



---

## Materialzusammenstellung

### Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

---

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

A. Mitteilung .....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen .....	4
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände	
Deutscher Gewerkschaftsbund .....	5
Deutscher Führungskräfteverband - ULA e.V. ....	17
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. ....	22
Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn.....	26
Dr. Lasse Pütz, Köln .....	35
Dr. Patrick Mückl, Düsseldorf .....	47
Professor Dr. Rüdiger Krause, Göttingen.....	58
Dr. Hendrik Otto, Arnsberg-Müschede .....	66
Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf .....	73



## Mitteilung

Berlin, den 24. Oktober 2022

**Die 30. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 7. November 2022, 15:15 Uhr bis ca. 16:45 Uhr 10557 Berlin Paul-Löbe-Haus Sitzungssaal: 4.900**

Sekretariat  
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87  
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal  
Telefon: +49 30 - 227 3 33 08  
Fax: +49 30 - 227 3 63 32

**Achtung!**  
**Abweichende Sitzungszeit!**

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung<sup>1</sup>

### Einzigster Punkt der Tagesordnung

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen**

**BT-Drucksache 20/3817**

**Hierzu wurde/wird verteilt:**  
20(11)188 Gutachtliche Stellungnahme

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

**Federführend:**  
Ausschuss für Arbeit und Soziales

**Mitberatend:**  
Rechtsausschuss  
Wirtschaftsausschuss

**Gutachtlich:**  
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

<sup>1</sup> Die Öffentlichkeit wird über eine live TV-Übertragung hergestellt. Die Anhörung wird auch unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de) ausgestrahlt und ist danach in der Mediathek abrufbar.



- b) Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Lücken bei der deutschen  
Unternehmensmitbestimmung schließen**

**BT-Drucksache 20/4056**

**Federführend:**

Ausschuss für Arbeit und Soziales

**Mitberatend:**

Rechtsausschuss

Wirtschaftsausschuss



## **Liste der Sachverständigen**

### **Verbände und Institutionen:**

**Deutscher Gewerkschaftsbund**

**Deutscher Führungskräfteverband - ULA e.V.**

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.**

### **Einzel Sachverständige:**

**Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn**

**Dr. Hendrik Otto, Arnsberg-Müschede**

**Professor Dr. Rüdiger Krause, Göttingen**

**Dr. Lasse Pütz, Köln**

**Dr. Sebastian Sick, Düsseldorf**

**Dr. Patrick Mückl, Düsseldorf**



---

## Schriftliche Stellungnahme Deutscher Gewerkschaftsbund

---

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**

# Stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen  
Finale Version

05.09.2022

## 1) Einleitung und Zusammenfassung

Die Bundesregierung legt mit dem vorliegenden Regierungsentwurf Regelungen zur nationalen Umsetzung der Europäischen Umwandlungsrichtlinie<sup>1</sup> vor. Im Schwerpunkt besteht der Regierungsentwurf aus neuen Regelungen zum Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel und bei einer grenzüberschreitenden Spaltung von Kapitalgesellschaften nach Deutschland herein („Herein-Umwandlung“), die in einem neuen Stammgesetz umgesetzt werden. Dazu kommen im Rahmen der Richtlinienumsetzung notwendig gewordenen punktuellen Anpassungen des „Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).“

Das neue „Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und bei grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG)“ zeichnet sich aus gewerkschaftlicher Sicht durch eine für den Umgang in der Mitbestimmungspraxis förderliche Klarheit und Übersichtlichkeit aus.

Insbesondere die neue Regelung zu § 36 (Missbrauchsverbot) ist ein Schritt in die richtige Richtung, der erstmalig Elemente einer dynamischen Betrachtung der Schwellenwerte beinhaltet und damit die präventive Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung erschwert.

Klar ist aber auch: Der vorliegende Regierungsentwurf umfasst keinesfalls die im Koalitionsvertrag vereinbarten umfassenden Regelungen zum Schutz der Unternehmensmitbestimmung vor einer missbräuchlichen Umgehung, denn dazu wären u.a. auch Regelungen im SE-Beteiligungsgesetz und (deutlich über die hier vorgenommenen Anpassungen hinaus) auch im MgVG notwendig.

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

<sup>1</sup> Vollständig: RICHTLINIE (EU) 2019/2121 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.



Sehr wichtig ist aus gewerkschaftlicher Sicht zudem, dass der Regierungsentwurf ganz überwiegend nur Regelungen zu einer „Herein-Umwandlung“ nach Deutschland behandelt. Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in einer vormals deutschen Gesellschaft (also bei einer „Heraus-Umwandlung“) unterliegt den Regelungen in den Umsetzungsgesetzen der anderen Mitgliedstaaten. Eine zentrale Rolle kommt jedoch zusätzlich auch den deutschen Registergerichten zu, die gemäß den Vorgaben des parallel vom Bundesministerium der Justiz erarbeiteten Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) vor der Erteilung einer Verschmelzungs-, Spaltungs- oder Formwechselbescheinigung prüfen müssen, ob das Unternehmen die grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen Zwecken durchführt. Dazu gehört auch die missbräuchliche Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung.

Vor diesem Hintergrund fordert der Deutsche Gewerkschaftsbund die im Deutschen Bundestag vertretenen demokratischen Parteien dazu auf, den Schutz der Unternehmensmitbestimmung in beiden Regierungsentwürfen sicherzustellen.

## **2) Die Erosion der Unternehmensmitbestimmung stoppen!**

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat erst im Mai dieses Jahres auf seinem 22. Ordentlichen Bundeskongress mit seinem Beschluss B 004 „Tarifbindung und Mitbestimmung stärken“ auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Schlupflöcher zur Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung zu schließen.<sup>2</sup>

Mit Stand 2020 hatten sich nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung insgesamt mindestens 307 Unternehmen mit zusammen mindestens 2,1 Millionen Beschäftigten der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat entzogen oder ignorieren gesetzeswidrig ihre Anwendung.<sup>3</sup>

Zu den wesentlichen „Vermeidungskonstruktionen“ gehört die Umwandlung einer bestehenden AG in eine Europäische Aktiengesellschaft (SE). In diesem Fall wird das zum Zeitpunkt der Umwandlung herrschende Niveau der Mitbestimmung bzw. ein Zustand ohne Mitbestimmung für alle Zeiten festgeschrieben („eingefroren“), auch wenn die Anzahl der Mitarbeiter\*innen eines Unternehmens wächst und die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze im Laufe der Zeit überschritten werden. Auch die bislang geltenden Regelungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften bieten die Möglichkeit der antizipativen Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung.

Eine andere, häufig praktizierte, Vermeidungsstrategie ist die Nutzung ausländischer Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland. Dazu kommen weitere

---

<sup>2</sup> Vgl. DGB (2022): Beschluss B004 „Tarifbindung und Mitbestimmung stärken“ des 22. Ordentlichen Bundeskongresses, im Internet veröffentlicht unter: <https://bundeskongress.dgb.de/-/cFw>

<sup>3</sup> Vgl. Sick, Sebastian (2020): Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung, in: Mitbestimmungsreport Nr. 58, [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_mbf\\_report\\_2020\\_58.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2020_58.pdf).



Vermeidungsstrategien im nationalen Recht sowie Unternehmen, die die Anwendung der Unternehmensmitbestimmung schlichtweg ignorieren. Vermeidungsstrategien und rechtswidrige Ignorierung stehen in engem Zusammenhang. Denn die Erweiterung legaler Vermeidungsmöglichkeiten dürften zugleich die rechtswidrige Nichtanwendung der Mitbestimmungsgesetze verstärken, weil Unternehmen bei illegaler Nichtanwendung der Gesetze bislang keine Sanktionen fürchten müssen. Sobald Beschäftigte oder Gewerkschaften die Einhaltung von Mitbestimmungsgesetzen einfordern, können Unternehmen umso leichter ausweichen desto größer die Optionen zur Vermeidungsgestaltung sind.

Es steht zu befürchten, dass die durch die Europäische Umwandlungsrichtlinie eröffneten zusätzlichen Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Formwechsels bzw. der grenzüberschreitenden Spaltung die Anzahl der Instrumente zur Mitbestimmungsvermeidung noch einmal vergrößert.

So hat der DGB bereits bei der Verabschiedung der Europäischen Umwandlungsrichtlinie davor gewarnt, dass die Regelungen Schlupflöcher beinhalten, mit denen es trickreichen Unternehmen gelingen könne, die Unternehmensmitbestimmung dauerhaft zu vermeiden oder sich ihr nach einigen Jahren gänzlich zu entziehen. Und diese Warnung mit der Aufforderung an den Gesetzgeber verbunden, bei der *„Umsetzung in nationales Recht seinen Spielraum so zu nutzen, dass die Gefahren des Missbrauchs eingedämmt werden.“*<sup>4</sup>

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat auch vor diesem Hintergrund nachdrücklich begrüßt, dass sich die Parteien der Regierungskoalition in ihrem Koalitionsvertrag dazu bekannt haben, eine *„missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts“* verhindern zu wollen. Außerdem wurde im Koalitionsvertrag festgehalten, dass sich die Bundesregierung dafür einsetzen wird, *„dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, so dass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt).“*

Konkret mit Blick auf die nationale Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie wurde im Koalitionsvertrag zusätzlich vereinbart: *„Auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften müssen nationale Beteiligungsrechte respektiert und gesichert werden.“*

Auch die Arbeits- und Sozialminister\*innen der Bundesländer haben die Bundesregierung erst im Dezember 2021 darum gebeten, *„die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Mitbestimmung in Unternehmen in Deutschland deutlich zu verbessern und rechtliche Lücken in den verschiedenen Mitbestimmungsgesetzen, durch die eine Unternehmensmitbestimmung vermieden oder eingefroren werden kann, zu schließen und sich gegenüber der Europäischen Kommission für eine*

---

<sup>4</sup> DGB (2019): Company Law Package: Freiheiten für die Unternehmen, kleine Schritte zum Schutz der Arbeitnehmer, PM 025 vom 18.04.2019, im Internet veröffentlicht unter: <https://www.dgb.de/-/CEo>



*Stärkung der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene einzusetzen.“<sup>5</sup>*

Es ist offenkundig, dass der vorliegende Regierungsentwurf diesen umfassenden Schutz der Unternehmensmitbestimmung nicht enthält.

Der DGB erneuert daher seine Aufforderung an die Bundesregierung, in dieser Legislaturperiode einen Gesetzesvorschlag zur Stärkung der Unternehmensmitbestimmung vorzulegen, der u.a. die nachfolgenden Komponenten enthalten sollte:

- Die Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung auf Unternehmen ausländischer Rechtsform (auch Ausländische Rechtsform & Co. KG und SE & Co. KG) mit Verwaltungssitz in Deutschland erstrecken (Forderung nach einem „Mitbestimmungserstreckungsgesetz“). Dazu hat Prof. Achim Seifert unlängst einen konkreten Vorschlag vorgelegt.<sup>6</sup>
- Die Konzernanrechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen. Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ist lückenlos im Mitbestimmungsgesetz zu erfassen (§4) und entsprechend im DrittelbG einzufügen. („Schließen der Lücke in der Drittelbeteiligung“).
- Im SE-Beteiligungsgesetz sowie in den Regelwerken für grenzüberschreitende Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung ist klarzustellen, dass die Mitbestimmung in einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) sowie bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung neu verhandelt werden muss, wenn die Zahl der Beschäftigten in Deutschland über die Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze steigt. Dabei ist das der dann gegebenen Arbeitnehmer\*innenzahl entsprechende Mitbestimmungsniveau für eine Auffanglösung zugrunde zu legen.
- Ein effektives Sanktionsregimes für die Fälle, in denen die Mitbestimmungsgesetze rechtswidrig nicht angewandt (ignoriert) werden. Die Anwendung der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung muss Voraussetzung für die Börsennotierung einer Kapitalgesellschaft sein.

