



---

**Schriftliche Stellungnahme**  
Dr. Patrick Mückl, Düsseldorf

---

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**

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

Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB / Postfach 10 11 21 / Speditionstraße 1, 40221 Düsseldorf

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Arbeit und Soziales  
z.Hdn. des Vorsitzenden  
**Bernd Rützel, MdB**  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

# Noerr

**Dr. Patrick Mückl**  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Noerr  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Wirtschaftsprüfer

Speditionstraße 1, 40221 Düsseldorf  
Deutschland  
[noerr.com](http://noerr.com)

Düsseldorf, den 03.11.2022

## Öffentliche Anhörung am 07.11.2022

Sehr geehrter Herr Rützel,  
sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses für Arbeit und Soziales,

nachfolgend finden Sie meine

### Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 07.  
November 2022 zu

dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen  
der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeit-  
nehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmel-  
zungen und Spaltungen – BT-Drucksache 20/3817

und

dem Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl,  
Gökay Akbulut, Matthias W. Birkwald, Ates Gürpınar, Jan Korte,  
Sören Pellmann, Heidi Reichinnek, Dr. Petra Sitte, Jessica Tatti, Ka-  
thrin Vogler und der Fraktion DIE LINKE - Lücken bei der deutschen  
Unternehmensmitbestimmung schließen – BT-Drucksache  
20/4056

Assistenz Fabienne Riedel  
T +49 211 49986227 (Zentrale)  
F +49 211 49986100  
[patrick.mueckl@noerr.com](mailto:patrick.mueckl@noerr.com)

Unser Zeichen: D-7710-2022  
MUC/RIED

Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
Hamburg  
London  
München  
New York  
Prag  
Warschau

Sitz der Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB  
ist München. Die Gesellschaft ist im  
Partnerschaftsregister des Amtsgerichts  
München unter der Nummer PR 512  
eingetragen.

Eine Liste der eingetragenen Partner der  
Partnerschaftsgesellschaft mbB kann am Sitz der  
Gesellschaft oder beim Partnerschaftsregister  
des Amtsgerichts München eingesehen werden.  
Weitere Informationen finden Sie im Internet  
unter [noerr.com](http://noerr.com). Informationen zum  
Datenschutz bei Noerr finden Sie unter  
[noerr.com/datenschutz](http://noerr.com/datenschutz).

## I. Zu dem Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen („**MgFSG-E**“) dient ebenso wie der darin enthaltene Entwurf zur Anpassung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung („**MgVG-E**“) der Umsetzung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 („**RL (EU) 2019/2121**“) zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts („**RL (EU) 2017/1132**“) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

### 1. Anlehnung des MgFSG-E an das MgVG

Der MgFSG-E beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Umsetzung der Vorgaben der RL (EU) 2019/2121 und der RL (EU) 2017/1132<sup>1</sup>. Er regelt die Fallgruppen des grenzüberschreitenden Hereinformwechsels und der grenzüberschreitenden Hereinspaltung zur Neugründung. Weitere Formen grenzüberschreitender Formwechsel oder Spaltungen werden im MgFSG-E nicht geregelt.

Technisch lehnt sich der MgFSG-E stark an die Regelungen an, die das MgVG (bereits vor seiner jetzt angestrebten Reform) vorsieht<sup>2</sup>. Abweichungen vom MgVG finden sich vor allem dort, wo sie sachlich durch Unterschiede zwischen der Umwandlung in Form einer Verschmelzung einerseits und einem Formwechsel bzw. einer Spaltung andererseits bedingt oder durch die RL (EU) 2019/2121 bzw. die RL (EU) 2017/1132 vorgegeben sind.

Die regelungstechnische Anlehnung an das MgVG ist für die Praxis grundsätzlich sehr hilfreich<sup>3</sup>, weil dadurch an die bereits weiter gediehene Auseinandersetzung der Literatur mit dem MgVG angeknüpft werden kann. Einschlägige Rechtsprechung fehlt bislang.

