



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

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

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 7. November 2022

Professor Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

I. Hintergrund

Die Möglichkeiten, in welcher Rechtsform ein Unternehmen betrieben werden kann, sind durch das europäische Recht in den letzten Jahrzehnten signifikant erweitert worden. So hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Reihe von Entscheidungen ein zunehmend liberaleres Verständnis der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) entwickelt, die mit dem Urteil in der Rechtssache Polbud¹ durch die Einbeziehung der isolierten nachträglichen Registersitzverlegung ohne eine gleichzeitige Verlegung des Sitzes der Hauptverwaltung in den Schutz dieser Grundfreiheit auf eine nahezu unbegrenzte Wahl der Gesellschaften hinausläuft, welchem der Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sie sich unterstellen wollen.² Weiter steht in Deutschland mit der Einführung der Europäischen Gesellschaft (SE) durch die SE-VO (EG) Nr. 2157/2001 und die SE-RL 2001/86/EG sowie darauf beruhend dem SEAG und dem SEBG seit Ende 2004 eine europäische Rechtsform für das Betreiben eines Unternehmens zur Verfügung. Darüber hinaus wird die grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Restrukturierung von Unternehmen sekundärrechtlich seit der RL 2005/56/EG, konsolidiert durch die RL (EU) 2017/1132 (GesRRL), flankiert und erleichtert (in deutsches Recht umgesetzt durch die §§ 122a ff. UmwG und das MgVG). Mit der RL (EU) 2019/2121 (UmwRL) sind die Regelungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung fortentwickelt und die grenzüberschreitende Umwandlung (Formwechsel) sowie die grenzüberschreitende Spaltung als weitere Optionen für Unternehmen in die GesRRL integriert worden. Die Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben durch das UmRUG und das MgFSG nebst Änderungen im MgVG (einschließlich von Folgeänderungen in anderen Rechtsvorschriften), die bis zum 31. Januar 2023 zu erfolgen hat, steht nunmehr auf der Agenda.

Für die deutsche Mitbestimmung haben sich diese Entwicklungen als nachteilhaft erwiesen, was auf verschiedenen Ursachen beruht. Zum einen existieren nicht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Formen der unternehmerischen Mitbestimmung. Dies gilt insbesondere für die paritätische Mitbestimmung entsprechend dem MitbestG. Zu einer Harmonisierung der mitgliedstaatlichen

¹ EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

² Zur Entwicklung statt vieler *Kieninger*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, NJW 2017, 3624-3627; *Korch/Thelen*, Von der Niederlassungsfreiheit zur Freiheit der Rechtsformwahl, IPrax 2018, 248-254.

Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung auf der europäischen Ebene ist es aufgrund sehr unterschiedlicher Grundverständnisse über die Regulierung des Verhältnisses zwischen Kapital und Arbeit bislang nicht gekommen. Zum anderen wird mit der Wahl eines ausländischen Gesellschaftsrechtsstatuts nach der ganz überwiegend vertretenen international-privatrechtlichen Sichtweise zugleich über das Mitbestimmungsstatut entschieden.³ Kennt die Rechtsordnung des Zielstaates kein (wie etwa Belgien und die baltischen Staaten) bzw. kein gleichwertiges Mitbestimmungsniveau (wie etwa Frankreich und Luxemburg), kann auf diesem Wege das bisherige Mitbestimmungsstatut im Herkunftsstaat (wie etwa Deutschland) abgewählt bzw. vermieden werden. Darüber hinaus existiert in der SE keine originäre unternehmerische Mitbestimmung. Vielmehr ist zum Schutz der Mitbestimmungsrechte, die den Arbeitnehmern nach nationalem Recht zustehen, der europarechtliche Mechanismus aus Verhandlungslösung und Auffangregelung geschaffen worden, der (beim Erreichen bestimmter Schwellenwerte) in erster Linie Verhandlungen zwischen der Unternehmensseite und der Arbeitnehmerseite sowie (vor allem) für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen das Eingreifen einer Auffangregelung vorsieht, die sich am bisherigen höchsten Mitbestimmungsniveau orientiert, wobei die Frage, ob und welche Auffangregelung gegebenenfalls zum Tragen kommt, bereits im Vorfeld die Verhandlungspositionen beider Seiten maßgeblich beeinflusst. Auf die grenzüberschreitende Verschmelzung ist dieser Mechanismus aus Verhandlungslösung und Auffangregelung mit gewissen Modifikationen ebenfalls von Anfang an übertragen worden und findet sich folgerichtig mit neuerlichen Modifikationen auch in der UmwRL.