Im weiteren Gesetzesvorhaben sollte ferner unbedingt berücksichtigt werden, dass der Regierungsentwurf – wie das BMAS ausdrücklich hervorhebt (siehe Seite 2) – *„in erster Linie für die Ausgestaltung der Mitbestimmung in Gesellschaften*

---

<sup>5</sup> Arbeits- und Sozialministerkonferenz (2021). Externes Ergebnisprotokoll der 98. Konferenz der Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren für Arbeit und Soziales der Länder am 01. und 02. Dezember 2021, Beschlussfassung zu TOP 8.3 „Thema: Wirtschaftsdemokratie stärken“, Antragstellung: Berlin, Bremen, Nordrhein-Westfalen, im Internet veröffentlicht unter: <https://www.asmk.saarland/media/pgioph5/katja-merten-msgfuf-externes-protokoll-der-98-asmk.pdf>

<sup>6</sup> Vgl. Seifert, Achim (2021): Gesetzesentwurf zur Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften, Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Mitbestimmungsreport Nr. 65, im Internet veröffentlicht unter: [https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync\\_id=HBS-008044](https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044)



*deutscher Rechtsform [gilt], die aus einem grenzüberschreitenden Formwechsel oder einer grenzüberschreitenden Spaltung hervorgehen („Herein-Umwandlung“).“*

Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in einer vormals deutschen Gesellschaft (also bei einer „Heraus-Umwandlung“) wiederum unterliegt den Regelungen in den Umsetzungsgesetzen der anderen Mitgliedstaaten. Eine zentrale Rolle kommt jedoch zusätzlich auch den deutschen Registergerichten zu, die gemäß den Vorgaben des parallel vom Bundesministerium der Justiz erarbeiteten Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) vor der Erteilung einer Verschmelzungs-, Spaltungs- oder Formwechselbescheinigung prüfen müssen, ob das Unternehmen die grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen Zwecken durchführt. Dazu gehört auch die missbräuchliche Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung.

Vor diesem Hintergrund fordert der Deutsche Gewerkschaftsbund die Bundesregierung und die im Bundestag vertretenen Parteien dazu auf, den Schutz der Unternehmensmitbestimmung in beiden Gesetzesentwürfen sicherzustellen.

### **3) Die Einführung des MgFSG ist ein überzeugender Schritt**

Die EU-Umwandlungsrichtlinie enthält – bezogen auf den Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen – primär Verweise auf die SE-Richtlinie, genau genommen auf den Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE. Andere Regelungen verweisen auch auf das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung, verbessern jedoch den darin enthaltenen Schutz für Arbeitnehmer\*innen (z. B. dahingegen, dass der Schutz vor einer Folge-Restrukturierung auf vier Jahre erhöht wurde). Wieder andere Vorgaben, wie z. B. der neu entwickelte Ansatz der 4/5-Lösung, wurden erstmalig entwickelt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, ein neues Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer\*innen bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) vorzulegen und die Inhalte nicht in das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) oder gar in das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer\*innen bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) zu überführen. Der Entwurf des MgFSG zeichnet sich aus gewerkschaftlicher Sicht zudem durch eine für den Umgang in der Mitbestimmungspraxis förderliche Klarheit und Übersichtlichkeit aus.

Der einzigartige Ansatz, der in der Umwandlungsrichtlinie enthaltenen Vorgaben zur Mitbestimmung, gibt dem deutschen Gesetzgeber den notwendigen gesetzgeberischen Spielraum, sich in einzelnen Aspekten von der überwiegend gelungenen Orientierung am SEBG zu lösen und eigenständige Lösungsansätze für den Schutz der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen zu entwickeln.



#### **4) Gelungener Schutz der Unternehmensmitbestimmung durch ein überarbeitetes Missbrauchsverbot in § 36 MgFSG-E**

Wie oben beschrieben, haben die Regierungsparteien in ihrem Koalitionsvertrag verabredet, Maßnahmen dahingehend zu ergreifen, dass es nicht länger zu einer „Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt)“.

Wie bereits dargelegt, bietet auch eine grenzüberschreitende Spaltung bzw. ein grenzüberschreitender Formwechsel nach Deutschland hinein die Möglichkeit einer antizipativen Vermeidung, z. B. einer paritätischen Unternehmensmitbestimmung. Dazu kann das folgende Beispiel einen Ansatzpunkt bieten:

##### **Beispiel:**

- Eine österreichische Aktiengesellschaft mit 350 Mitarbeiter\*innen in Österreich und 100 Mitarbeiter\*innen in Deutschland will sich in eine deutsche Aktiengesellschaft umwandeln und verlegt dazu ihren Satzungssitz nach Deutschland.
- Gemäß dem österreichischen Mitbestimmungsrecht verfügt die Gesellschaft über einen drittelbeteiligten Aufsichtsrat (der Schwellenwert beträgt 300 Mitarbeiter\*innen<sup>7</sup>)
- Gemäß § 5 Abs. 2 MgFSG-E wird ein Verhandlungsverfahren nach dem vorliegenden Gesetz durchgeführt.
- Gemäß § 26 MgFSG-E ist die Drittelbeteiligung österreichischer Façon die Auffangregelung, die in diesem Beispiel Anwendung finden soll.
- Im weiteren Verlauf findet ein Beschäftigungsaufbau in Deutschland um weitere 3.000 Arbeitnehmer\*innen statt.
- Auch wenn die Anzahl inländischer Arbeitnehmer\*innen den Schwellenwert des deutschen Mitbestimmungsgesetzes längst überschritten hat, wäre eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats ausgeschlossen, weil die Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat „eingefroren“ wurde.

Die nunmehr vorliegende Regelung in § 36 MgFSG-E geht bereits über das Missbrauchsverbot in § 43 SEBG hinaus, indem der Betrachtungszeitraum – folgerichtig in der Systematik der Umwandlungsrichtlinie – auf vier Jahre erhöht wird und indem richtigerweise vorgesehen wird, dass bei einem Verstoß Neuverhandlungen nach dem MgFSG-E zu führen sind. Dazu gehört auch die Möglichkeit, die Verhandlungen gemäß § 19 MgFSG abubrechen und die jeweiligen deutschen Mitbestimmungsgesetze anzuwenden.

Dieser Ansatz wird vom DGB ausdrücklich begrüßt und unterstützt.

<sup>7</sup> Vgl. dazu die Angaben auf der Plattform worker-participation.eu <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender/Oesterreich/Board-level-representation3>



Um den oben beschriebenen „Einfriereffekt“ zu überwinden, ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass im Unterschied noch zum Referentenentwurf u.a. ein Überschreiten der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat Neuverhandlungen über die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer entsprechend den §§ 6 bis 24 auslöst. Damit findet im Kontext einer Richtlinienumsetzung in deutsches Mitbestimmungsrecht erstmalig eine dynamische Betrachtung der Schwellenwerte statt, wenn auch begrenzt auf den Zeitraum von vier Jahren.

Dies ist aus gewerkschaftlicher Sicht ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, der auch unionsrechtlich unproblematisch möglich ist, weil die Umwandlungsrichtlinie dem Schutz der Arbeitnehmer\*innen eine sehr große Bedeutung zuweist. Diese wird allein schon durch den Umfang deutlich, mit denen die Artikel 86I, 133 und 160I (jeweils zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer) den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer\*innen behandeln. Dazu kommen die Vorgaben aus den Erwägungsgründen 11, 30, 31, 32, 35, 36, 50 und 61, die allesamt Aspekte der Unternehmensmitbestimmung thematisieren.

Die europarechtliche Legitimation dazu unterstreicht insbesondere Erwägungsgrund 11 der EU-Richtlinie, der ausdrücklich herausarbeitet, dass die Richtlinie *„die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lassen [soll], für einen stärkeren Schutz von Arbeitnehmern gemäß dem bestehenden sozialen Besitzstand zu sorgen.“*

Auch das Europäische Parlament hatte die Mitgliedstaaten erst im Dezember vergangenen Jahres dazu aufgerufen, *„dringend und entschieden Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass europäische Unternehmen die Rechte der Arbeitnehmer auf Unterrichtung, Anhörung und Beteiligung achten und dementsprechend die geltenden unionsweiten und nationalen rechtlichen Verpflichtungen einhalten“*.<sup>8</sup>

Es fällt jedoch auf, dass der Begriff der strukturellen Änderungen nur an dieser Stelle und beim Vereinbarungsinhalt gemäß §24 Abs. 3 Erwähnung findet. Eine § 18 III SEBG entsprechende Vorschrift fehlt jedoch.

**Der DGB regt daher an, zu prüfen, ob das MgFSG nicht um Vorgaben für die nicht missbräuchlichen strukturellen Änderungen zu ergänzen ist.** Ansonsten bliebe der Schutz bei strukturellen Änderungen auf vier Jahre begrenzt.

Außerdem sollte der Gesetzgeber die Vorgaben des neuen § 36 MgFSG-E mit diesem Gesetzgebungsvorhaben auch in das MgVG übernehmen. Eine unterschiedliche Behandlung grenzüberschreitender Formwechsel und Spaltungen auf der einen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen auf der anderen Seite erscheint wenig zielführend.

## 5) Weitere mitbestimmungsrechtliche Aspekte

---

<sup>8</sup> Europäisches Parlament (2021): Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Dezember 2021 zu Demokratie am Arbeitsplatz: europäischer Rahmen für die Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern und Überarbeitung der Richtlinie über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats (2021/2005(INI)).



**a. Konkretisierung des Anwendungsbereichs deutschen Mitbestimmungsrechtes in den § 4 und 5 MgFSG-E sowie in § 32**

Nach § 4 MgFSG-E richtet sich die Unternehmensmitbestimmung grundsätzlich nach dem Recht des Mitgliedsstaates, in dem die hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird.

Dieser Grundsatz wird jedoch durchbrochen durch die drei Ausnahmetatbestände des § 5 MgFSG. Insbesondere der Ausnahmetatbestand des § 5 MgFSG Nummer 3 führt, wie die gegenüber dem Referentenentwurf noch einmal leicht ergänzte Begründung (Seite 46) richtigerweise darstellt, regelmäßig dazu, dass bei einer „Herein-Umwandlung“ bereits mitbestimmter Unternehmen das europäische Verhandlungsverfahren greift.

Im Umkehrschluss sind diese Vorgaben aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften jedoch auch so zu lesen, dass ein nicht mitbestimmtes Unternehmen vormals ausländischer Rechtsform (mit weniger als 4/5 der Arbeitnehmer\*innen der nationalen Schwellenwerte) unter § 4 MgFSG-E und damit unter deutsches Mitbestimmungsrecht fällt.

**Angesichts der Komplexität der entsprechenden Vorgaben regen wir an, diese Folgewirkung im Bericht des zuständigen Ausschusses für Arbeit und Soziales zu konkretisieren.**

Diese Fragen der Anwendung nationalen Rechts sind auch mit Blick auf eine nachfolgende innerstaatliche Umwandlung relevant. § 32 Abs. 1 konkretisiert die Anwendung des MgFSG, im Unterschied zum RefE, in diesem Kontext richtigerweise auf mitbestimmte Unternehmen. Es wäre im Sinne einer Kohärenz denkbar, diese Einschränkung auch auf Abs. 2 zu übertragen.

**§ 32 Abs. 2 ist daher wie folgt zu fassen:**

**„Besteht in der hervorgehenden Gesellschaft eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer, so finden im Fall einer Verschmelzung nach dem Zweiten Buch des Umwandlungsgesetzes die §§ 7, 9, 10, 12, 23 Absatz 2 und 3, § 24 und § 27 Absatz 3 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechende Anwendung.“**



**b. Information der Gewerkschaft über die Planung eines grenzüberschreitenden Vorhabens (§ 6 MgFSG-E)**

Wir wissen aus der gewerkschaftlichen Praxis, dass eine Information der Gewerkschaft über ein geplantes grenzüberschreitendes Vorhaben bereits zu Beginn des Beteiligungsverfahrens sinnvoll ist, um eine adäquate Betreuung und Unterstützung der Gewerkschaftsmitglieder zu ermöglichen.

Insoweit begrüßen wir ausdrücklich, dass § 6 MgFSG Abs. 2 – anders noch als der Referentenentwurf – eine diesbezügliche Informationspflicht der Leitung vorsieht.

**c. Zur Verteilung der auf das Inland entfallenden Sitze des besonderen Verhandlungsgremiums (§10 MgFSG-E)**

§10 MgFSG-E Abs 2. verzichtet ausdrücklich auf Regelungen zur proportionalen Berücksichtigung einzelner Betriebe.

Absatz 3 wiederum sieht vor, dass die von einer grenzüberschreitenden Spaltung unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer\*innen mit mindestens einem Mitglied im besonderen Verhandlungsgremium vertreten sind, das über ihre künftigen Mitbestimmungsrechte in der hervorgehenden Gesellschaft verhandelt.

Diese Lösung ist aus Sicht des DGB überzeugend. Gleichzeitig erscheint es jedoch unklar, wie genau dieses eine Mitglied des BVG ausgewählt werden soll.

Es wird daher angeregt, die Besetzung dieses Mandats detaillierter vorzugeben. In Anlehnung an § 7 Abs. 3 SEBG könnte beispielsweise die Anzahl der in den jeweiligen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer\*innen als Kriterium herangezogen werden.