---

<sup>1</sup> Vgl. aber nachfolgend unter I.2.c).

<sup>2</sup> Vgl. zu dem im Wesentlichen gleichen Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales („**BMAS**“) bereits Mückl/Blunck, DB 2022, 1640 ff.

<sup>3</sup> Vgl. aber unter I.3.

## 2. Im Kern richtlinienkonforme Umsetzung

Im Kern richtlinienkonform<sup>4</sup> umgesetzt werden vor allem die komplexen Vorgaben zur Bestimmung des maßgeblichen Mitbestimmungsregimes:

### a) Verhandlungslösung und gesetzliche Auffanglösung

Grundsätzlich gilt nach § 4 MgFSG-E das Sitzstaatprinzip, d.h. grundsätzlich richtet sich die Unternehmensmitbestimmung in der aus einem grenzüberschreitenden Formwechsel (in der Terminologie der Richtlinien: Umwandlung) oder einer grenzüberschreitenden Spaltung hervorgehenden Gesellschaft nach dem Recht des Sitzstaats der Gesellschaft. Das Sitzstaatsprinzip findet jedoch keine Anwendung, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 5 MgFSG-E erfüllt ist:

In den Fällen des § 5 MgFSG-E ist nach § 6 MgFSG-E ein besonderes Verhandlungsgremium („bVG“) zu bilden, mit dem grundsätzlich<sup>5</sup> Verhandlungen über die Unternehmensmitbestimmung in der hervorgehenden Gesellschaft mit dem Ziel des Abschlusses einer Beteiligungsvereinbarung (§ 24 MgFSG-E) zu führen sind.

Die Verhandlungen können nach § 23 MgFSG-E grundsätzlich bis zu sechs Monate ab der konstituierenden Sitzung des bVG dauern. Die Bildung des bVG und das Verhandlungsverfahren richten sich nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird.

Scheitern die Verhandlungen, richtet sich die Unternehmensmitbestimmung gemäß § 25 MgFSG-E nach den gesetzlichen Auffangregelungen, wobei maßgeblich wiederum diejenigen des Mitgliedstaats sind, in dem die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird. Das bVG hat zudem im Ergebnis nach § 19 MgFSG-E die Möglichkeit, für die Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts am Sitz der aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehenden Gesellschaft zu optieren (indem es die Verhandlungen nicht aufnimmt oder abbricht; die Unternehmensleitung(en) haben diese Möglichkeit nur bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung; vgl. § 15 Abs. 3 MgVG-E).

Es finden bei der neuen Gesellschaft alle Komponenten der Mitbestimmung Anwendung, die bei der übertragenden Gesellschaft vor der grenzüberschreitenden Spaltung galten.

---

<sup>4</sup> Vgl. aber nachfolgend unter I.2.c).

<sup>5</sup> Vorbehaltlich Wahlrechten des bVG bzw. – allerdings nur im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung – der Unternehmensleitungen, vgl. Mückl/Blunck, DB 2022, 1640, 1642 f.

## **b) Vier-Fünftel-Regelung**

Eine der wesentlichen mitbestimmungsrechtlichen Neuerungen gegenüber der geltenden Rechtslage ist die aus den Artt. 86 I Abs. 2 Alt. 1, Art. 133 Abs. 2 Alt. 1 und 160 Abs. 2 Alt. 1 RL (EU) 2017/1132 folgende Verpflichtung, ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren bereits dann einzuleiten, wenn die sich formwechselnde oder spaltende Gesellschaft (bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mindestens eine der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften) eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die mindestens 4/5 des im Recht des Mitgliedsstaates dieser Gesellschaft festgelegten Schwellenwerts entspricht, der die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auslöst. Diese Vorgabe soll für die grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen in § 5 Nr. 1 MgFSG-E und für grenzüberschreitende Verschmelzungen durch eine Änderung des § 5 Nr. 1 MgVG umgesetzt werden.

