleichterung, die letztlich auch der Rechtssicherheit dient, darstellt.

Weiter ist zu begrüßen, dass sich das MgFSG am Vorbild der SE-Gründung orientiert und damit, gerade weil hierzu mannigfache Kommentierungen sowie auch bereits Rechtsprechung vorliegen, der Praxis eine gewisse Rechtssicherheit gibt.

## II. Zu einzelnen Aspekten

Nachfolgend wird auf einige einzelne wichtige Aspekte konkret eingegangen:

### 1. Allgemeine Bewertung der Umsetzung der Richtlinie

Zunächst ist festzuhalten, dass die Umsetzung der GesRRL sachgerecht und vollständig erfolgt. Insbesondere die Anlegung am SEBG ist, wie oben bereits dargestellt, sinnvoll und hilfreich und auch so bereits in der Richtlinie angelehnt. Dies soll zwar nicht heißen, dass es bei der Anwendung des SEBG nicht auch zu rechtlichen Fragestellungen kommt,<sup>1</sup> die weiterhin zukünftig angegangen werden sollten und zum Teil auch im Entwurf des MgFSG nun berücksichtigt wurden.<sup>2</sup> Vor allem ist aber zu konstatieren, dass, zuletzt etwa durch die Entscheidung des EuGH in Sachen SAP<sup>3</sup>, immer mehr „Klarheit“ in der Praxis in Bezug auf die SE herrscht, was von Vorteil bei der praktischen Umsetzung des MgFSG sein wird.

Positiv ist auch die Zielsetzung des MgFSG, welche in § 1 deutlich hervorgehoben und bei der Auslegung einen Rahmen geben wird.

### 2. 4/5-Regelung (§ 5 Nr. 1 MgFSG)

Durch die GesRRL eingeführt wurde die sogenannte 4/5-Regelung. Dies wird nunmehr in § 5 Nr. 1 MgFSG sowie § 5 Nr. 1 MgVG umgesetzt. Die Schaffung der 4/5-Regelung ist das Anerkenntnis der Mitbestimmungsgestaltung als Problem im europäischen Kontext. In der Praxis wird diese Regelung indes die unternehmerische Mitbestimmung nur insoweit „schützen“, dass durch diese Regelung ein

---

<sup>1</sup> vgl. hierzu nur Köstler/Pütz, in: FS für Seibert, Recht und Gesetz, 2019, S. 497 ff.

<sup>2</sup> Diverse Studien belegen, dass die Europäische Gesellschaft (SE) in einem nicht unerheblichen Umfang zur Gestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung „genutzt“ (so die Lesart der Unternehmen und der sie unterstützenden Praktiker) bzw. „missbraucht“ (so die Lesart der Gewerkschaften und der Hans-Böckler-Stiftung) werden. Daneben wird durch einige Praktiker unter dem Deckmantel angeblich bestehender praktischer Probleme bei der Anwendung des SEBG bzw. des MgVG durchaus die Forderung nach Reformen formuliert. Diese Forderung sind jedoch oftmals eher darauf gerichtet, dass die unternehmerische Mitbestimmung leichter durch den Wechsel in eine SE bzw. durch Anwendung des MgVG „gestaltet“ werden kann.

<sup>3</sup> C-677/20.

grenzüberschreitender Formwechsel oder eine grenzüberschreitende Spaltung teurer und lästiger wird. Was einen gewissen Schutz mit sich bringen kann. Die 4/5-Regelung wäre gem. ihrer Intention jedoch nur wirklich wirksam, wenn sich die Auffanglösung an der nationalen Mitbestimmung, die erreicht würde, wenn noch 1/5 mehr Beschäftigte beschäftigt wären (d.h. die nationalen Schwellenwerte erreicht wären), orientieren würde. Dies lässt aber die europäische Regelung nicht zu. Die „Gefahren“, die von der 4/5-Regelung für die Mitbestimmung ausgehen können,<sup>4</sup> werden durch § 19 MgFSG „neutralisiert“.<sup>5</sup>