Die durch die Niederlassungsfreiheit sowie durch die SE geschaffenen Optionen, ein Unternehmen auch dann in Deutschland ohne eine Mitbestimmung betreiben zu können, wenn die für das Eingreifen der Mitbestimmung nach dem DrittelbG bzw. dem MitbestG maßgeblichen Schwellenwerte (mehr als 500 bzw. mehr als 2.000 Arbeitnehmer) erst nach der Umstrukturierung überschritten werden, sind nicht nur theoretischer Natur, sondern werden praktisch vielfach genutzt. So werden nach aktuellen Schätzungen mehr als zwei Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die ihnen nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen an sich zustehenden Mitbestimmungsrechte vorenthalten, was zwar nicht nur, aber auch auf die Anwendung europäischen Rechts zurückzuführen ist.⁴ Mitbestimmungsvermeidung ist in der rechtsberatenden Praxis zu einer verbreiteten

³ Siehe etwa *Teichmann*, Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, in: Festschrift für Hopt (2020), S. 1255-1271 (1259).

⁴ Vgl. *Sick*, I.M.U. Mitbestimmungsreport 58 (2020), 13 ff.

Dienstleistung geworden. Vor allem die SE wird offen als probates Mittel zur Aushebelung des Mitbestimmungsrechts empfohlen.⁵

Die sekundärrechtlichen Regelungen enthalten zwar ihrerseits Instrumente, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen bzw. vorschreiben, Mitbestimmungsvermeidungsstrategien entgegenzutreten. Allerdings ist die konkrete Reichweite dieser Instrumente höchst umstritten, ohne dass es bislang zu klärenden gerichtlichen Entscheidungen insbesondere des EuGH gekommen ist.

Vor diesem Hintergrund sollen der aktuelle Gesetzentwurf sowie der Antrag der Fraktion DIE LINKE im Folgenden näher beleuchtet werden.

II. Zum Gesetzentwurf (BT-Drucks. 20/3817)

Mit dem aktuellen Gesetzentwurf sollen die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der UmwRL umgesetzt werden. Der Gesetzentwurf wählt hierfür einen zweigeteilten Ansatz: Die unionsrechtlichen Vorgaben über den grenzüberschreitenden Formwechsel und über die grenzüberschreitende Spaltung werden in einem neuen Stammgesetz, dem MgFSG, zusammengefasst (Artikel 1), während das bereits existierende MgVG entsprechend angepasst wird (Artikel 2). Die Schaffung eines Stammgesetzes anstelle der komplizierten und unübersichtlichen Verweisungstechnik der GesRRL ist uneingeschränkt zu begrüßen. Insbesondere weist das geplante Stammgesetz eine klare und durchsichtige Struktur auf, die der Rechtsanwendung zugutekommt. Aufwerfen kann man die Frage, ob nicht sogar die in der GesRRL zu allen drei grenzüberschreitenden Umwandlungsformen (Formwechsel, Spaltung und Verschmelzung) enthaltenen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften besser in einem Stammgesetz hätte zusammenfassen können, um eine noch größere Übersichtlichkeit herzustellen. Soweit ersichtlich, treten durch die Beibehaltung der Aufteilung auf zwei Gesetze aber keine Inkohärenzen auf, auch wenn auffällt, dass die Zielsetzungen der beiden Gesetze (jeweils in § 1) auch jenseits des unterschiedlichen Gegenstandes leicht abweichend formuliert sind. Für die Aufteilung auf zwei Gesetze lässt sich immerhin anführen, dass die Verweisungen auf die SE-RL für den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung in Art. 86I Abs. 3 und 160I Abs. 3 UmwRL etwas anders als für die grenzüberschreitende Verschmelzung in Art. 133 Abs. 2 GesRRL gefasst sind.