Sofern die Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung in diesen Fällen scheitern, ist die gesetzliche Auffangregelung die Mitbestimmungsfreiheit.<sup>6</sup>

## **c) Richtlinienwidrige Umsetzung**

Dabei will es der MgFSG-E allerdings nicht belassen, sondern auf dem Umweg über § 36 Satz 1 MgFSG letztlich eine Dynamisierung des Mitbestimmungsstatus bewirken. Danach soll ein – Nachverhandlungen auslösender – „Missbrauch“ des grenzüberschreitenden Vorhabens auch dann vorliegen, „wenn innerhalb von vier Jahren ab Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens strukturelle Änderungen erfolgen, die bewirken, dass ein Schwellenwert der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat überschritten wird“. Damit wird verkappt eine – auf in der Entwurfsbegründung irreführend dargestellte<sup>7</sup> „strukturelle Änderungen“ bezogene – dynamische Auffangregelung eingeführt, die richtlinienwidrig ist. Gegen § 36 MgFSG-E, erst recht in seiner jetzigen Fassung, bestehen daher durchgreifende Bedenken:

Eine strukturelle Änderung – erst recht im Verständnis der h.M. –, die mit einem Mitarbeiterzuwachs über nationale Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung hinaus verbunden ist, stellt keinen „Missbrauch“ dar, sondern ist ein zulässiger Geschäftsvorgang<sup>8</sup>. Hinzukommt, dass mit der Vier-Fünftel-Regelung der RL (EU) 2019/2121 nach deren Erwägungsgrund 31 nicht eine Anwartschaft auf einen nationalen Mitbestimmungsstatus – der voraussetzungsgemäß noch gar nicht erreicht ist – geschützt werden soll, sondern das europäische Verhandlungsmodell<sup>9</sup>. Die RL (EU) 2019/2121 bleibt damit dem Grundprinzip der RL 2001/86/EG treu, wonach mit dem

---

<sup>6</sup> Vgl. für viele Bungert/Strohotte, BB 2022, 1411, 1419 m.w.N.

<sup>7</sup> Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457, 464.

<sup>8</sup> Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457, 464.

<sup>9</sup> Uffmann, AG 2022, 427, 432.

Vorher-Nachher-Prinzip nur die bestehenden, also bereits erworbenen nationalen Mitbestimmungsrechte gesichert werden. Insofern wäre es richtlinienwidrig, wenn im Rahmen der Umsetzung der RL (EU) 2019/2121 auf Ebene des nationalen Rechts eine Regelung geschaffen würde, wonach ein Neuverhandlungen auslösender Missbrauch vorliegt, sofern die Gesellschaft die für eine Unternehmensmitbestimmung relevanten nationalen Schwellenwerte innerhalb einer bestimmten Frist nach der Umwandlung erreicht. Daran ändert auch eine Verbrämung mithilfe des zusätzlichen Erfordernisses einer (zudem in der Entwurfsbegründung irreführend umschriebenen) strukturellen Änderung nichts. § 36 MgFSG-E ist – erst recht in seiner jetzigen Fassung – letztlich Ausdruck des immer wieder auftretenden Unbehagens mit dem Vorher-Nachher-Prinzip, das eben nur die im Zeitpunkt der Gründung bestehenden Mitbestimmungsrechte schützt<sup>10</sup>. Es ist allerdings durch die RL (EU) 2019/2121 vorgegeben.

Eine Dynamik ist dem Vorher-Nachher-Prinzip fremd und konnte von deutscher Seite in den jahrzehntelangen Verhandlungen zur SE nicht durchgesetzt werden<sup>11</sup>. Der Einbezug eines Überschreitens nationaler Schwellenwerte ist auch heute nicht sachgerecht: Denn die Entscheidung, ob bei der neuen Gesellschaft die nationalen Mitbestimmungsregeln oder eine Verhandlungs- bzw. Auffanglösung gelten soll, liegt aufgrund der Möglichkeit, Verhandlungen nicht aufzunehmen oder abubrechen, nach § 19 MgFSG-E bei den Arbeitnehmervertretern. Wer A sagt, muss auch B sagen: Die Arbeitnehmerseite ist daher dauerhaft an die Verhandlungs- bzw. Auffanglösung gebunden, wenn sie sich für dieses Modell entschieden hat.<sup>12</sup> Alles andere läuft in der Sache auf eine „Rosinenpickerei“ hinaus.