### **3. Information der Gewerkschaften (§ 6 Abs. 2 S. 1 MgFSG)**

Ausdrücklich hervorzuheben ist die Regelung des § 6 Abs. 2 S. 1 MgFSG, nachdem die in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften über das Vorhaben durch die Gesellschaft zu informieren sind. Dieses ausdrückliche Informationsrecht, welches bei der SE fehlt,<sup>6</sup> schafft die Voraussetzung einer sachgerechten Beteiligung der Gewerkschaften. Bei der SE ließ sich feststellen, dass aufgrund einer fehlenden Informationspflicht der Gewerkschaften diese zum Teil aus den Verhandlungen herausgehalten wurden.

### **4. Das besondere Verhandlungsgremium (insb. § 6 ff. MgFSG)**

Herauszustellen sind weiter die Regelungen des MgFSG zur Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums. Diese sind zwar auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehen. Vor dem Hintergrund der Komplexität und dem Umstand, dass ein Gesetz sämtliche denkbaren Konstellationen abbilden muss, sind die Regelungen jedoch pragmatisch und zielführend. Insbesondere die Einbeziehung der Betriebsratsstrukturen ist als gelungen hervorzuheben. Durch diese Regelung wird eine aufwändige Urwahl vermieden und gleichzeitig eine hohe demokratische Legitimation sichergestellt.

In der Praxis herausfordernd wird es sein, die Regelung des § 11 Abs. 4 MgFSG zur Anwendung zu bringen (Urwahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums). Da diese Regelung jedoch lediglich auf den Umstand, dass keine betriebsrätlichen Strukturen bestehen, abstellt, erscheint auch diese Regelung, die rudimentär verbleibt, vor dem Hintergrund des zu erwartenden Anwendungsbe-

---

<sup>4</sup> Siehe hierzu der Unterzeichner in AG 2020, S. 117 ff.

<sup>5</sup> Vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 5 Nummer 1 a.E.

<sup>6</sup> vgl. hierzu nur Köstler/Pütz, in: FS für Seibert, Recht und Gesetz, 2019, S. 497 (505 f.).

reichs, ausreichend.<sup>7</sup> Die Praxis wird zudem eventuelle Regelungslücken vor dem Hintergrund der bestehenden Mitbestimmungsgesetze bzw. des BetrVG schließen können. Gleichwohl wird der Aufwand für die Besetzung des besonderen Verhandlungsgremiums bei Unternehmen, die keine Betriebsräte haben, zumindest in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Richtlinie, gewisse Unsicherheiten und auch erhöhte Kosten mit sich bringen. Dies liegt jedoch nicht in dem vorliegenden Entwurf begründet, sondern in der Tatsache, dass betriebsrätliche Strukturen fehlen. Alles andere als eine Urwahl wäre in den Fällen, in denen keine Betriebsräte vorhanden sind, mit den demokratischen Grundsätzen der unternehmerischen Mitbestimmung nicht vereinbar.

## **5. Tendenzschutz (§ 30 MgFSG)**

Schaffung des Tendenzschutzes ist unter Beachtung der § 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelbG sowie § 1 Abs. 4 MitbestG folgerichtig. Insgesamt ließe sich jedoch eine Debatte darüber führen, ob es eines Tendenzschutzes, jedenfalls im derzeitigen Umfang, für die unternehmerische Mitbestimmung bedarf. Diese Frage wäre jedoch an anderer Stelle zu erörtern.

## **6. Schutz der Mitbestimmung (insb. das Missbrauchsverbot gem. § 36 MgFSG)**

Durch die unterschiedliche Herangehensweise bei der Festlegung des Umfangs der unternehmerischen Mitbestimmung zwischen der europäischen Regelung (Verhandlungslösung) und den deutschen Vorgaben (Schwellenwerte) wird es immer wieder zu Konstellationen kommen, in denen die europäischen Regelungen zur Mitbestimmungsgestaltung verwendet werden können. Eine konsistente Abhilfe kann hier nur eine Rahmenrichtlinie auf europäischer Ebene schaffen. Das vorliegende Gesetz wird daher keinen vollständigen Schutz der Mitbestimmung leisten können.