**d. Zur Zusammensetzung des Wahlgremiums in Unternehmen ohne Arbeitnehmervertretung (§ 11 Abs. 4 MgFSG-E)**

§ 11 Abs. 4 MgFSG-E regelt die Wahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums in Unternehmen ohne Arbeitnehmervertretung. Dabei orientiert sich der Absatz an § 8 Abs. 7 SEBG.

Aus der gewerkschaftlichen Praxis heraus ist zu empfehlen, den Zeitraum für diese Wahlen an den für Betriebsratswahlen zu orientieren. Wenn z. B. sieben Mitglieder aus Deutschland kommen, sind ggf. auch sieben Ersatzmitglieder vorzuschlagen. Je nach Größe des Betriebs sind hierfür erstmal Kandidat\*innen zu suchen, und es muss ein angemessener Zeitraum für die Wahl zur Verfügung gestellt werden. Als Orientierung könnten die Fristen aus dem normalen Wahlverfahren des BetrVG dienen

**e. Zur Wahl der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums (§13 MgFSG-E)**

Im Vergleich zum Referentenentwurf sieht § 13 MgFSG-E im Regierungsentwurf eine Gewichtung der Stimmen der Mitglieder des Wahlgremiums analog zur Anzahl der von ihnen vertretenen Arbeitnehmer\*innen vor. Der DGB begrüßt diese



Neufassung, weil einer Stimmgewichtung insbesondere in Unternehmen mit unterschiedlich großen Betrieben eine wichtige Funktion, auch in Bezug auf die demokratische Legitimation der Arbeitnehmervertreter\*innen, zukommt. Nicht ohne Grund gibt es auch in Gesamt- oder Konzernbetriebsräten eines Unternehmens eine Stimmgewichtung.

**f. Zur Beschlussfassung im besonderen Verhandlungsgremium (§ 18 MgFSG-E)**

Nach gewerkschaftlicher Rechtsauffassung kann eine Minderung der Mitbestimmungsrechte nach § 18 MgFSG-E nicht beschlossen werden.

Zur Klarstellung für die Praxis sollte dies an geeigneter Stelle, analog zu § 15 Abs. 5 SEBG, ergänzt werden.

**g. Zur Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen (§ 19 MgFSG-E)**

Der RegE enthält aus gewerkschaftlicher Sicht eine überzeugende Übertragung der Artikel 86 I und 160 I, jeweils Absatz 4 lit. a.

In der Begründung arbeitet das BMAS auf Seite 55 überzeugend und gut verständlich heraus, dass das BVG ausdrücklich über das Recht verfügt, die Verhandlungen nicht aufzunehmen bzw. abzubrechen, *„wenn die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze für die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der hervorgehenden Gesellschaft günstiger ist als eine Mitbestimmungsregelung nach diesem Gesetz.“*

Damit wird richtigerweise klargestellt, dass diese Entscheidung in der ausschließlichen Entscheidungsautonomie des BVG liegt.

**h. Zum Umfang der Mitbestimmung (§ 26 MgFSG-E)**

Hinsichtlich der Auffangregelung beim Scheitern der Verhandlungen verweisen die Artikel 86I und 160I auf Teil 3 Buchstabe a des Anhangs der SE-Richtlinie.

Dort ist festgelegt: *„Fanden im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE Vorschriften eines Mitgliedstaats über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Verwaltungs- oder im Aufsichtsorgan vor der Eintragung Anwendung, so finden **alle Komponenten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer** weiterhin Anwendung. (...) [Hervorhebung durch den DGB]“.*

Insoweit ist es überzeugend, dass der Regierungsentwurf in § 26 MgFSG-E die Formulierung zu allen Komponenten der Mitbestimmung aufgreift. Positiv ist auch, dass die Begründung auf Seite 57 festlegt: *„Regelungen der Vereinbarung, die gegen den zwingenden Bestandsschutz des § 24 Absatz 2 verstoßen, sind unwirksam.“*



Im Sinne einer besseren Verständlichkeit und Klarheit auch für die Praxis im BVG regen wir jedoch an diesen Satz als neu eingefügten Absatz 2 in den Paragraphen aufzunehmen.

Außerdem regen wir an, die Komponenten der Mitbestimmung in der Gesetzesbegründung beispielhaft zu definieren, die für die Entscheidungsfindung und Mitwirkung im Aufsichtsrat von Bedeutung sind.

Dazu zählen aus Sicht des DGB insbesondere:

- Der zahlenmäßige Anteil der Arbeitnehmervertreter\*innen im mitbestimmten Aufsichtsrat.
- Eigenständige Wahlverfahren insbesondere für betriebliche Arbeitnehmervertreter\*innen und Gewerkschaftsvertreter\*innen.
- Das Wahlverfahren des Vorsitzenden sowie des stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrates.
- Die Größe des Aufsichtsrates.
- Das Beschlussverfahren zur Bestellung des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung.

#### **i. Zu nachfolgenden grenzüberschreitenden Umwandlungen (§ 33 MgFSG-E)**

Das BMAS führt in der Begründung des RegE überzeugend aus, dass Artikel 86I Absatz 7 und Artikel 160I Absatz 7 der GesRRL „keine abschließenden Sonderregelungen für die Abfolge mehrerer grenzüberschreitender Umwandlungen“ darstellen.

Ansonsten wäre es denkbar, die einmal verhandelte Mitbestimmung durch eine Kaskade weiterer grenzüberschreitender Umwandlungen abzustreifen.

Daher ist es aus gewerkschaftlicher Sicht überzeugend, dass die im MgFSG-E enthaltenen Regularien bei einem nachfolgenden grenzüberschreitenden Formwechsel oder einer nachfolgenden grenzüberschreitenden Spaltung Anwendung finden.



---

## Schriftliche Stellungnahme

Deutscher Führungskräfteverband - ULA e.V.

---

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**



## Stellungnahme der ULA e.V. – Deutscher Führungskräfteverband

Zum

### **Gesetzentwurf der Bundesregierung**

#### **Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (MgFSG)**

Die ULA ist die Vereinigung der deutschen Führungskräfteverbände. Sie vertritt die politischen Interessen der Führungskräfte gegenüber Regierung und Parlament sowohl in Berlin als auch in Brüssel. Mit siebzehn Mitgliedsverbänden bildet sie den größten Zusammenschluss von Führungskräften in Deutschland. Die ULA ist Mitglied in der CEC - European Managers, dem europäischen Dachverband für Führungskräfte, der rund eine Million Mitglieder vertritt. In diese Stellungnahme bringt die ULA die fachliche und praktische Expertise eines Großteils der deutschen Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten ein. Die Stellungnahme der ULA beschränkt sich im Wesentlichen auf die für Führungskräfte relevanten Bestimmungen des Entwurfes.

#### **1. Zusammenfassende Bewertung**

**Die ULA sieht in dem vorliegenden Regierungsentwurf grundsätzlich ein geeignetes Mittel, die komplexen Umsetzungsaufgaben bezüglich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer aufgrund der europäischen Richtlinien in einem Gesetz zusammenzufassen.** Der Entwurf zur Mitbestimmung orientiert sich zudem an den bestehenden Regelungen des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG) und des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).

Diese grundsätzliche Zustimmung der ULA hinsichtlich Umsetzungssystematik und Regelungsziel ist allerdings **im Hinblick auf die Mitbestimmungsrechte der leitenden Angestellten nicht gegeben.** Denn ausgerechnet für die Arbeitnehmergruppe der leitenden Angestellten wird das Regelungsziel verfehlt. Die leitenden Angestellten (LA) verfügen als von den übrigen Arbeitnehmern deutlich abgegrenzte Arbeitnehmergruppe mit besonderen Rechten und Pflichten gemäß u.a. des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 über einen festen Sitz auf der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat mitbestimmter Unternehmen.

Die in diesem Entwurf in Artikel 1 im MgFSG aus dem SEBG vom 29.12.2004 übernommene Verhandlungslösung mit der Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums und seiner Zusammensetzung führt im Ergebnis dazu, dass leitende Angestellte in der Regel weder im **Besonderen**

**Verhandlungsgremium**, noch später in den verhandelten **Aufsichtsgremien** vertreten sind. Dies widerspricht bezogen auf die leitenden Angestellten im Sinne einer Vorher-Nachher-Betrachtung dem fundamentalen Rechtsgedanken der Europäischen Richtlinien, erworbene Mitbestimmungsrechte zu sichern und keinesfalls zu verschlechtern..

In den allermeisten Europäischen Aktiengesellschaften (Societas Europaea, kurz SE) - auch mit Sitz in Deutschland! - sind heute keine leitenden Angestellten mehr in den Aufsichtsgremien vertreten. Der gleiche schleichende Rechtsverlust dürfte im Anwendungsbereich dieses Gesetzes bevorstehen. **Damit steht Europa nicht für mehr oder zumindest gleiche Mitbestimmungsrechte** für leitende Angestellte, sondern für deren Abbau. Die Europäische Union kann aber nur dann erfolgreich sein, wenn alle Arbeitnehmergruppen gleichermaßen von ihr profitieren und mitgestalten dürfen..

Die Akzeptanz der EU dürfte vielmehr weiteren Schaden nehmen, wenn die wichtigen und ausgewogenen Errungenschaften nationaler Mitbestimmungsmodelle nivelliert werden, was sich nach rund 20 Jahren seit der Schaffung der SE abzeichnet. Es ist daher **dringend an der Zeit**, die Richtlinie samt ihrer Umsetzungsgesetze auf den Prüfstand zu stellen bzw. **entstandene Fehlentwicklungen zu korrigieren**. Die ULA fordert die politischen Entscheidungsträger auf, dafür Sorge zu tragen, dass die grundsätzlich von uns begrüßte Europäisierung der Wirtschaft nicht zum Unterlaufen der deutschen Mitbestimmungsstandards führt.

## 2. Weitere Begründung

**Zu den einzelnen Vorschriften des Entwurfes:**

**Zu Teil 1, §1 Absatz 2 MgFSG:**

*„Das grenzüberschreitende Vorhaben darf nicht dazu missbraucht werden, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Die Vorschriften dieses Gesetzes sowie die nach Absatz 1 zu treffende Vereinbarung sind so auszulegen, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus dem grenzüberschreitenden Vorhaben hervor-gehenden Gesellschaft gesichert und gefördert wird.“*

Dieses Zitat aus der Zielsetzung des Gesetzes artikuliert das **Vorher-Nachher-Prinzip**. Es liegt auf der Hand, dass die leitenden Angestellten keine realistische Chance haben, in das besondere Verhandlungsgremium gewählt zu werden. Damit sind sie in der Praxis entgegen den optimistischen Erwartungen bei der Einführung des SE-Beteiligungsgesetzes im Jahr 2004 von vorneherein von den Verhandlungen ausgeschlossen. Dies hat im Laufe der letzten fast 20 Jahre in der SE-Mitbestimmung von Ausnahmefällen abgesehen zu einem Verschwinden der leitenden Angestellten aus den Aufsichtsräten geführt.

Diese offensichtliche **Verfehlung der Zielsetzung des Erhalts der vorher gegebenen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in Europa** würde auch durch dieses Gesetz fortgeführt und ist daher mit europäischem und deutschem Recht unvereinbar. Dies hat auch jüngst der Europäische Gerichtshof in seiner am 18.10.2022 veröffentlichten Entscheidung zum SAP-Fall bestätigt. Dort hatte zunächst das BAG entschieden, dass Unternehmen in den Verhandlungen zur Umwandlung in eine SE die gesicherten Sitze für Gewerkschaftsvertreterinnen und -vertreter nicht ausschließen dürfen. Die

Entscheidungsgründe sind analog auf die Erosion der Mitbestimmungsrechte der leitenden Angestellten anzuwenden: Der garantierte Sitz eines LA im Aufsichtsrat ist genauso wie der Gewerkschaftssitz ein prägendes und sinnvolles Element der deutschen Unternehmensmitbestimmung. Die auch durch diesen Gesetzentwurf faktisch bezüglich der leitenden Angestellten bewirkte Minderung der Mitbestimmungsrechte ist rechtswidrig.

Auch aufgrund dieser jüngsten Rechtsprechung fordern wir die Bundesregierung auf, nach den gemachten Erfahrungen das SE-Mitbestimmungsrecht grundsätzlich zu reformieren und für leitende Angestellte entsprechend der deutschen Mitbestimmung einen garantierten Sitz für einen gewählten Vertreter der leitenden Angestellten sowohl im Besonderen Verhandlungsgremium als auch im späteren verhandelten oder gesetzlichen Aufsichtsgremium festschreiben. Erst dann wäre er seiner Verpflichtung nachgekommen, das vorher geltende Mitbestimmungsniveau in Deutschland auch für die europäische Gesellschaftsform zu erhalten bzw. zu sichern.