### **3. Weiteres Verbesserungspotential**

Der MgFSG-E nutzt losgelöst davon die Chance nicht, parallel die aus dem SE-Beteiligungsgesetz („SEBG“) und MgVG bekannten Praxisprobleme zu lösen, sondern verschärft sie teilweise eher.

#### **a) Initiierung des Mitbestimmungsverfahrens**

Mit den Regelungen zur Aufforderung zur Bildung des bVG zur Information über das Umwandlungsvorhaben<sup>13</sup> in § 6 MgFSG-E bewegt sich der Entwurf im gewohnten Fahrwasser des § 6 MgVG. Sinnvoll wäre aber gewesen, klarzustellen, dass – wie die h.M. zu Recht annimmt – der dort verwendete Begriff „Schriftform“ nicht wörtlich gemeint ist, sondern bereits Textform i.S.d. § 126b BGB für die Aufforderung i.S.d. § 6

---

<sup>10</sup> So bereits zum Entwurf des BMAS Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457, 464.

<sup>11</sup> Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457, 464.

<sup>12</sup> Bungert/Strohotte, BB 2022, 1411, 1419.

<sup>13</sup> Ausführlich zur Parallelvorschrift in § 4 SEBG z.B. Mückl/Götte, BB 2017, 1846.

Abs. 1 MgFSG-E ausreicht.<sup>14</sup> Alles andere wäre ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht und würde die Digitalisierung des Mitbestimmungsverfahrens in weitere Ferne rücken.

Für die Information nach § 6 Abs. 2, 3 MgFSG-E ist die Textform – mangels Vorgaben im Normtext – ebenfalls ausreichend, eine theoretisch denkbare mündliche Unterrichtung aber nicht praktikabel.

Sinnvoll wäre außerdem gewesen, in § 6 Abs. 3 MgFSG-E (und auch in § 4 Abs. 3 SEBG, § 6 Abs. 3 MgVG) klarzustellen, welche Informationen über den dortigen Katalog hinaus geschuldet sein sollten („insbesondere“). Die Praxis wird sich an den § 4 SEBG entwickelten Grundsätzen orientieren können.

## **b) Erfordernis der Bildung eines bVG**

Die Regelungen zur Bildung des bVG sind grundsätzlich begrüßenswert.

Anders als in § 10 Abs. 2-5 MgVG findet sich in § 11 Abs. 2 MgFSG-E allerdings keine Anknüpfung an bestimmte Tatbestände i.S.d. Betroffenheit einer oder mehrerer inländischer Unternehmen(sgruppen). Ob das hilft oder die bereits im Rahmen von § 10 Abs. 2-5 MgVG in Praxis auf Arbeitnehmerseite häufig vorhandenen Unsicherheiten und Missverständnisse (insb. zum Verhältnis von § 10 Abs. 2 und § 10 Abs. 3 MgVG) eher verstärkt, bleibt zwar abzuwarten. Auch hier wäre eine Klarstellung aber wünschenswert.

Mit Blick auf die Regelung zur Urwahl in § 11 Abs. 4 MgFSG-E, die § 10 Abs. 7 MgVG entspricht, wäre sinnvoll gewesen, die Zulässigkeit einer elektronischen Wahl in einer virtuellen Versammlung klarzustellen, für die auch im Rahmen des MgVG sehr gute Argumente sprechen. Hintergrund für das Fehlen einer entsprechenden Regelung ist, dass die Entwurfsverfasser – an der Realität der Praxis vorbei – trotz geringer Betriebsratszahlen davon ausgehen, das Nichtvorhandensein eines Betriebsrats und damit eines Wahlgremiums nach § 11 Abs. 2 MgFSG-E sei eine seltene Ausnahme.