Jedoch ist dieses Gesetz, vor dem oben unter Gliederungspunkt B. I. dargestellten Hintergrund, ein wesentlicher Mehrwert zur aktuellen Rechtslage, da es einen deutlich rechtssicheren Rahmen schafft. Darüber hinaus wird mit der Regelung des § 36 MgFSG (Missbrauchsverbot) eine dem Grunde nach wichtige und richtige Norm geschaffen. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des § 36 MgFSG wird es nach Verabschiedung des Gesetzes in der Praxis gleichwohl vermutlich zu Diskussionen kommen. Sowohl die Bezugnahme auf nationale Schwellenwerte wird rechtlich kritisch bewertet,<sup>8</sup> als auch der Begriff der strukturellen Änderung, der europarechtlich nicht definiert ist. Gerade

---

<sup>7</sup> Die Gesetzesbegründung spricht von „seltenen Fall“.

<sup>8</sup> Der guten Ordnung halber ist jedoch festzuhalten, dass es namhafte Autoren gibt, die keine Bedenken bezüglich einer Bezugnahme auf nationale Schwellenwerte in einer solchen Norm haben.

die Zusammenschau der strukturellen Änderung mit dem Überschreiten der nationalen Schwellenwerte als Voraussetzung für das „Beispiel“ des Satzes 2 des § 36 MgFSG wird Diskussionen aufwerfen und ggf. ein „Hemmschuh“ bezogen auf die Intention des Missbrauchsverbots sein. Die „Gestaltungspraxis“ zum § 325 UmwG<sup>9</sup> zeigt zudem, dass Unternehmen erfinderisch sind, Normen wie den § 36 MgFSG nicht zur Anwendung zu bringen.

Die GesRRL fordert bei Verstößen gegen die Umsetzungsvorschriften daneben wirksame Sanktionen. Diese Sanktionen werden in § 38 MgFSG abgebildet. Allerdings handelt es sich um ein Antragsdelikt, was in der Praxis dazu führen kann, dass die Strafvorschrift kaum Anwendung findet. Trotzdem erscheint diese Regelung ausreichend, da die Gewerkschaften durch die Regelung des § 6 Abs. 2 MgFSG, in welcher Form auch immer, an den Verhandlungen „beteiligt“ sein werden und diesen ein Antragsrecht zusteht. In der Praxis dürfte die Strafvorschrift vielmehr zu einem Instrumentarium werden, mit dem primär gedroht werden kann, falls sich eventuelle Verstöße gegen die Norm abzeichnen oder im Raum stehen. Dieses Instrumentarium sollte noch durch ein Antragsrecht der Gewerkschaften gem. § 98 Abs. 2 AktG bei der Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat (DrittelbG) flankiert werden (siehe hierzu auch nachfolgend Gliederungspunkt C. II.). Hierrüber ist jedoch bei der (weiteren) Umsetzung des Koalitionsvertrages und nicht im Zuge der Umsetzung der GesRRL zu beraten.

### III. Verzahnung mit dem UmwG

Der Unterzeichner hat bereits in der Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“ dargelegt, dass eine Anpassung des § 325 Umwandlungsgesetz sinnvoll wäre.<sup>10</sup> Dieses Gesetz steht jedoch nicht zur Diskussion in der Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales, weshalb hierzu weitere Ausführungen unterbleiben.

### IV. Zwischenfazit

Das geplante MgFSG zeichnet sich durch eine für den Umgang in der Praxis förderliche Klarheit und Übersichtlichkeit aus. Der dem nationalen Gesetzgeber durch die GesRRL eingeräumte Gestaltungsspielraum wird, vor dem Hintergrund der in der Praxis bestehenden unterschiedlichen Interessen

---

<sup>9</sup> So greift § 325 Abs. 1 UmwG nur ein, wenn die Mitbestimmungsvoraussetzungen durch Abspaltung oder Ausgliederung entfallen. Die Regelung findet indes keine Anwendung, wenn der übertragende Rechtsträger unmittelbar nach Abspaltung oder Ausgliederung die Voraussetzungen für die Anwendung des bisherigen Mitbestimmungsstatuts noch erfüllt und erst danach aus dessen Anwendungsbereich herausfällt; BeckOGK/Annuß, 1.4.2022, UmwG § 325 Rn. 12).