Da es vorliegend um die Umsetzung einer detaillierten europäischen Richtlinie geht, sind zahlreiche Aspekte von vornherein vorgegeben. Auch besteht mit dem MgVG ein Vorbild, an dem sich der Gesetzentwurf im Hinblick auf seinen Aufbau sowie vielen Einzelfragen richtigerweise orientiert hat. Schon an dieser Stelle ist freilich darauf aufmerksam zu machen, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten nur das zu

⁵ Exemplarisch *Werner*, Die SE als Instrument zur Einschränkung der Mitbestimmung, NZG 2022, 541-545 (541).

erreichende Ziel verbindlich vorgibt, ihnen aber die Wahl der Form und der Mittel überlässt.⁶ Dieser Umstand ist nicht zuletzt deshalb zu betonen, weil im deutschen Diskurs gerade im Zusammenhang mit der SE ein Verständnis vorherrschend geworden ist, nach dem es bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben auch im Hinblick auf die Mittel keinerlei nationalen Spielräume gibt, was in Verbindung mit einer sehr restriktiven Interpretation des europäischen Rechts selbst dazu führt, dass Mitbestimmungsvermeidungsstrategien kaum effektiv entgegengetreten werden kann. Dass andere Mitgliedstaaten bei der Umsetzung großzügiger verfahren, zeigt etwa das österreichische Recht, das schon bei der Umsetzung von Art. 133 Abs. 7 GesRRL a.F. durch § 262 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) eine Schutzfrist von fünf Jahren festgesetzt hat, die in Art. 133 Abs. 7 GesRRL a.F. seinerzeit genannte Frist von drei Jahren also mit einer in Österreich offenbar verbreiteten Sichtweise als eine Mindestfrist und nicht als eine starre Frist versteht.⁷ Dementsprechend wird man die Konzernzurechnung als noch vom Umsetzungsspielraum gedeckt anzusehen haben. Insoweit sollte der engere Wortlaut der Art. 86I Abs. 2, 133 Abs. 2 und 160I Abs. 2 UmwRL nicht überschätzt werden.

Zu technischen Fragen soll hier nur auf drei Punkte eingegangen werden: Im Rahmen von § 6 MgFSG-E kann man die Frage aufwerfen, ob für die in Abs. 1 genannte Aufforderung die Schriftform notwendig ist, während dies für die Informationen nach Abs. 2 und 3 augenscheinlich nicht erforderlich sein soll. Soweit es um die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums (BVG) geht, ordnet § 10 Abs. 3 MgFSG-E für den – wenn auch wohl eher theoretischen – Fall, dass im Inland nicht mehr 10 % der insgesamt betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt sind, offenbar zwingend die Zuweisung des einzigen auf Deutschland entfallenden Sitzes im BVG an die Arbeitnehmerschaft einer betroffenen Tochtergesellschaft oder eines betroffenen Betriebs an, sodass die Arbeitnehmerschaft der Muttergesellschaft danach leer ausgehen würde, selbst wenn dort von den insgesamt bis zu 10 % der Gesamtbelegschaft ein relativ größerer Anteil beschäftigt wäre. Noch unklar ist die Frage, nach welchen Regelungen sich die Anfechtung der Wahl zum BVG vollziehen soll, nach § 28 Abs. 2 MgFSG-E analog oder nach § 19 BetrVG analog.⁸

Für nachfolgende innerstaatliche Umwandlungen innerhalb einer Schutzfrist von vier Jahren nach dem Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens ist in § 32 MgFSG-E und in § 30 MgVG-E nunmehr ein neuerliches Verhandlungsverfahren mit Auffangregelung vorgesehen, was flexibler ist als die bislang starre Fortgeltung der bisherigen Regelung über die Mitbestimmung nach § 30 MgVG und im Übrigen Art. 86I Abs. 7, 133 Abs. 7 und 160I Abs. 7 UmwRL entspricht.

⁶ Zur Zielorientierung von Richtlinien siehe auch *Wietfeld*, Die richtlinienkonforme Auslegung – Auslegungsmethode oder Zielvorgabe?, JZ 2020, 485-494.

⁷ Hierzu (selbst allerdings kritisch) *Kovács*, Die Auswirkungen grenzüberschreitende Verschmelzung auf die AN-Mitbestimmung, DRdA 2019, 165-170 (167).

⁸ Dazu auch LAG Berlin-Brandenburg v. 10.2.2017 – 6 TaBV 1585/16, Juris Rn. 69.