## Zu Teil 2, Kapitel 1

### § 9 Absatz 4

Diese ausschließlich für die leitenden Angestellten gedachte Vorschrift folgt exakt dem Vorbild des SE-BeteiligungsG. **Im besten denkbaren Fall ist danach jeder siebte auf deutsche Arbeitnehmervertreter entfallende Sitz für einen leitenden Angestellten reserviert.** Dies klingt zunächst nicht viel schlechter als die dem MitbestimmungsG von 1976 zugrunde liegende Regel, jeden 6. Arbeitnehmersitz im Aufsichtsrat einer mitbestimmten Gesellschaft mit einem Vertreter der leitenden Angestellten zu besetzen.

**Allerdings sind beide Regelungen nicht miteinander vergleichbar.** Denn in der verhandelten Mitbestimmung handelt es sich um ein zweistufiges, bzw. eigentlich sogar dreistufiges Verfahren. In der ersten Stufe wird erhoben, in welchen Ländern der EU Arbeitnehmervertretungen des Unternehmens existieren. Diese werden je nach Zahl der vertretenden Arbeitnehmer in den Ländern entsprechend eines Schlüssels berücksichtigt. **Dadurch kommt es in der Praxis erst gar nicht dazu, dass die Zahl der deutschen Mitglieder des Besonderen Verhandlungsgremiums die Zahl 7 überhaupt erreicht.** Damit ist **von vorneherein ausgeschlossen**, dass ein Vertreter der leitenden Angestellten überhaupt dem Besonderen Verhandlungsgremium angehört. Damit ist es ebenso unwahrscheinlich, dass sich bei der harten Konkurrenzsituation ein anderer Arbeitnehmer dafür einsetzt, die bei den Verhandlungen nicht anwesende Gruppe der LA für das spätere Aufsichtsgremium der Gesellschaft vorzuschlagen. Auch die Unternehmerseite im BVG hat kein Interesse daran, die Verhandlungen mit der Arbeitnehmerseite zu verkomplizieren.

Wenn eine Vorschrift in einem Gesetz für eine bestimmte Zielgruppe deren Zugang zur Mitbestimmung eigens regelt, diese Regeln wegen praktischer Unmöglichkeit deren Beteiligung aber geradezu verhindern, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber das Ziel des Gesetzes tatsächlich erreichen kann.. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine von Anfang an ins Leere führende Mitbestimmungsregelung einer **verfassungsrechtlichen Überprüfung** standhält.

### **Abschließende Forderung:**

Die ULA fordert, analog zum Mitbestimmungsgesetz von 1976, **in allen Umsetzungsgesetzen der Europäischen Mitbestimmungsvorschriften der Arbeitnehmer für in Deutschland tätige Unternehmen mindestens einen garantierten Sitz für einen Vertreter der leitenden Angestellten vorzusehen.** Nur so kann das vorher bestehende und bewährte Mitbestimmungsniveau dieser Arbeitnehmergruppe auch in Zukunft gesichert und erhalten werden.



Die ULA ist die Vereinigung der deutschen Führungskräfteverbände. Als Dachverband mit siebzehn Mitgliedsverbänden ist sie das politische Sprachrohr aller Führungskräfte in Deutschland. Sie vertritt deren Interessen gegenüber Regierung und Parlament sowohl in Berlin als auch in Brüssel.

Kontakt: Ludger Ramme, Verbandsdirektor

ULA e.V.

Deutscher Führungskräfteverband

Mohrenstraße 33, 10117 Berlin

Telefon: +49 (0)30 306 963-21

[ludger.ramme@ula.de](mailto:ludger.ramme@ula.de)

[www.ula.de](http://www.ula.de)

Die ULA ist Mitglied der CEC European Managers: [www.cec-managers.org](http://www.cec-managers.org)



---

**Schriftliche Stellungnahme**  
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.

---

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**

# **Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie modifizieren**

## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung**

2. November 2022

### **Zusammenfassung**

Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung folgt im Wesentlichen den Vorgaben der Richtlinie 2019/2121 vom 27. November 2019. Der Gesetzentwurf zur Mitbestimmung orientiert sich an den bestehenden Regelungen des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG) und des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).

### **Im Einzelnen**

Insgesamt ist zu begrüßen, dass über die Vorgaben der Richtlinie im Bereich der Mitbestimmung im Wesentlichen nicht hinausgegangen wird. Das bewährte europäische Verhandlungsmodell für die Mitbestimmung wird nun neben den schon bestehenden Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung auch für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen etabliert.

### **Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung**

Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen. Mit der umzusetzenden Richtlinie wurde u.a. das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen geregelt bzw. modifiziert.

Damit wurde insbesondere der bisherige Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern als Voraussetzung für das Eingreifen des Verhandlungsverfahrens über die Arbeitnehmermitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen durch eine Vier-Fünftel-Schwelle der Anzahl von Mitbestimmungsregelungen betroffener Beschäftigter im Wegzugsmitgliedstaat ersetzt.

Es sollen im Wesentlichen die folgenden Regelungen getroffen werden:

- Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung soll die Ausgestaltung der Mitbestimmung in Gesellschaften deutscher Rechtsform, die aus einem grenzüberschreitenden Formwechsel oder einer grenzüberschreitenden Spaltung hervorgehen („Herein-Umwandlung“) regeln, entsprechend angepasst wird das bereits bestehende Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung.



- Verhandlungen über die Mitbestimmung in einer hervorgehenden Gesellschaft sind dann erforderlich, wenn eine beteiligte Gesellschaft eine Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die mindestens vier Fünfteln des Schwellenwerts entspricht, der die Unternehmensmitbestimmung im Wegzugsmitgliedstaat auslöst.
- Nach dem Vorbild der SE-Gründung durch Umwandlung sollen alle Komponenten der Mitbestimmung sowohl im Fall der Mitbestimmung kraft Vereinbarung als auch im Fall der gesetzlichen Auffangregelung umfassend geschützt werden.
- Der Schutz bei nachfolgenden Umwandlungen in einem Vierjahreszeitraum soll für grenzüberschreitende Formwechsel, grenzüberschreitende Spaltungen und grenzüberschreitende Verschmelzungen einheitlich neu geregelt werden.
- Inkrafttreten soll das Gesetz mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie am 31. Januar 2023.

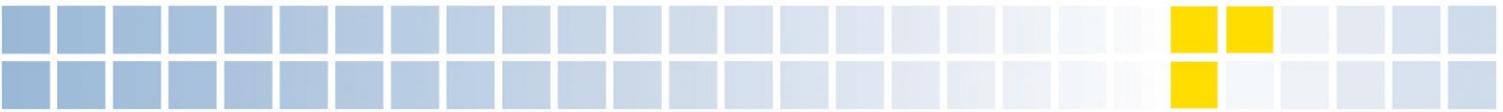
Von der mit dem Entwurf angekündigten 1:1-Umsetzung der Richtlinie weichen die Vorgaben insbesondere darin ab, dass in der Mitbestimmungsvereinbarung festgelegt werden soll, dass auch vor strukturellen Änderungen der aus dem grenzüberschreitenden Vorhaben hervorgehenden Gesellschaft Verhandlungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer aufgenommen werden. Diese Sollvorschrift wird von der Richtlinie nicht vorgegeben. Die §§ 32 und 33 des Entwurfs regeln ohnehin entsprechend der Richtlinien Vorgaben für nachfolgende innerstaatliche und grenzüberschreitende Umwandlungen. Über die Richtlinie hinausgehende Beschränkungen der Verhandlungsautonomie sollten vermieden werden.

Ebenso über die Richtlinie hinaus geht die Vorgabe in § 29 des Entwurfs wonach ein Mitglied der Leitung für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist. Die Besonderheit des deutschen Rechts die Regelungen des Arbeitsdirektors betreffend sollte - ebenso wie bei der schon bestehenden entsprechenden Regelung im SEBG - nicht als Mitbestimmungskomponente im Sinne der Richtlinie qualifiziert werden.

Im zweiten Teil der Beschreibung der Zielsetzung des Gesetzes (§ 1 Abs. 2) führt der Gesetzesentwurf aus, dass grenzüberschreitende Vorhaben nicht dazu missbraucht werden dürfen, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Mit demselben Wortlaut soll in § 36 ein Missbrauchsverbot geregelt werden. Diese Doppelung ist entbehrlich. § 36 sieht außerdem ausdrücklich vor, dass ein Missbrauch dann vorliegt, wenn innerhalb von vier Jahren ab dem Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens strukturelle Änderungen erfolgen, die bewirken, dass ein Schwellenwert der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat überschritten wird. Dieser Wortlaut ist unglücklich gewählt, weil beispielsweise die Einstellung von neuen Beschäftigten, die zu einem Überschreiten von Schwellenwerten führt, kein Missbrauch der Mitbestimmungsvorschriften sein kann – eine solche Regelung findet keine Entsprechung in der Richtlinie. Zudem regelt die geplante Vorschrift des § 24 Abs. 3, dass in der Vereinbarung über die Mitbestimmung festgelegt werden soll, dass auch vor strukturellen Änderungen der aus dem grenzüberschreitenden Vorhaben hervorgehenden Gesellschaft Verhandlungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer aufgenommen werden. Mit dieser Sollvorschrift ist die zusätzliche Missbrauchsvorschrift systematisch nicht kompatibel.

Zu begrüßen ist, dass ebenso wie im SEBG und im MgVG bei der Bestimmung der inländischen Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums und im Rahmen der gesetzlichen Auffangregelung auf zur Bestimmung der inländischen Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan auf bestehende Arbeitnehmervertretungsstrukturen zurückgegriffen wird.

Im Übrigen besteht hinsichtlich der geplanten Regelungen Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie und entsprechenden Regelungen des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG). Damit wird die europäische Verhandlungslösung für



die Mitbestimmung neben der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch bei der grenzüberschreitenden Spaltung und Umwandlung etabliert. Zu Recht hebt die Entwurfsbegründung hervor, dass die Verhandlungslösung sich auf europäischer Ebene bei der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und für grenzüberschreitende Verschmelzungen als Instrument zur Kompromissfindung bewährt hat und darauf abzielt, eine für die hervorgehende Gesellschaft „maßgeschneiderte“ Lösung zu erreichen. Nur für den Fall, dass die Verhandlungen scheitern, ist eine gesetzliche Auffangregelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan vorgesehen.

### **Antrag der Fraktion die Linke „Lücken bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung schließen“**

Die von der Fraktion die Linke im Antrag geforderte Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung würde die Sonderstellung der deutschen Mitbestimmung noch betonieren, statt sie für sinnvolle Lösungen zu öffnen. Eine weitere Ausweitung wäre verfassungsrechtlich bedenklich. Eine überschießende Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie ist unvereinbar mit der Bürokratiebremse.

#### **Ansprechpartner:**

#### **BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

#### **Abteilung Arbeitsrecht und Tarifpolitik**

T +49 30 2033-1200

[arbeitsrecht@arbeitgeber.de](mailto:arbeitsrecht@arbeitgeber.de)

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 30,5 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.



---

**Schriftliche Stellungnahme**  
Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn

---

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**

**Stellungnahme**  
**zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen**  
**der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei**  
**grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen,**  
**BT-Drs. 20/3817**

## **I. Ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben**

Das bereits bestehende MgVG beruht auf der RL 2005/56/EG, die mit Wirkung ab dem 20.7.2017 ohne Inhaltsänderung in der RL (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (GesR-RL) aufgegangen sind. Die GesR-RL enthält in den Erwägungsgründen 65 ff., Art. 122 lit. j GesR-RL, Art. 126 Abs. 2 GesR-RL, Art. 128 Abs. 1 GesR-RL und insbesondere Art. 133 GesR-RL Bestimmungen über die Arbeitnehmerbeteiligung bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften. Diese Regelungen der GesR-RL bildeten bislang die letzte Stufe in der Evolution des europäischen Mitbestimmungsrechts.<sup>1</sup>

Die nächste und (wohl nur) vorerst letzte Entwicklungsstufe des europäischen Mitbestimmungsrechts bildet nunmehr die Neufassung der GesR-RL, die durch die RL (EU) 2019/2121 zur Änderung der GesR-RL in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (Umw-RL) erweitert und aktualisiert wurde und nunmehr erstmals auch die grenzüberschreitende Umwandlung und Spaltung von Gesellschaften unionsrechtlich regelt.<sup>2</sup> Im Grundsatz orientiert sich deren mitbestimmungsrechtlicher Gehalt am Verhandlungsmodell, wie es bereits bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Art. 133 GesR-RL seinen Ausdruck gefunden hat.<sup>3</sup>

Jenes Verhandlungsmodell ist „Markenzeichen“ des europäischen Mitbestimmungsrechts, wonach zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite grundsätzlich eine Vereinbarung über die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer geschlossen wird. Nur im Ausnahmefall kommt eine gesetzliche Auffanglösung zur Anwendung, die sich in der Regel am zuvor geltenden Niveau der Arbeitnehmerbeteiligung orientiert. Dieses, in der Europäischen Betriebsrat-RL erstmals angewandte europäische Verhandlungsmodell, wurde von der *Davignon*-Gruppe<sup>4</sup> aufgegriffen und ermöglichte mit dem Kompromiss von Nizza im Jahr 2000 eine Einigung der Mitgliedstaaten in der streitigen Frage der Mitbestimmung in der SE. Die

---

<sup>1</sup> Dazu *Franzen* EuZA 2010, 180; *Thüsing/Forst* NZA 2009, 408.