Losgelöst davon fehlen nach wie vor Regelungen zum Umgang mit Fehlern bei der Wahl des bVG.

Vertan wird in § 16 Abs. 3 MgFSG-E wiederum die Chance, klare Regeln für virtuelle Verhandlungen zu treffen, die – nicht nur vor dem Hintergrund einer Pandemie –

---

<sup>14</sup> Vgl. für § 4 SEBG Mückl/Götte, BB 2017, 1846; Habersack/Henssler/Henssler, 4. Aufl. 2018, § 4 SEBG Rn. 4 m.w.N.

häufig insb. dann sinnvoll sind, wenn nur technische Punkte besprochen werden sollen. Dafür lohnt sich der – ggf. sehr hohe – Reiseaufwand eines physischen Treffens häufig nicht.

### **c) Digitalisierung**

Ungenutzt bleiben insgesamt alle Chancen, das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren pragmatischer und moderner zu gestalten. Das Thema „Digitalisierung“ sucht man vergeblich, obwohl der Gesetzgeber mit § 129 BetrVG und mit § 41a Abs. 2, § 41b EBRG sowie § 48 SEBG punktuell gezeigt hatte, was möglich ist. Auch hier sollte nachgebessert werden.

## **II. Zu den Antragsgegenständen**

Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökey Akbulut, Matthias W. Birkwald, Ates Gürpınar, Jan Korte, Sören Pellmann, Heidi Reichinnek, Dr. Petra Sitte, Jessica Tatti, Kathrin Vogler und der Fraktion DIE LINKE – Lücken bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung schließen – BT-Drucksache 20/4056

### **1. Einleitung**

Die Mitbestimmung zukunftsfähig zu machen, ist ein sinnvolles Ziel. Von den unterschiedlichen hierzu diskutierten Reformansätzen<sup>15</sup> wählt der Antrag den – nicht ziel-führenden – Weg einer bloßen Erstreckung des Status Quo der nationalen Mitbestimmung.

### **2. Erstreckung der nationalen Mitbestimmungsgesetze auf Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform und inländischem Verwaltungssitz**

Ob eine Mitbestimmungserstreckung auf Auslandskapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland möglich ist, ist stark umstritten<sup>16</sup>. Denn dadurch würde in eine ausländische Unternehmensverfassung und damit in die Niederlassungsfreiheit eingegriffen. EU-rechtskonform ließe sich daher hier allenfalls ein Verhandlungsmodell realisieren<sup>17</sup>. Demgegenüber wäre die beantragte schlichte Erstreckung des zwingenden nationalen Mitbestimmungsrechts auf Auslandskapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland unverhältnismäßig<sup>18</sup>. Da das europäisch geformte Verhand-

---

<sup>15</sup> Ein aktueller Überblick findet sich bei Uffmann, AG 2022, 427, 428.

<sup>16</sup> Vgl. Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 1 Rn. 8 f. m.w.N.

<sup>17</sup> Vgl. Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 1 Rn. 8a.

<sup>18</sup> Uffmann, AG 2022, 427, 429 m.w.N. auch zur Gegenansicht.



lungsmodell aufgrund seiner Flexibilität immer noch attraktiver ist als eine erzwungene starre nationale Mitbestimmung, wäre im Übrigen die Herausforderung des Rechtsformwettbewerbs mit der beantragten Lösung nicht erledigt<sup>19</sup>.