<sup>10</sup> Pütz, AG 2020, S. 117 ff. (insb. Rn. 23).

und Ansichten, überzeugend ausgefüllt. Insgesamt sollte, auch vor dem Hintergrund der Umsetzungsfrist bis zum 31.01.2023, eine alsbaldige Verabschiedung des Gesetzes erfolgen, sodass sich die Praxis auf das Gesetz einstellen kann.

Soweit einzelne Punkte des MgFSG und der dem Gesetz zugrundeliegenden Richtlinie kritisch betrachtet werden, ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie und das MgFSG für die Mitbestimmung einen besseren Zustand schafft, als er vor der Verabschiedung bestand bzw. derzeit besteht. Die Rechtsprechung des EuGH ermöglichte die grenzüberschreitende Mobilität, ohne die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen der Gesellschaft zu regeln. Diese Rechtsprechung ging letztlich zulasten der Mitbestimmung und der Rechtssicherheit. Insoweit schafft die Richtlinie Klarheit und schützt die Mitbestimmung.

### **C. Zum Antrag „Lücken bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung schließen“ der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 20/4056):**

Vor dem Hintergrund der zeitlichen Vorgaben zur Umsetzung der GesRRL sowie unter Beachtung der parlamentarischen Mehrheiten soll auf den Antrag der Fraktion DIE LINKE in der gebotenen Kürze eingegangen werden. Hierbei legt der Unterzeichner bewusst seinen Schwerpunkt auf die Auswirkungen der im Antrag genannten Maßnahmen auf den unter Gliederungspunkt B. thematisierte Gesetzentwurf.

#### **I. Vorbemerkung**

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE stützt sich auf bekannte Forderungen der Gewerkschaften sowie der Hans-Böckler-Stiftung und nimmt unter Gliederungspunkt I. Bezug auf die im Zusammenhang mit der vorliegenden Materie wesentliche Studie der Hans-Böckler-Stiftung aus dem Jahr 2020.<sup>11</sup> Die gemachten Vorschläge der Fraktion DIE LINKE sind mehr oder weniger bekannt und sollten nicht dazu

---

<sup>11</sup> Die von der Fraktion DIE LINKE zitierten Studie der Hans-Böckler-Stiftung aus dem Jahre 2020 spricht für sich und bedarf bzgl. ihrer Aussage keinen weiteren Ausführungen. Der guten Ordnung halber festzuhalten ist nur, dass sich die Anzahl der paritätisch mitbestimmten Unternehmen in den letzten Jahren nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung leicht erhöht, jedenfalls aber auf einem recht konstanten Niveau eingependelt hat. So gab es zum 31.12.2019 und zum 31.12.2020 jeweils 651 (*Ehrenstein, <https://www.imu-boeckler.de/de/mitbestimmte-unternehmen-in-deutschland-19328.htm> (Stand: 28.10.2022)*) und zum 31.12.2021 656 paritätisch mitbestimmte Unternehmen (<https://www.mitbestimmung.de/html/frage-1-546.html> (Stand: 28.10.2022)). Dies ändert indes nichts an den grundsätzlichen Aussagen der durch die Fraktion DIE LINKE zitierten Studie.