<sup>2</sup> Zur Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren *Habersack*, ZHR 182 [2018], 495 ff.; *Selent* NZG 2018, 1171, 1172 f.; *Teichmann*, NZG 2019, 241, (246); zur verabschiedeten Fassung *Luy*, NJW 2019, 1905; *Müller-Bonanni/Jenner/Thomas*, NZG 2021, 764; *Pütz* AG 2020, 117.

<sup>3</sup> Hierzu und im Folgenden *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, Einl. MgVG Rn. 1 ff.

<sup>4</sup> Abschlussbericht „European Systems of Worker Involvement“, abrufbar unter <https://op.europa.eu/s/pjDh> (zuletzt abgerufen am 2.11.2022)

Arbeitnehmerbeteiligung nach der Beteiligungs-RL von 2001 bildete wiederum die Grundlage für die SCE-RL von 2003.<sup>5</sup>

Als Teil des Company Law Package schreibt die Neufassung der GesR-RL die bisher bekannten Maßstäbe fort und entwickelt diese punktuell weiter. Für die grenzüberschreitende Umwandlung finden sich unionsrechtliche Vorgaben nunmehr in Art. 86l Umw-RL sowie für die grenzüberschreitende Spaltung in Art. 160l Umw-RL. Aber auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung gibt es einige Neuerungen, die ihren Niederschlag in der durch Art. 130 Umw-RL geänderten Fassung des Art. 133 GesR-RL gefunden haben. Wie bei der Beteiligungs-RL, der SCE-RL und der Europäischen Betriebsrat-RL handelt es sich auch bei den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der GesR-RL sowie den Änderungen durch die Umw-RL um eine intendierte Vollharmonisierung. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten weder ein höheres mitbestimmungsrechtliches Niveau von den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Richtlinien beibehalten oder einführen dürfen, noch „nach unten“ abweichen dürfen. Dies gilt es zwingend zu beachten.

Für den insgesamt erstmals geregelten Fall der grenzüberschreitenden Umwandlung, die aus der Sicht des deutschen Umwandlungsrechts wohl einem Formwechsel am nächsten kommt, sieht Art. 86l Umw-RL vor, dass die aus der Umwandlung hervorgehende Gesellschaft grundsätzlich dem Mitbestimmungsrecht des Zuzugsstaates unterliegt. Dies entspricht dem Grundsatz des Art. 133 Abs. 1 GesR-RL und findet gemäß Art. 160l Umw-RL auch für die grenzüberschreitende Spaltung Anwendung – Unterschiede ergeben sich nur daraus, dass es nach dem Abschluss der Spaltung (mindestens) zwei Rechtsträger gibt, nämlich im Fall der Aufspaltung die Gesellschaften, welche das gesamte Vermögen der sich aufspaltenden Gesellschaft übernehmen und im Fall der Abspaltung die übertragende Gesellschaft sowie die Gesellschaft, welche das abgespaltene Vermögen übernimmt.<sup>6</sup>

Dem Mitbestimmungsrecht des Zuzugsstaates unterliegt die Gesellschaft jedoch nicht, wenn (i) die Gesellschaft in den sechs Monaten vor der Offenlegung des Plans für die grenzüberschreitende Umwandlung (Artt. 86g, 160 g Umw-RL) eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die vier Fünfteln des im Recht des Wegzugsmitgliedstaats festgelegten Schwellenwerts entspricht, der die Mitbestimmung der Arbeitnehmer iSd Art. 2 lit. k Beteiligungs-RL auslöst, oder (ii) wenn das Recht des Zuzugsmitgliedstaats nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht, wie er in der Gesellschaft vor der grenzüberschreitenden Umwandlung bestand, wobei dieser Umfang als der Anteil der die Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans oder ihrer Ausschüsse oder des Leitungsgremiums ausgedrückt wird, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaft zuständig ist, wenn eine Arbeitnehmermitbestimmung besteht, oder wenn (iii) für Arbeitnehmer in Betrieben der umgewandelten Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht der gleiche Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorgesehen ist, wie sie den Arbeitnehmern im Zuzugsmitgliedstaat gewährt werden. All dies ähnelt Art. 133 Abs. 2 GesR-RL, der flexibel zu berechnende Schwellenwert in der ersten Variante ist jedoch eine neue Kreation. Dem Umstand, dass sich in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedliche Schwellenwerte für das Eingreifen von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer finden, soll Rechnung getragen werden.<sup>7</sup> Die materiellen Regelungen zur Mitbestimmung lehnen sich – nach dem Vorbild von Art. 133 Abs.

---

<sup>5</sup> Dazu *El Mahi*, DB 2004, 967, (971); *Forst*, Der Konzern 2010, 151, 160 ff.; *Kisker*, RdA 2006, 206, 208; sowie die RL 2005/56/EG (heute GesR-RL).

<sup>6</sup> Hierzu *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, Einl. MgVG Rn. 3a-3d.

<sup>7</sup> Verhindert werden soll auch, dass die Mitbestimmungsrechte durch ein grenzüberschreitendes Vorhaben umgangen werden sollen, vgl. EG 31 Umw-RL. Allerdings findet eine Umgehung so nicht mehr erst im Falle eines abschbaren Überschreitens von 500 Mitarbeitern, sondern bereits im Falle von 400 Mitarbeitern statt. Auswirkungen wird diese Neuerung nur wenige haben.

3 GesR-RL – an die in der SE geltenden Regeln mit einigen Besonderheiten an, deren Wiedergabe an dieser Stelle den Rahmen sprengen würde.

## II. Umsetzung und Kritik an der Grundstruktur

Eben diese unionsrechtlichen Vorgaben wandelt der Regierungsentwurf in mitgliedstaatliches Recht um, die Frist zur Umsetzung der Umw-RL endet in absehbarer Zeit am 31.1.2023. Es ist gut, dass man jetzt handelt. Die Regelungen sind im Wesentlichen gelungen. Das bereits bestehende MgVG soll punktuell angepasst werden, um den geänderten unionsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Für die durch das MgVG nicht erfassten grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen wird ein neues Stammgesetz geschaffen. Dies führt freilich zur weiteren Rechtszersplitterung und erschwert die Rechtsanwendung in der Praxis. Gedanken und Aspekte einer Mitbestimmung mit unionsrechtlichen Implikationen finden sich in nationalen Gesetzen nunmehr nicht nur im SEBG, EBRG und MgVG, sondern zusätzlich auch im zu beschließenden MgFSG. Vor dem Hintergrund, dass auch die Umw-RL nur eine die GesR-RL abändernde Wirkung besitzt, hätte der Entwurf dem unionsrechtlichen Vorbild folgen können und für grenzüberschreitende Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung eine einheitliche gesetzliche Regelung schaffen können. Auch das UmwG vereint grenzüberschreitende Formwechsel, Verschmelzungen und Spaltungen unter einem Dach. Warum das Mitbestimmungsrecht einen Sonderweg gehen muss, bleibt ohne Erläuterung. Dies ist nicht nur eine Frage der gesetzgeberischen Ästhetik, sondern auch eine Frage der gesetzssystematischen Verständlichkeit. Angesichts der Tatsache, dass die maßgeblichen unionsrechtlichen Vorschriften ohnehin auf die Beteiligungs-RL und damit die Mitbestimmung bei der SE verweisen, könnte die Vereinheitlichung der Gesetzssystematik sogar noch einen Schritt weiterreichen. Auch wenn sich ein solches Vorhaben jetzt wohl nicht mehr realisieren lässt, sollte in der Zukunft dringend über eine Vereinheitlichung nachgedacht werden. Die sogleich aufgezeigten punktuellen sachgrundlosen Ungleichbehandlungen zwischen grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Umwandlungen sowie Spaltungen wären so einfacher erkennbar und ließen sich auch politisch leichter vermeiden.

## III. MgFSG und MgVG-neu: Eine vertane Chance?

Im Wesentlichen schreiben die intendierten Regelungen die bisherige Konzeption fort. Das bereits aus der Mitbestimmung der SE sowie dem MgVG-alt geläufige Verhandlungsmodell wird auf die grenzüberschreitende Umwandlung und Spaltung erstreckt und für die grenzüberschreitende Verschmelzung angepasst. Größte, zugleich unionsrechtlich aber zwingende Änderung, ist sicherlich die Einschlägigkeit des Verhandlungsverfahrens, nicht erst dann, wenn die beteiligten Gesellschaften in den sechs Monaten vor Offenlegung des grenzüberschreitenden Vorhabens eine durchschnittliche Zahl von mehr als 500 Arbeitnehmern beschäftigt, sondern bereits, wenn die Zahl eine Höhe von mindestens vier Fünftel des im Recht des Mitgliedstaates der beteiligten Gesellschaft festgelegten Schwellwertes erreicht.<sup>8</sup> So soll verhindert werden, dass die Mitbestimmungsrechte durch ein grenzüberschreitendes Vorhaben umgangen werden, vgl. EG 31 Umw-RL. Die Gefahr eines Einfrierens der Mitbestimmung,<sup>9</sup> besteht aber weiterhin.<sup>10</sup> Mitgliedstaatliche Vorbeugemaßnahmen sind angesichts der

---

<sup>8</sup> Zur Kritik an den europäischen Vorgaben exempl. *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 353, 364; *Junker*, EuZA 2019, 141, 142; *Habersack*, ZHR 182, 2018, 495, 502; *Mückl/Götte*, BB 2018, 2036, 2039 ff.; *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577, 1581; *Teichmann*, NZG 2019, 241, 247. Vgl. auch *ders.*, FS Windbichler, 2020, 395, 401.

<sup>9</sup> Hierzu etwa *Harnos/Holle*, AG 2021, 359, 361 f.; *Ege/Grzinek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205; *Kurböck/Weinbeck*, BB 2019, 244;

<sup>10</sup> Entsprechende Kritik äußert der Bundesrat, BR-Drs. 371/22, S. 1 f.

unionsrechtlich zwingenden Vorgaben jedoch unzulässig, nur auf unionsrechtlicher Ebene kann der Problematik wirksam begegnet werden.<sup>11</sup>

Die grundsätzlich intendierte Fortschreibung bisheriger Regelungen ist zu begrüßen, denn bereits Bekanntes und Bewährtes lässt sich auch durch die Praxis mit zumutbarem Aufwand umsetzen. Die weitgehende Übernahme der Regelungen aus dem MgVG-alt ist daher logisch und konsequent. Im Übrigen entsprechen die Normen weitestgehend den unionsrechtlichen Vorgaben, Spielraum besteht angesichts der grundsätzlich bezweckten Vollharmonisierung nur wenig. Zugleich sollte der Gesetzgeber aber die Chance nutzen und sich im rechtlichen Diskurs als problematisch erwiesene Regelungen im MgVG anpassen, um dieselben Fehler nicht erneut zu begehen und sie im MgFSG zu zementieren. Im Einzelnen:

## 1. Zielsetzung des Gesetzes: § 1 MgFSG und § 1 MgVG

§ 1 MgFSG besitzt kein Vorbild in der GesR-RL und auch die Beteiligungs-RL enthält eine vergleichbare Vorschrift nicht. Parallelvorschriften existieren zwar bereits in § 1 SEBG und § 1 MgVG, auch diese Parallelnormen sind letztlich jedoch überflüssig, ohne klaren Erkenntnisgewinn und ohne Anordnung einer eindeutigen Rechtsfolge.<sup>12</sup> Andere Länder, wie etwa Frankreich, haben auf vergleichbare Vorschriften bei der Umsetzung der GesR-RL verzichtet. Auch die Auslegungsregeln der § 1 Abs. 3 MgVG und § 1 Abs. 2 S. 2 MgFSG sind bedenklich.<sup>13</sup> Es scheint, als solle der Wille des Unionsgesetzgebers in rechtlich bindender Weise interpretiert werden, wozu aber die mitgliedstaatliche Kompetenz fehlt.<sup>14</sup> Denn die unionsrechtlichen Vorgaben achten den Parteiwillen, der in Art. 4 Abs. 2 Beteiligungs-RL verankert ist, auf den sowohl in Art. 133 Abs. 3 lit. b) GesR-RL, als auch in Art. 861 Abs. 3 lit. b), Art. 1601 Abs. 3 lit. b) Umw-RL verwiesen wird. Der erklärte Wille der Parteien kann deshalb nicht durch eine mitbestimmungsfreundliche Auslegung des Parteiwillens ersetzt werden,<sup>15</sup> zumal etwa durch missbrauchs ausschließenden Vorgaben der Richtlinien, verankert in § 36 MgFSG sowie § 30 MgVG, arbeitnehmerschützende Vorgaben getroffen wurden.