### **3. Anpassung des SE-Beteiligungsgesetzes**

Die beantragte Anpassung des SE-Beteiligungsgesetzes („**SEBG**“) bezieht sich zunächst auf „strukturelle Änderungen des Konzerns“. Gegenstand struktureller Änderungen ist bislang allenfalls die SE selbst, während ihre Tochter- und Enkelgesellschaften insoweit – auch nach der RL 2001/86/EG – keine Rolle spielen. Ausgehend davon, dass der Antragsgegenstand dennoch auf die Mitbestimmung in der SE selbst abzielt, wird die beantragte Änderung des SEBG nur auf Basis einer Änderung der RL 2001/86/EG zulässig sein.

Auch die beantragte Einführung einer Neuverhandlungspflicht bei Überschreiten der Schwellenwerte der nationalen Mitbestimmungsgesetze nach Gründung der SE ist ohne Anpassung der RL 2001/86/EG nicht umsetzbar, weil sie nach geltendem Recht richtlinienwidrig wäre<sup>20</sup>. Davon ist auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur entsprechenden Prüfbitte des Bundesrates<sup>21</sup> zu Recht ausgegangen.

### **4. Erstreckung der nationalen Mitbestimmungsgesetze auf Stiftungen mit Geschäftsbetrieb und die Rechtsform der deutschen Kapitalgesellschaft & Co. KG**

Die Stiftung bzw. Stiftung & Co. KG mit Geschäftsbetrieb können nicht einfach durch Aufnahme in den Katalog der mitbestimmungspflichtigen Unternehmen von den deutschen Mitbestimmungsgesetzen erfasst werden. Vielmehr müsste sichergestellt werden, dass sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter ausschließlich auf die unternehmerischen Entscheidungen bezieht, da sich eine darüberhinausgehende Einflussnahme auf den Stiftungszweck und das Stiftungsvermögen nicht legitimieren lässt<sup>22</sup>. Hinzu kommt, dass sich rechtstatsächlich die meisten Stiftungen auf das Halten von Anteilen an Gesellschaften anderer Rechtsform beschränken, um mit dieser Form der Vermögensverwaltung den Stiftungszweck zu verfolgen. In der Regel fehlt es also an einer einheitlichen Leitung des Konzerns durch die Stiftung, sodass keine Arbeitnehmerbeteiligung erforderlich ist<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. Uffmann, AG 2022, 427, 429.

<sup>20</sup> Vgl. Mückl/Blunck, DB 2022, 735, 737 f.; Uffmann, AG 2022, 427, 436.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 20/3817, S. 67.

<sup>22</sup> Uffmann, AG 2022, 427, 429; Schubert, Ausschussdrucksache 18(11)1045, S. 16 f.

<sup>23</sup> Zutreffend bereits Schubert, Ausschussdrucksache 18(11)1045, S. 17.

Die Unternehmensmitbestimmung bezieht sich in Deutschland systematisch auf Kapitalgesellschaften. §§ 4, 5 Abs. 2 MitbestG, welche die Unternehmensmitbestimmung in deutschen Kapitalgesellschaften & Co. KG regeln, bilden im Rahmen des deutschen Mitbestimmungsrechts daher ein Unikum, das nicht systemfremd erweitert werden sollte. Führt man sich vor Augen, dass das MitbestG zunächst einmal der durch die Größe des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe entstehenden „Entfernung“ zwischen Leitung und Belegschaft sowie der damit einhergehenden Anonymisierung Rechnung tragen will<sup>24</sup>, ist nicht erkennbar, weshalb unterhalb des Schwellenwerts von in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern eine weitere systemfremde Ausnahme erforderlich sein sollte. Dies gilt umso mehr, als auch das weitere für den Schwellenwert im MitbestG maßgebliche Auswahlkriterium, die Bürokratisierung der Unternehmensleitung, unterhalb dieses Schwellenwerts nicht in gleicher Form auftritt<sup>25</sup>, zumal die meisten als Kapitalgesellschaft & Co. KG geführten Unternehmen Familienunternehmen sind – davon viele inhabergeführt.