führen, dass die wichtigen Beratungen zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen zu kurz kommen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass einige Forderungen der Fraktion DIE LINKE rechtlich und praktisch durchaus komplex sind. So wird etwa unter Gliederungspunkt II. 1. das sog. Mitbestimmungsstreckungsgesetz gefordert, dessen rechtliche Zulässigkeit umstritten ist<sup>12</sup> und dessen Umsetzung in der Praxis vor dem Hintergrund verschiedener Governance Systeme zumindest herausfordernd wäre. Daneben fordert die Fraktion DIE LINKE, dass die deutschen Schwellenwerte für die Unternehmensmitbestimmung zu Neuverhandlungen bei der SE führen müssen, wobei sich die Forderung, dass *„im SE-Beteiligungsgesetz festgelegt [wird], dass die Mitbestimmung [...] bei Überschreitung der Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze neu verhandelt werden muss und dass an den überschrittenen Schwellenwerten angepasste Auffangregelung eingeführt wird“* sich europarechtlich so nicht (ausschließlich national) umsetzen lassen wird. Im Ergebnis versuchen die Forderungen der Fraktion DIE LINKE das bereits oben aufgezeigte „Problem“, dass die europäischen Regelungen (Verhandlungslösung) und die deutschen Vorgaben (Schwellenwerte) nicht völlig ineinandergreifen können, national zu lösen. Dies kann nicht gelingen. Eine vollständig konsistente Abhilfe kann nur eine Rahmenrichtlinie auf europäischer Ebene schaffen.

Jedenfalls sollte aber eine Diskussion über diese in Gliederungspunkt II. 1. des Antrags der Fraktion DIE LINKE genannten Maßnahmen nicht dazu führen, dass die Befassung zur BT-Drucksache 20/3817 zu kurz kommt. Daher wird nachfolgend nur auf wenige, weitere Aspekte der BT-Drucksache 20/4056 eingegangen.

## II. Schließung der Lücke im DrittelbG

Eine alsbaldige Umsetzung des Koalitionsvertrages dahingehend, dass die sogenannte Lücke im Drittelbeteiligungsgesetz geschlossen wird,<sup>13</sup> wäre ein wesentlicher Schritt zur Sicherung der Mitbestimmung. Hierdurch würden mehr Unternehmen in den Anwendungsbereich des Drittelbeteili-

---

<sup>12</sup> Vgl. hierzu Habersack/Casper/Löbke, GmbHG Großkommentar, Einleitung Rn. B 125-B 127 Rn. B 127 sowie insb. Fn. 428 m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten. So schreiben Behrens/Hoffmann zu so einem solchen Gesetz: „Man kann wohl behaupten, dass die weiterhin überwiegende Meinung in der Lit. sich gegen die Zulässigkeit einer Überlagerung des Gesellschaftsstatuts mit Mitbestimmungsrecht ausspricht“, wohingegen Prof. Seifert im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung mittlerweile sogar einen eigenen Gesetzentwurf vorgelegt hat ([https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync\\_id=HBS-008044](https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044) (Stand: 31.10.2022)).

<sup>13</sup> Hierzu heißt es im Koalitionsvertrag: *„Wir werden die Konzernzurechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen, sofern faktisch eine echte Beherrschung vorliegt.“*

gungsgesetzes fallen und eventuelle Befürchtungen vor Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsräten könnten sich im praktischen Miteinander abbauen.

### **III. Ausweitung des Antragsrechts sowie Neuregelung der Kostentragung**

Flankiert werden sollte die Schließung der Lücke im DrittelbG damit, dass (1.) den Gewerkschaften in § 98 Abs. 2 Aktiengesetz ein eigenes Antragsrecht auch bei drittelbeteiligten Gesellschaften eingeräumt wird und (2.) § 99 Abs. 6 AktG dahingehend geändert wird, dass die Verfahrenskosten, inkl. der Kosten der Beteiligten, adäquat verteilt und durch das Unternehmen erstattet werden müssen, soweit keine missbräuchlichen, offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Anträge gestellt werden. Dies würde auch den Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung nach dem MgFSG erhöhen. Nach der Rechtsprechung des BGH richtet sich, wenn vor der Eintragung einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch aufgebauten Europäischen Gesellschaft (SE) in das Handelsregister ein Statusverfahren eingeleitet worden ist, die festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsorgans der SE bei Anwendbarkeit der Auffangregelung über die Mitbestimmung kraft Gesetzes danach, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammensetzen war.<sup>14</sup> Diesen Grundsatz wird man auch auf das MgFSG, aufgrund der Wortlaute des § 26 MgFSG und des § 35 Abs. 1 SEBG, übertragen können. Die Gewerkschaften könnten folglich auch einen Antrag nach § 98 AktG im Verhandlungsverfahren stellen, wenn die Anwendung des DrittelbG bei der Auffanglösung nach § 26 MgFSG strittig wäre. Ein solcher Antrag wird, das zeigt die Praxis zur SE, oftmals durch die Betriebsräte, die nach der derzeitigen Rechtslage (faktisch) als die einzigen in Betracht kommen, die im Zuge von Verhandlungen nach dem MgFSG, dem MgVG oder dem SEBG einen Antrag auf Drittelbeteiligung stellen, nicht gestellt, da diese durch die Unternehmen „argumentativ“ oder auf sonstige Weise davon abgehalten werden. Die durch den Unterzeichner vorgeschlagenen Änderungen der §§ 98, 99 AktG<sup>15</sup> hätten mithin einen direkten Einfluss auf den Mitbestimmungsschutz nach dem MgFSG.