Selbstverständlich ist zudem, dass „Arbeitnehmer“ solche jeden Geschlechts sind. Jedenfalls müsste der klarstellende Klammerzusatz „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ systematisch in den Begriffsbestimmungen des § 2 MgFSG und § 2 MgVG verankert werden. Der Klammerzusatz grenzt zudem sprachlich solche Personen aus, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen – eine mehr als unglückliche Lösung.<sup>16</sup>

## 2. Begriffsbestimmungen: § 2 MgFSG und § 2 MgVG

Die Vorschrift ist unionsrechtlich nicht unproblematisch, im Ergebnis aber wohl zwingend. Denn weder die GesR-RL, noch die Umw-RL enthalten allgemeine Begriffsdefinitionen und verweisen auch nicht auf Art. 2 Beteiligungs-RL. Dies ist durch den Unionsgesetzgeber handwerklich schlecht gemacht, zumindest eine entsprechende Anwendung erscheint aber

---

<sup>11</sup> So die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Kritik des Bundesrates, BT-Drs. 20/3817, S. 67. Hierzu auch *Müller-Bonanni/Jenner/Denninger*, Blog Gesellschaftsrecht, abrufbar unter: <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2022/09/26/mgfs-g-br-pruefbutte/> (letzter Abruf: 02.11.2022).

<sup>12</sup> So auch *Habersack/Henssler/Habersack*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1 MgVG Rn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 1 MgVG Rn. 1.

<sup>14</sup> Vgl. *Windbichler*, FS Canaris, 2007, II/2, 1423, 1427; hierzu bereits auch *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 1 MgVG Rn. 4.

<sup>15</sup> *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 1 MgVG Rn. 4; zu weitgehend Krause, BB 2005, 1221, 1223.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1, das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. S. bereits *Thüsing*, NJW 996, 2634.

zwingend. Nur so lässt sich eine mitgliedstaatliche Regelung mit Begriffsdefinitionen rechtfertigen, die anderenfalls am Vorrang des Unionsrechts und der Auslegungskompetenz des EuGH scheitern müsste.<sup>17</sup>

### **3. Geltungsbereich: § 3 MgFSG und § 3 MgVG**

Konsequenterweise müsste auch § 3 Abs. 2 MgFSG sowie § 3 Abs. 2 MgVG in die Begriffsdefinitionsregelung des § 2 aufgenommen werden, es handelt sich schließlich um eine begriffliche Bestimmung des Terminus „Mitgliedstaaten“.

Auch Abs. 1 sollte korrigiert und einschränkend formuliert werden. In der jetzt vorgeschlagenen Art und Weise enthalten § 3 Abs. 1 MgFSG sowie der aktuelle § 3 Abs. 1 MgVG eine zwingende und umfassende Formulierung des Geltungsbereiches und gehen so über die unionsrechtlichen Anforderungen der Art. 861 Abs. 3 lit. d), 1601 Abs. 3 lit. d) Umw-RL sowie Art. 133 Abs. 3 lit. d) GesR-RL hinaus, die jeweils auf Art. 6 Beteiligungs-RL verweisen. Letzterer erklärt aber für das Verhandlungsverfahren das Recht des Mitgliedstaates für maßgeblich, in dem die Gesellschaft ihren Sitz haben wird. § 3 Abs. 1 S. 2 MgFSG sowie § 3 Abs. 1 S. 2 MgVG weiten die Anwendung der MgFSG und MgVG jedoch auch auf solche Arbeitnehmer, die im Inland beschäftigt werden, sowie auf inländische beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe an. Dies ist insofern mit den Vorgaben der Richtlinie unvereinbar, soweit diese anordnet, dass für den jeweiligen Geltungsbereich das am Sitz der entstehenden Gesellschaft geltende Recht anzuwenden ist.<sup>18</sup> Im Ergebnis können § 3 Abs. 1 S. 2 MgFSG sowie § 3 Abs. 1 S. 2 MgVG nur für die Bildung des bVG, die Wahl und Abberufung/Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter aus dem Inland sowie für die §§ 31-35 MgVG sowie §§ 34-39 MgFSG gelten.<sup>19</sup> Diese Vorschriften können sich ihrem Wesen nach nur nach dem Recht des Staates richten, in dem ein Arbeitnehmer beschäftigt wird, sowie die beteiligten Gesellschaften, Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe ihren Sitz haben. Dann wäre die Anwendung nationalen Rechts mit der Umw-RL, GesR-RL und Beteiligungs-RL vereinbar. Dies gilt es, in § 3 Abs. 1 S. 2 MgFSG sowie § 3 Abs. 1 S. 2 MgVG klarzustellen.

### **4. Persönliche Voraussetzungen der Mitglieder des bVG: § 9 MgFSG und § 8 MgVG**

Nach § 9 Abs. 3 MgFSG (entsprechend in § 8 Abs. 3 MgVG) muss jedes dritte Mitglied des besonderen Verhandlungsgremiums (bVG) ein Gewerkschaftsvertreter einer solchen Gewerkschaft sein, die in der formwechselnden oder sich spaltenden Gewerkschaft, den betroffenen Tochterunternehmen oder den betroffenen Betrieben vertreten ist. Diese Regelung ist – wie schon § 8 Abs. 3 MgVG sowie § 9 Abs. 3 MgFSG – europarechtswidrig, da sie gegen die Vorgaben der jeweiligen Richtlinie verstößt. Die den Mitgliedstaaten durch Art. 3 Abs. 2 lit. b) Beteiligungs-RL kraft Verweises in Art. 861 Abs. 3 lit. a), 1601 Abs. 3 lit. a) Umw-RL sowie Art. 133 Abs. 3 lit. a) GesR-RL eingeräumte Möglichkeit, Gewerkschaftsvertreter fakultativ als Mitglieder des bVG auch dann zuzulassen, wenn sie nicht Arbeitnehmer einer beteiligten Gesellschaft oder einer betroffenen Tochtergesellschaft oder eines betroffenen Betriebs sind, berechtigt die Mitgliedstaaten nicht dazu, ihre Mitgliedschaft zwingend vorzuschreiben.<sup>20</sup> Die gesetzliche zwingende Mitwirkung kann dazu führen, dass bei mehr als

<sup>17</sup> § 2 SEBG inhaltlich für § 2 MgVG für anwendbar haltend MüKoAktG/*Jacobs*, 5. Aufl. 2021, § 2 SEBG Rn. 35.

<sup>18</sup> Habersack/Drinhausen/*Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 3 MgVG Rn. 11; dem wohl zustimmend Habersack/Henssler/*Habersack*, 4. Aufl. 2018, § 3 MgVG Rn. 2.

<sup>19</sup> Ähnlich *Simon/Hinrichs*, NZA 2008, 391, 392.

<sup>20</sup> So bereits *Thüsing*, Ausschuss-Drs. 16(11) 429, 27. Vgl. auch *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1443; *Thüsing*, ZIP 2006, 1469; *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2638 f.; aA MüKoAktG/*Jacobs*, 5. Aufl. 2021, § 6 SEBG Rn. 8 mwN.

zwei an einer Verschmelzung beteiligten inländischen Gesellschaften, der Arbeitnehmervertreter einer Gesellschaft durch den Gewerkschaftsvertreter verdrängt wird.<sup>21</sup> Gewerkschaftstaktische Überlegungen, die - *sit venia verbo* - mit den originären Unternehmensinteressen nicht stets übereinstimmen, können die Verhandlungen in unklarem Ausmaß belasten, ihr niedriger Organisationsgrad und die ohnehin bröckelnde Legitimation gewerkschaftlicher Betätigung tun ihr Übriges.<sup>22</sup> Dass die Gesetzesbegründung die Berücksichtigung der Gewerkschaften auf die Tradition des Mitbestimmungsgesetzes stützt, ist für die Richtlinienwidrigkeit nicht von Relevanz.<sup>23</sup> Die Einführung des § 9 MgFSG eignet sich, diesen Fauxpas zu korrigieren, Sitzansprüche der Gewerkschaft sollten nur nachrangig berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Die Freiwilligkeit sichert die Legitimation.

## 5. Beschlussfassung im bVG: § 18 MgFSG und § 17 MgVG

Ebenfalls korrekturbedürftig ist die Berücksichtigung der Tochtergesellschaften für die Berechnung des Quorums bei Beschlussfassung im bVG nach § 17 Abs. 3 MgVG. Art. 3 Abs. 4 UAbs. 1 erster Gedankenstrich Beteiligungs-RL, der kraft Art. 86l, 160l Umw-RL sowie Art. 133 GesR-RL anwendbar ist, stellt ausschließlich auf die Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften ab. Da die Quoren der Beteiligungs-RL das Ergebnis eines vierzehnjährigen Entscheidungsprozesses sind, kann schwerlich davon ausgegangen werden, dass die Tochtergesellschaften einfach vergessen wurden. Aufgrund der vollharmonisierenden Wirkung war und ist die Abänderung des Bezugspunktes in § 17 Abs. 3 MgVG richtlinienwidrig,<sup>25</sup> es bietet sich an, hier nachzusteuern. Dies gilt auch für § 18 MgFSG. Der Wortlaut bezieht Tochtergesellschaften zwar nicht ausdrücklich ein, die Gesetzesbegründung stellt aber richtlinienwidrig klar, dass es nicht darauf ankomme, bei welcher Gesellschaft die Mitglieder des bVG als Arbeitnehmer beschäftigt sind, mit Blick auf § 9 Abs. 2 MgFSG müssen hiermit wohl auch Tochtergesellschaften gemeint sein.

## 6. Voraussetzungen der gesetzlichen Auffanglösung: § 23 MgVG

§ 23 Abs. 1 S. 2 MgVG erklärt die gesetzliche Auffanglösung in den nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 MgVG genannten Fällen nur dann für anwendbar, wenn vor Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften, eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden haben. Diese musste sich auf mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstrecken haben (Nr. 1) oder auf weniger als ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstrecken haben und das besondere Verhandlungsgremium einen entsprechenden Beschluss fassen (Nr. 2). Auch an dieser Stelle ist und war die Einbeziehung der Tochterunternehmen richtlinienwidrig, das Gesetz zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen bietet sich an, dies

---

<sup>21</sup> Habersack/Henssler/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 SEBG Rn. 5; Krause, BB 2005, 1225. Ausführlich zum Streitstand bei § 6 Abs. 3 SEBG auch Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Oetker, 2. Aufl. 2015, § 6 SEBG Rn. 14 ff.

<sup>22</sup> So ausdrücklich MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl. 2021, § 6 SEBG Rn. 7.

<sup>23</sup> BT-Drs. 20/3817, S. 44.

<sup>24</sup> Habersack/Henssler/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 SEBG Rn. 5.

<sup>25</sup> Habersack/Henssler/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 15 SEBG Rn. 9; Grobys, NZA 2004, 781; Kallmeyer, ZIP 2004, 1443; Rehberg, ZGR 2005, 889; aA MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl. 2021, § 15 SEBG Rn. 10 f.; Niklas, NZA 2004, 1203; Lunk/Hinrichs, NZA 2007, 775. Umfassende Darstellung des Streitstands in Bezug auf § 15 SEBG Habersack/Henssler/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 15 SEBG Rn. 9 ff.

zu korrigieren. Art. 7 Abs. 2 lit. b) Beteiligungs-RL, auf den Art. 133 Abs. 3 lit. e) GesR-RL verweist, stellt ausschließlich auf die Arbeitnehmer der „beteiligten Gesellschaften“, nicht auf die der Tochtergesellschaften ab.<sup>26</sup>

## **7. Fortbestehen nationaler Arbeitnehmervertretungsstrukturen: § 29 MgVG**

§ 29 S. 1 MgVG sieht vor, dass Regelungen über die Arbeitnehmervertretungen und deren Strukturen in einer beteiligten Gesellschaft mit Sitz im Inland, die durch die Verschmelzung als eigenständige juristische Person erlischt, nach Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft fortbestehen. Diese Regelung soll unverändert fortbestehen, wohingegen § 31 MgFSG für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen, die Regelungen über die Mitbestimmung, die vor dem grenzüberschreitenden Vorhaben galten, nur bis zum Inkrafttreten einer Vereinbarung oder Geltung der gesetzlichen Auffanglösung unberührt bleiben. Anders als § 29 MgVG begrenzt § 31 MgFSG die Geltung bisheriger Mitbestimmungsstrukturen in zeitlicher Hinsicht.