Zu den brisantesten Regelungen gehört zweifellos der Missbrauchsschutz, der bereits durch die Zielsetzung in § 1 Abs. 2 MgFSG-E angesprochen und in § 36 MgFSG-E im Einzelnen für grenzüberschreitende Vorhaben in Gestalt von Formwechseln und Spaltungen ausgestaltet wird, während grenzüberschreitende Verschmelzungen durch das MgVG aufgrund der eingeschränkten Verweisung auf die SE-RL in Art. 133 GesRRL nicht adressiert werden. Dabei ist eine gewisse Verschärfung gegenüber § 43 SEBG unverkennbar. In diesem Kontext stellen sich zwei Fragen: Ist das Regelungskonzept in sich schlüssig und ist es mit dem europäischen Recht vereinbar? Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass mit dem Abstellen auf die nachträgliche Überschreitung eines Schwellenwertes innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren ein gewisses dynamisches Element in den Schutz integriert wird. Dies geht über ein starres „Vorher-Nachher-Prinzip“ hinaus, hält sich aber jedenfalls innerhalb der Grundkonzeption des MgFSG-E selbst, das auch den Missbrauch eines grenzüberschreitenden Vorhabens zwecks Vorenthaltung von Mitbestimmungsrechten und nicht nur deren Beibehaltung gegenüber Veränderungen anstrebt. Wenn der gegenwärtige Wortlaut zusätzlich eine „strukturelle Änderung“ verlangt, wird der aus dem SEBG bekannte Streit um die Interpretation dieser letztlich auf Erwägungsgrund 18 Satz 3 SE-RL zurückgehenden Formulierung auch in § 36 MgFSG-E hineingetragen. Allerdings ist der zuweilen begegnenden Vorstellung entgegenzutreten, dass sich der Gesetzgeber bei seinem Begriffsverständnis am (deutschen) Schrifttum zu orientieren habe. Wenn etwa der österreichische Gesetzgeber in § 228 Abs. 2 ArbVG regelt, dass als wesentliche Änderungen der Struktur der Europäischen Gesellschaft insbesondere auch erhebliche Änderungen der Zahl der in der Europäischen Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften Beschäftigten gelten, muss man lediglich nach der Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Unionsrechts fragen, nicht aber nach der Übereinstimmung mit dem hierzulande bisher herrschenden Begriffsverständnis. Aus dem deutschen Recht selbst lässt sich auch sonst keine Regel entwickeln, die den Begriff der strukturellen Änderung korporativen Akten vorbehält. Ferner folgt aus dem Missbrauchsansatz konzeptionell nicht zwingend, dass nur das Gründungsstadium geregelt werden darf, weil ein Missbrauch auch in dem Einsatz eines auf längere Zeit angelegten rechtlichen Instruments liegen kann, sofern der Missbrauch erst im Zeitverlauf zu Tage tritt. Die Rechtsfolge, nämlich Verhandlungslösung und Auffangregelung entsprechend der dann aktuell bestehenden mitbestimmungsrechtlichen Lage, fügt sich in das Konzept einer gewissen Dynamik ein, nach der auch nachträgliche Veränderungen eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Mitbestimmungsrecht sein können. Insbesondere ist die Rechtsfolge damit passender geregelt als im SEBG, wo die zivilrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot des § 43 SEBG unklar sind und der Straftatbestand gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG über das Ziel hinausschießt sowie zu einer engen Interpretation des Missbrauchstatbestands zwingt.

In europarechtlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die UmwRL dem Gedanken eines dynamischen Schutzes mit der 4/5-Regelung in Art. 86l Abs. 2, 133 Abs. 2 und 160l Abs. 2 UmwRL sowie der Anordnung bzw. Ausdehnung der Schutzfrist auf vier Jahre in Art. 86l Abs. 7, 133 Abs. 7 und 160l Abs. 7 UmwRL bereits im Normtext näher tritt,