### **IV. Schaffung von Berichtspflichten**

Daneben wäre zu überlegen, vorzuschreiben, dass im Lagebericht zukünftig die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland, gegebenenfalls mit der Konzernzurechnung, anzu-

---

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 23.7.2019 – II ZB 20/18 = NJW-RR 2019, 1254.

<sup>15</sup> Diese sollten daneben noch auf eine Kostentragungspflicht des Unternehmens bei Anträgen nach § 104 AktG erweitert werden.

geben ist. Flankiert werden sollte diese Verpflichtung damit, dass, ähnlich wie bei der sogenannten Flexiquote/Frauenquote (vgl. § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB) praktiziert, Unternehmen erklären müssen, weshalb sie ihrer Ansicht nach nicht unter die unternehmerische Mitbestimmung fallen. Gerade im Zuge der Debatte um Nachhaltigkeit, insbesondere unter der Bedeutung „ESG“ wäre eine solche Berichterstattungspflicht ein sinnvolles Instrumentarium, welches den Unternehmen letztlich nichts anderes abverlangen würde, als zu erklären, ob sie sich an "Recht und Gesetz" halten. Auch wäre eine solche Berichtspflicht ein regelmäßiger Reminder, sich mit der ordnungsgemäßen Zusammensetzung des Aufsichtsrats auseinanderzusetzen. Jedenfalls wäre eine solche Berichtspflicht ein deutlich geringerer Eingriff als ein Bußgeld, wie dies durch die Fraktion DIE LINKE vorgeschlagen wird.

## **V. Schlussbemerkung zum Antrag der Fraktion DIE LINKE**

Das Augenmerk der Beratungen ist auf den unter Gliederungspunkt B. kommentierten Gesetzentwurf zu legen. Aus diesem Grund erfolgt keine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Antrag der Fraktion DIE LINKE.

## **D. Fazit und Ausblick**

Das vorliegende Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (BT-Drucksache 20/3817) und insb. das MgFSG dient der Umsetzung der europäischen Richtlinie. Dies ist gelungen. Gleichwohl sind weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Sicherung und Stärkung der Unternehmensmitbestimmung denkbar, wie sich auch aus dem Koalitionsvertrag ergibt. Die Umsetzung solcher Maßnahmen sollte jedoch nicht mit der Debatte um das MgFSG vermischt werden.

Wie dargelegt, kann nur eine europäische Regelung sämtliche denkbaren „Lücken“, die aus dem „Aufeinandertreffen“ des „Verhandlungsprinzips“ und der „nationalen Schwellenwerten“ folgen können, schließen. Auch ermöglichen es die unterschiedlichen nationalen Gesetzgebungen in der EU die Unternehmensmitbestimmung zu gestalten. Insofern sind weitergehende europäische Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung angezeigt. Eine solche Forderung, die in der Praxis bereits mehrfach artikuliert wurde, steht jedoch in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

Trotz der einen oder anderen Anmerkung im Einzelnen bestehen keine Bedenken, die gegen den vorliegenden Entwurf zum Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (BT-Drucksache 20/3817) sprechen.

(Dr. Lasse Pütz)

Rechtsanwalt