Diese rechtliche Differenz leuchtet nicht ein. Denn § 31 MgFSG setzt Art. 86l Abs. 4 lit. c), sowie Art. 160l Abs. 4 lit. c) Umw-RL nahezu wortgleich um. Eine entsprechende Verpflichtung fehlt in Art. 133 GesR-RL für die grenzüberschreitende Verschmelzung jedoch und wurde auch nicht durch die Umw-RL eingeführt. Stattdessen lässt sich § 29 MgVG auf Art. 13 Abs. 4 Mitbestimmungs-RL stützen, der über Art. 133 Abs. 3 lit. g) GesR-RL Mitgliedstaaten ermöglicht, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Strukturen der Arbeitnehmervertretung in den beteiligten Gesellschaften, die als eigenständige juristische Person erlöschen, nach Eintragung der Gesellschaft fortbestehen. Die Umsetzung in § 29 MgVG ist in der konkreten Ausgestaltung jedoch abzulehnen. Denn sie kann zum Fortbestehen von Arbeitnehmervertretungen bis in alle Ewigkeiten führen, obwohl diese mit der Zeit jegliche „quasidemokratische“ Legitimation verlieren und noch dazu in Konkurrenz zu den durch Wahlen legitimierten regulären Arbeitnehmervertretungen treten. Es spricht Bände, dass bereits die Regierungsbegründung zum MgVG mit keinem Wort auf diese Problematik eingeht.<sup>27</sup> Wenn schon für die grenzüberschreitende Umwandlung und Spaltung eine zeitliche Begrenzung des Fortbestands der Arbeitnehmervertretungen gilt, wäre es konsequent und rechtlich geboten, eine solche auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung einzuführen. Sachliche Gründe, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

## **8. Nachfolgende innerstaatliche Umwandlungen: § 32 MgFSG und § 30 MgVG**

Die Neufassung des § 30 MgVG sowie die Einführung des § 32 MgFSG in dem Regierungsentwurf ist in der vorgeschlagenen Form begrüßenswert. Beseitigt werden Umsetzungsdefizite des § 30 MgVG-alt. Dieser ordnete in § 30 S. 2 MgVG a.F. die Fortgeltung des Mitbestimmungsstatuts starr an, obwohl Art. 133 Abs. 7 letzter Hs. GesR-RL (dies auch trotz der Änderungen durch die Umw-RL) die entsprechende Anordnung von Art. 133 Abs. 1-6 GesR-RL anordnete. Vorgesehen ist gerade keine Zementierung der Mitbestimmung, vielmehr können die Leitungen der an der der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften gemäß Art. 133 Abs. 4 lit. a) GesR-RL beschließen, ohne jede

---

<sup>26</sup> Habersack/Drinhausen/*Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 23 MgVG Rn. 8; Habersack/Henssler/*Habersack*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 34 SEBG Rn. 18; Habersack, HHR 171, 2007, 613, 640; aA mit Blick auf den Zweck der GesR-RL Habersack/Drinhausen/*Hohenstatt/Müller-Bonanni*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 34 SEBG Rn. 9; MüKoAktG/*Jacobs*, 5. Aufl. 2021, § 34 SEBG Rn. 15; *Lunk/Hinrichs*, NZA 2007, 773, 779.

<sup>27</sup> BT-Drs. 16/2922, 28. Vgl. auch Habersack/Drinhausen/*Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 23 MgVG Rn. 1.

vorhergehende Verhandlung unmittelbar die gesetzliche Auffanglösung anzuwenden. Diese Wahlfreiheit wurde zuvor dem Normunterworfenen durch die gesetzgeberische Abfassung des § 30 S. 2 MgVG genommen.<sup>28</sup> Dass dieser Fehlgriff wohl korrigiert wird, ist bemerkenswert und richtig zugleich.

---

<sup>28</sup> Ausführlich hierzu *Schubert*, RdA 2007, 9, 16 f.; vgl. auch *Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 30 MgVG Rn. 7; *Habersack*, ZHR 171, 2007, 613, 637.



---

## 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, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen (BT-Drucksache 20/4056)

### Inhaltsverzeichnis:

<b>A. Vorbemerkung</b>	<b>2</b>
<b>B. Zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen:</b>	<b>2</b>
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
<b>C. Zum Antrag „Lücken bei der deutschen Unternehmensmitbestimmung schließen“ der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 20/4056):</b>	<b>7</b>
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
<b>D. Fazit und Ausblick</b>	<b>10</b>

## **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



---

**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.



---

**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 Polbud<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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

---

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

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Mitbestimmungsvermeidung ist in der rechtsberatenden Praxis zu einer verbreiteten

---

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

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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

---

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.

---

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

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

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Dabei soll nach manchen Stimmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit allerdings nur ein Verhandlungslösung mit Auffangregelung zulässig sein.<sup>13</sup> 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.

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> Vgl. *Teichmann*, Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften, ZIP 2016, 899-907.



---

**Schriftliche Stellungnahme**  
Dr. Hendrik Otto, Arnsherg-Müschede

---

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**

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Arbeit und Soziales  
Bernd Rützel, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

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

Arnsberg-Müschede, 3. November 2022

Sachverständigenstellungnahme zum

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

Sehr geehrter Herr Rützel,

danke für die Gelegenheit, mich zu den beiden im Betreff genannten Themen aus Sicht eines Unternehmensvertreters und Vorstands eines zukunftsorientierten Familienunternehmens in der Rechtsform einer Europäischen Gesellschaft (*Societas Europaea* - SE) mit Sitz in Deutschland äußern zu können.

## **1. Gesetzentwurf der Bundesregierung – Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (20/3817)**

Mit dem geplanten Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung wird über die schon bestehenden gesetzlichen Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgängen hinaus nunmehr ein verlässlicher Rechtsrahmen auch für sonstige grenzüberschreitende Umwandlungsvorhaben geschaffen. Unternehmen, die in verschiedenen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (einschließlich Deutschland) wirtschaftliche Aktivitäten entfalten, wird hierdurch eine breitere Palette an Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Die unternehmerische Mobilität im Binnenmarkt wird erhöht. Dies ist aus unternehmerischer Sicht ausdrücklich zu begrüßen.

Zu begrüßen ist auch, dass das geplante Gesetz für die Festlegung des nach einer Umwandlung geltenden Mitbestimmungskonzepts das europaweit bewährte Verhandlungsmodell übernimmt, das schon aus dem Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG), dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) und auch dem Europäischen Betriebsrätegesetz (EBRG) bekannt und als solches bewährt ist. Das Gesetz bezieht die Pflicht zur Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in dem zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium sinnvoll auf Vertreter solcher Unternehmen und Betriebe, die von einem entsprechenden Umwandlungsvorhaben tatsächlich betroffen sind.

Teilweise kommt es durch das Gesetz zu Verschärfungen gegenüber der bisherigen Rechtslage unter dem MgVG. Dies ist zwar zwingenden Vorgaben durch die Richtlinie 2019/2121 vom 27. November 2019 („Umwandlungsrichtlinie“) geschuldet, kann unternehmerische Handlungsspielräume aber einschränken und Mobilitätshindernisse darstellen.

- Hierzu zählen etwa die Auslösung einer Pflicht zur Einleitung von Verhandlungen über das Mitbestimmungskonzept bereits bei Erreichen einer durchschnittlichen Zahl von Arbeitnehmern, die vier Fünfteln des

maßgeblichen Schwellenwerts in den Mitbestimmungsregelungen des Wegzugsstaats entspricht.

- Daneben ist die Pflicht zur Nach-/Neuverhandlung bei Umwandlungsvorgängen innerhalb von vier Jahren nach Wirksamwerden einer grenzüberschreitenden Umwandlung zu erwähnen. Letzteres gilt auch für rein innerstaatliche Umwandlungsvorgänge, und zwar anders als noch unter dem bisherigen MgVG, nicht mehr nur für drei Jahre nach Wirksamwerden einer grenzüberschreitenden Umwandlung und auch nicht mehr nur für den Fall, dass die einschlägigen Mitbestimmungsregelungen des deutschen Rechts einen geringeren Umfang an Mitbestimmung aufweisen als er in der Gesellschaft besteht, die aus der grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgegangen ist. Das Verhandlungserfordernis kann sinnvolle oder notwendige innerstaatliche Umwandlungsvorgänge erheblich verzögern, selbst wenn diese *per se* keinerlei Auswirkungen auf das bestehende Mitbestimmungsstatut zur Folge hätten. Das Gesetz ordnet gerade nicht nur eine zeitlich befristete Fortgeltung eines bestehenden Mitbestimmungsstandards an, sondern löst ein neues Verhandlungserfordernis aus.

Im Übrigen hält sich der Gesetzentwurf grundsätzlich an die Mindestvorgaben der Umwandlungsrichtlinie und führt nur punktuell zu Verschärfungen:

- So gibt es konkrete Anforderungen an die Zusammensetzung des Leitungsorgans, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind und beispielsweise über die gesetzlichen Anforderungen an Leitungsorgane in Unternehmen mit drittelbeteiligten Aufsichtsräten in Deutschland hinausgehen. § 29 Abs. 2 des Gesetzentwurfs ordnet an, dass die Zahl der Mitglieder der Leitung mindestens zwei betragen muss, und dass ein Mitglied der Leitung für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist. Angelehnt wird sich hier an § 38 Abs. 2 SEBG, mit dem sichergestellt werden soll, dass der „Bereich Arbeit und Soziales mit der notwendigen Eigenständigkeit innerhalb der Unternehmensleitung wahrgenommen werden kann“. Außerhalb des SEBG etablieren ansonsten lediglich noch das Montan-Mitbestimmungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz die Institution des Arbeitsdirektors. Beide Gesetze sehen bei Schwellenwerten von 1.000 bzw. 2.000 Mitarbeitern eine paritätische Mitbestimmung vor. Das

Drittelbeteiligungsgesetz mit einem Schwellenwert von 500 Mitarbeitern kennt die Funktion eines Arbeitsdirektors oder eines ausdrücklich für Arbeit und Soziales zuständiges Mitglied der Geschäftsführung oder des Vorstands nicht. Für Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehen, generell und unabhängig von konkreten Schwellenwerten eine aus mindestens zwei Mitgliedern bestehende Leitung vorzusehen und eine eigenständige Geschäftsführer- oder Vorstandsposition zu verlangen, die für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist, erscheint nicht notwendig. Gerade bei einem Mitbestimmungsimport aus EU/EWR-Staaten mit niedrigen Schwellenwerten für Unternehmensmitbestimmung (z.B. Schweden), kann es schon bei Unternehmensgrößen deutlich unterhalb der Schwelle von 500 Beschäftigten zu einem vergleichsweise großen Leistungsorgan kommen. Für kleinere und mittlere Unternehmen kann dies eine Belastung sein.

- Für die Beurteilung, ob eine grenzüberschreitende Umwandlung missbräuchlich erfolgt ist (§ 36 des Gesetzentwurfs), werden strukturelle Änderungen in die Bewertung einbezogen, die auch noch bis zu vier Jahre nach Wirksamwerden der Umwandlung erfolgen. Weder die Umwandlungsrichtlinie, noch der in ihr in Bezug genommene Art. 11 der SE-Richtlinie (RL 2001/86/EG) sehen ein derart langes Zeitfenster vor, in dem eine Missbrauchsvermutung ausgelöst werden kann. Auch das SEBG, an dem sich der Gesetzentwurf ausweislich seiner Begründung orientiert, sieht nur bei strukturellen Maßnahmen binnen eines Jahres nach Gründung der SE einen Vermutungstatbestand. Unternehmen laufen hier noch lange nach erfolgter grenzüberschreitender Umwandlung Gefahr, sich durch unternehmerisch sinnvolles organisches Wachstum einem Missbrauchsvorwurf ausgesetzt zu sehen. Es besteht das Risiko, dass Wachstumspotenziale, die sich nach einer erfolgten grenzüberschreitenden Umwandlung bieten, bewusst nicht genutzt werden. Dies erscheint nicht sachgerecht.