wobei die Auffangregelung in diesen Fällen allerdings ins Leere greift.⁹ Vor allem aber wird der Aspekt, dass durch grenzüberschreitende Vorhaben die Mitbestimmungsrechte nicht tangiert werden sollen, in den Erwägungsgründen an eine Reihe von Stellen sehr viel deutlicher als in den früheren Rechtsakten (SE-RL und Grenzüberschreitende Verschmelzungs-RL) betont (Erwägungsgründe 30 bis 36). Vor diesem Hintergrund könnte es daher nicht überzeugen, darin ausschließlich eine Bekräftigung des ohnehin anerkannten „Vorher-Nachher-Prinzips“ zu sehen, die es den Mitgliedstaaten dazu noch verbieten soll, Mitbestimmungsvermeidungsstrategien jedenfalls bis zu einem bestimmten Umfang als rechtsmissbräuchlich zu werten und ihnen wirksam entgegenzutreten.¹⁰ Wenn insbesondere in Erwägungsgrund 35 die Umgehung der Rechte der Arbeitnehmer als ein möglicher Anwendungsfall eines missbräuchlichen grenzüberschreitenden Vorhabens genannt wird, würde eine Interpretation des auf die spezifische Situation gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen gemünztes Missbrauchsverbot in einer Weise, die dieses Verbot bedeutungslos macht, weil alle praktischen Anwendungsfälle ausgeschlossen werden, nicht einleuchten. Wenn sich die bisherige Handhabung des Missbrauchsverbots als unwirksam erwiesen hat und der europäische Gesetzgeber angesichts der erkannten Unwirksamkeit dieses Verbot erklärtermaßen verstärken will, ist dieser politische Wille, der immerhin eine nach Art. 288 Abs. 3 AEUV umzusetzende Zielbestimmung der Richtlinie darstellt, zu respektieren, was für eine Konkretisierungskompetenz bei der mitgliedstaatlichen Umsetzung spricht, wobei die letztlich vom EuGH zu entscheidende Frage, wo der zulässige Gebrauch der Umwandlungsfreiheit endet und wo der unzulässige Missbrauch zwecks Umgehung der Mitbestimmung beginnt, schwer zu beantworten ist. Im Übrigen hat es das BVG in der Hand, durch einen Beschluss nach § 19 MgFSG-E das Mitbestimmungsrecht des Registersitzstaats infolge des Zusammenspiels von §§ 4 und 25 Nr. 2 MgFSG-E dynamisch zur Anwendung zu bringen, was durch die Art. 86I Abs. 4 Buchst. a und 160I Abs. 4 Buchst. a UmwRL gedeckt ist.

III. Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 20/4056)

Die Übertragung der im MitbestG existierenden Konzernzurechnung (§ 5 MitbestG) auf das DrittelbG ist rechtlich unproblematisch und stößt insbesondere nicht auf europarechtliche Hindernisse.¹¹

⁹ Sehr weitgehend *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437-2447 (2446), der das Fehlen einer dynamischen Auffangregelung in der UmwRL zu einem blossen Redaktionsversehen erklärt und aus dem „effet utile“-Gedanken ableitet, dass es den nationalen Gesetzgebern obliegt, im Rahmen der Umsetzung eine entsprechende Regelung zu formulieren.

¹⁰ In diesem Sinne etwa *Kraft/Noack*, Das Registergericht als Hüter der Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Umwandlung?, in: Festschrift für Krieger (2020), S. 539-553 (547), die das Missbrauchsverbot am „Vorher-Nachher-Prinzip“ ausrichten und nicht an der Frage der Umgehung von Arbeitnehmerrechten.

¹¹ Insoweit auch *Uffmann*, Unternehmensmitbestimmung zwischen Europa und nationalen Wünschen, AG 2022, 427-438 (437).

Die Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Scheinauslandsgesellschaften, also auf Gesellschaften mit ausländischem Registersitz und inländischem Verwaltungssitz, wird vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit schon seit vielen Jahren diskutiert. Als Ertrag der Diskussion lässt sich festhalten, dass ein erheblicher Teil des Schrifttums eine solche Regelung für europarechtlich zulässig hält, sofern das ausländische Gesellschaftsrechtsstatut kein vergleichbares Mitbestimmungsniveau vorsieht.¹² Dabei soll nach manchen Stimmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit allerdings nur ein Verhandlungslösung mit Auffangregelung zulässig sein.¹³ Die Rechtsprechung des EuGH dürfte einer automatischen Mitbestimmungserstreckung aber nicht entgegenstehen. Soweit hierdurch Gestaltungen erfasst werden, die in den Anwendungsbereich der UmwRL fallen, was keineswegs durchgängig der Fall ist, müsste ein entsprechendes Vorhaben allerdings mit deren Vorgaben abgestimmt werden.

Für die Zulässigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen gegen den „Einfriereffekt“ bei der SE zumindest in dem Maße, wie er beim grenzüberschreitenden Formwechsel sowie bei der grenzüberschreitenden Spaltung geplant ist, sprechen gute Gründe. Eine intensive Auseinandersetzung mit dieser rechtlich komplexen Frage ist in dem zur Verfügung stehenden Rahmen indes nicht möglich.

¹² Vgl. *Weiss/Seifert*, Der europarechtliche Rahmen für ein "Mitbestimmungserstreckungsgesetz", ZGR 2009, 542-580. Für einen Gesetzentwurf zur Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Auslangsgesellschaften siehe *Seifert*, I.M.U. Mitbestimmungsreport Nr. 65 (2021).

¹³ Vgl. *Teichmann*, Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften, ZIP 2016, 899-907.