## **5. Übertragung der Konzernzurechnung aus dem MitbestG in das DrittelbG**

Die Übertragung der Konzernzurechnung aus dem MitbestG in das DrittelbG ist bereits aus den vorstehend unter Ziff. 4 genannten Gründen für die Wahl des Schwellenwerts von in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern als Anknüpfungspunkte im MitbestG nicht sachgerecht. Gegen sie spricht allerdings auch, dass damit nicht nur die zahlreichen Streitfragen aus der Konzernzurechnung nach dem MitbestG in das DrittelbG transferiert werden, sondern hiermit auch weitreichend in die besonderen „personalen“ Governance-Strukturen von Familienunternehmensgruppen eingegriffen würde<sup>26</sup>. Da zahlreiche Familienunternehmen dieser Größe noch inhabergeführt sind und die Inhaber nicht selten privat mithaften, wäre die mit einer Verpflichtung zur Errichtung eines drittelmitbestimmten Aufsichtsrats verbundene Einbuße an unternehmerischer Selbstbestimmung problematisch<sup>27</sup>. Schließlich sind Personengesellschaften gerade wegen der persönlichen Haftung jedenfalls grundsätzlich von der unternehmerischen Mitbestimmung ausgenommen<sup>28</sup>. Das BVerfG hat sich auf diesen Haftungsaspekt gestützt, um den geringeren personalen Bezug des Anteilseigentums und damit eine Zulässigkeit des MitbestG zu begründen<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> BVerfG, NJW 1979, 699, 711.

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 1979, 699, 711.

<sup>26</sup> Uffmann, RFamU 2022, 345, 351.

<sup>27</sup> Uffmann, RFamU 2022, 345, 352.

<sup>28</sup> Uffmann, RFamU 2022, 345, 352.

<sup>29</sup> BVerfG, NJW 1979, 699, 704.

## **6. Abschaffung der Sonderregeln zur Unternehmensmitbestimmung für Tendenzunternehmen**

Die derzeitigen Sonderregeln für Tendenzunternehmen sind Ausprägung des besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes, den diese Unternehmen genießen<sup>30</sup>. Er steht der beantragten Abschaffung der Sonderregeln zur Unternehmensmitbestimmung entgegen.

## **7. Sanktionen bei Nichtanwendung von Mitbestimmungsgesetzen und Anwendung von Mitbestimmungsgesetzen als Voraussetzung für die Börsennotierung**

Ein erweiterter Sanktionskatalog ist ebenso wenig erforderlich wie eine Mitbestimmungs-Compliance als Voraussetzung einer Börsennotierung. Mit dem Statusverfahren nach § 98 Aktiengesetz steht auch den dort genannten Arbeitnehmervertretern der Weg offen, die Anwendung von Mitbestimmungsgesetzen durchzusetzen. Sanktionen mit dem Argument zu fordern, dass Unternehmen bei der Einführung der Mitbestimmung untätig bleiben, gleichzeitig aber „sanktionslos“ zuzusehen, wie Arbeitnehmervertreter bei der Rechtsdurchsetzung untätig bleiben, wirkt unausgewogen. Dies gilt umso mehr, als nach §§ 289b, 289c Abs. 2 Nr. 2 Handelsgesetzbuch („HGB“) von den erfassten Unternehmen über die Arbeitnehmerbelange zu berichten ist, was die Rechtserkenntnis auf Arbeitnehmerseite deutlich erleichtert. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften besteht zudem nach § 289a HGB eine Pflicht zur Erklärung zur Unternehmensführung, die auch die Arbeitsweise des Aufsichtsrats einschließt. Es besteht also bereits jetzt hinreichende Transparenz. Angesichts dieses Befunds erscheint eine Sanktionierung von Unternehmen fernliegend, zumal sie die wirkliche Herausforderung, die Mitbestimmung zukunftsfähig aufzustellen, nicht angeht.

Mit freundlichen Grüßen  
Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB

Dr. Patrick Mückl  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

---

<sup>30</sup> Vgl. nur Wißmann, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, MitbestG § 1 Rn. 52 ff.