## **2. Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. – Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen (20/4056)**

In Zeiten zusammenwachsender Märkte in Europa gibt es für Unternehmen in Deutschland vielfältige Gründe, sich in einer ausländischen Rechtsform zu organisieren oder eine europaweit anerkannte Gesellschaftsform mit einem einheitlichen europäischen Rechtsrahmen zu wählen. Dies kann den Zutritt zu anderen Märkten erleichtern und unternehmerische Agilität sowie Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen in Europa erhöhen. Die Frage des geltenden Regimes der Arbeitnehmermitbestimmung ist dabei nur ein Teilaspekt. Nicht jede Entscheidung für eine ausländische oder multinational anerkannte Rechtsform zielt auf Mitbestimmungsvermeidung oder -reduzierung ab.

So hat sich etwa die SE gerade für Familienunternehmen mit internationaler Ausrichtung als besonders geeignet erwiesen. Sie ermöglicht beispielsweise eine sehr ausdifferenzierte Zuweisung von Leitungs- und Kontrollbefugnissen unter Familiengeschaftern und unterstützt einen geordneten Generationenübergang. Die SE bietet größere Gestaltungsmöglichkeiten bei der Leitungsstruktur. Statt der bekannten dualistischen Struktur aus Vorstand und Aufsichtsrat, wie sie von der Aktiengesellschaft bekannt ist, kann eine SE auch durch ein einheitliches Leitungs- und Kontrollorgan (sog. monistisches System) geführt werden. Neben der Beteiligung von Arbeitnehmern auf Ebene des Aufsichts- oder Verwaltungsrats, sehen die gesetzlichen Bestimmungen zur SE auch die Bildung eines SE-Betriebsrats vor, der zusätzlich zur bekannten betrieblichen Mitbestimmung auf Grundlage des Betriebsverfassungsgesetzes eine weitere Ebene der Arbeitnehmervertretung schafft. Der SE-Betriebsrat ist zuständig für Angelegenheiten, die die SE selbst, eine ihrer Tochtergesellschaften oder einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaats hinausgehen.

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen (z.B. § 43 SEBG) sehen schon jetzt weitgehende Verbote missbräuchlicher Gestaltungen vor. Verstöße sind mitunter strafbewehrt (z.B. § 45 SEBG). Auch die Rechtsprechung verhindert Umgehungstendenzen.

Aus unternehmerischer Sicht ist es bedeutsam, dass etwaige Verschärfungen bei der Verwendung ausländischer oder multinationaler Rechtsformen oder die Schaffung von Beschränkungen bei strukturellen Änderungen nicht dazu führen dürfen, dass die mit der Nutzung einer ausländischen oder multinationalen Rechtsform verbundenen Wettbewerbsvorteile für in Deutschland ansässige Unternehmen verloren gehen. Dies gilt umso mehr, wenn neue Regelungen nicht europaweit einheitlich verabschiedet werden, sondern sich letztlich allein auf die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in Deutschland auswirken.

Dr. Hendrik Otto  
Mitglied des Vorstands WEPA SE  
Rechtsanwalt



---

**Schriftliche Stellungnahme**  
Dr. Sebastian Sick, 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**

# STELLUNGNAHME

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei  
grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE LINKE

„Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen 20/4056“

## A. Gesetzentwurf über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) Gesamtbewertung

### I. Allgemeine Einschätzung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) setzt die Regelungen zur Mitbestimmung in Unternehmen bei einem Zuzug von Gesellschaften durch Umwandlung und Spaltung um. Darüber hinaus sind Änderungen im Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vorgesehen. Der Gesetzentwurf des MgFSG orientiert sich den europäischen Vorgaben entsprechend der Umwandlungsrichtlinie (UmwRL (EU) 2019/2121) an der Regelung zur Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Wege der Umwandlung und sieht insofern unter bestimmten Voraussetzungen ein Verhandlungsverfahren zwischen einem besonderen Verhandlungsgremium und dem Unternehmen vor.

Der Schutz der Unternehmensmitbestimmung wird auf zwei Gesetzesentwürfe aufgeteilt.

- Erstens wird das Verhandlungsverfahren zur Mitbestimmung insbesondere bei einem **Zuzug von Gesellschaften im MgFSG** geregelt. Geregelt wird insbesondere der Schutz der Unternehmensmitbestimmung bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel und bei einer grenzüberschreitenden Spaltung von Kapitalgesellschaften nach Deutschland herein („Herein-Umwandlung“). Hinzu kommen einige im Zuge der EU-Richtlinienumsetzung notwendige Änderungen am Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG).

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 1 von 14

- Für den Fall des Wegzugs durch einen Vorgang aus Deutschland heraus („**Heraus-Umwandlung**“) sieht das **UmRUG** einen Missbrauchsschutz vor, der von den Registergerichten zu gewährleisten ist, die für die Erteilung einer sog. Vorabbescheinigung („Wegzugsbescheinigung“) zuständig sind.

Der vom **MgFSG** vorgesehene Schutz der Mitbestimmung ist grundsätzlich zu begrüßen, weil er im Vergleich zur SE, Fortschritte bei der Sicherung der Mitbestimmung enthält und verschiedene aus der Gründung von SE bekannte Defizite abstellt. Insofern verdient das MgFSG Unterstützung. Das MgFSG orientiert sich an den Vorgaben der europäischen Umwandlungsrichtlinie und setzt diese sinnvoll um. Eine Abschwächung des im MgFSG geregelten Mitbestimmungsschutz wäre keinesfalls sachgerecht angesichts der Gefahren für die Mitbestimmung.

Zugleich zeigt sich, dass das **MgFSG nicht Endpunkt gesetzgeberischer Tätigkeit zum Schutz der Mitbestimmung sein kann** und die Aussagen des Koalitionsvertrags der Bundesregierung zum Schutz der Mitbestimmung damit keineswegs umgesetzt sind. Dazu wären weitergehende Änderungen am SEBG und MgVG und letztendlich auch am MgFSG erforderlich. Es müssen insofern weitere Maßnahmen zum Schutz der Mitbestimmung folgen, wenn der Erosion der Mitbestimmung Einhalt geboten werden soll und die Aussagen des Koalitionsvertrags umgesetzt werden sollen. Insbesondere der Gefahr der Erosion der Mitbestimmung durch ein „Einfrieren“ von Unternehmen ohne Mitbestimmung bzw. im Stadium geringer Mitbestimmung kann der Gesetzentwurf noch nicht wirksam begegnen. Auch die aus der UmwRL stammende Verhandlungspflicht bereits ab 4/5 eines nationalen Schwellenwerts verbessert den Schutz der Mitbestimmung nicht wesentlich, weil in diesem Fall keine gesetzliche Auffanglösung mit Mitbestimmung existiert. Zugleich ist anzuerkennen, dass § 36 MgFSG (Missbrauchsverbot) erstmals einen – wenngleich noch unzureichenden – Anklang an ein dynamisches Element enthält, das nachträglichen Belegschaftszuwachs berücksichtigt, um präventiver Mitbestimmungsflucht zu begegnen. Um hier flächendeckend wirksam angesichts verbreiteter Mitbestimmungsvermeidungspraktiken Abhilfe zu schaffen, sind weitere gesetzgeberische Tätigkeiten auf nationaler und europäischer Ebene erforderlich.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 2 von 14

Außerdem vermag das MgFSG nicht vor einer Mitbestimmungsumgehung bei der Herausumwandlung (Wegzug) einer vormals deutschen Gesellschaft ins EU-Ausland zu schützen. Hier sind die Umsetzungsgesetze der anderen EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Den deutschen Registergerichten verbleibt lediglich ein **Missbrauchsschutz bei den Wegzugsfällen** bezogen auf Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer. Dieser ist im Regierungsentwurf des UmRUG niedergelegt. Er bietet jedoch keinen ausreichenden Schutz für die Mitbestimmung, obwohl europarechtlich deutlich mehr möglich wäre. Den Registergerichten werden keine Kriterien an die Hand gegeben, mittels derer Sie missbräuchliche Mitbestimmungsumgehung bewerten können. Es ist aus den beiden genannten Gründen zu befürchten, dass nach Umsetzung von MgFSG und UmRUG die Erosion der Mitbestimmung durch Umgehungskonstellationen verstärkt fortschreitet und aufgrund der hiermit neu geschaffenen Optionen grenzüberschreitender Vorgänge für Unternehmen zusätzliche Anwendungsfälle findet.

Im Zuge der EuGH-Rechtsprechung (insbes. Polbud) zu grenzüberschreitenden Umwandlungen war eine EU-Umwandlungsrichtlinie zum Schutz der Stakeholder und Arbeitnehmer und für die nötige Rechtssicherheit erforderlich. Gleichzeitig werden durch die zusätzlichen Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Formwechsels bzw. der grenzüberschreitenden Spaltung die Anzahl der Instrumente zur Mitbestimmungsvermeidung noch einmal vergrößert. Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist es richtig, dass das MgFSG seinen Anwendungsbereich im Einklang mit dem Geltungsbereich der Umwandlungsrichtlinie gem. § 2 Abs. 2 im Unterschied zum UmRUG auf den grenzüberschreitenden Formwechsel (§ 333 Abs. 1 UmwG) und auf die Spaltung zur Neugründung (§ 320 Absatz 1 Nr. 1 UmwG) begrenzt, nicht jedoch über die Richtlinie hinaus zusätzlich die Spaltung zur Aufnahme (§ 320 Absatz 1 Nr. 2 UmwG) erfasst.

## II. Empirische Ausgangslage

Diese Gesamtbewertung fußt auf dem Befund, dass das deutsche System der industriellen Beziehungen auf belastbaren Mitbestimmungsrechten der Beschäftigten aufbaut, die sich insbesondere in den vergangenen Krisen bewährt haben. Jedoch laufen die nationalen Mitbestimmungsgesetze immer häufiger ins Leere. Oft, weil sie

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 3 von 14

über Konstrukte europäischen Rechts ausgehebelt werden. **Die Erosion ist dramatisch und die SE ist mittlerweile ein zentrales Vehikel, um Mitbestimmung zu unterlaufen.** Mindestens 1,4 Millionen Beschäftigte in deutschen Unternehmen können das Recht auf paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht ausüben, weil Unternehmen Rechtslücken für eine legale Umgehung ausnutzen. Hinzu kommen zahlreiche Unternehmen, die rechtswidrig die Mitbestimmung ignorieren. Drei Viertel der Unternehmen mit legaler Mitbestimmungsvermeidung nutzen Lücken mit europarechtlichem Bezug, allein bei mindestens gut 300.000 Beschäftigten werden Mitbestimmungsrechte durch die Umwandlung in eine SE umgangen. Wichtig ist, dass weitere Tendenzen gestoppt werden, Mitbestimmung durch europäisches Recht auszuhebeln.

Die Hans-Böckler-Stiftung hat umfangreiche Studien zur Empirie der Anwendung der Mitbestimmungsgesetze vorgelegt. Auch andere Wissenschaftler, wie Prof. Walter Bayer, Universität Jena, haben wiederholt empirische Befunde beigetragen. Seit der Jahrtausendwende haben sich die Rahmenbedingungen für die Mitbestimmung geändert. Europa hat neue Gestaltungsoptionen für Unternehmen geschaffen und so einen Markt für die Beratung zur Mitbestimmungsvermeidung eröffnet. Die AG und GmbH stehen so in Konkurrenz zu originär europäischen Kapitalgesellschaften, wie insbesondere der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), sowie infolge der Möglichkeit der Sitzverlegung, zu ausländischen Rechtsformen, wie z.B. der B.V. oder ApS, oder der Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. In allen diesen Konstellationen finden die deutschen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung, auch wenn die Zahl der inländischen Beschäftigten die Schwellenwerte von 501 oder 2001 erreicht. Gravierend ist vor allem der Befund zur SE: Nur jede fünfte SE mit entsprechender Arbeitnehmer\*innenzahl verfügt über einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat (Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 2020, S. 13 ff., Gieseke, Misterek, Sick (2021), Mitbestimmungsvermeidung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) <https://www.mitbestimmung.de/html/4-von-5-grossen-se-vermeiden-19608.html>; Empirie zur SE auch bei Grüneberg, Hay, Jerchel, Sick, AuR 7-8/2020, S. 298). Auffällig ist überdies, dass zu den Unternehmen, die sich mit einer dieser Optionen der paritätischen Mitbestimmung entziehen, zunehmend prominente DAX-Unternehmen, wie die Vonovia SE oder die Zalando SE gehören.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 4 von 14

### III. Anmerkungen zum MgFSG und MgVG im Detail

Weil das MgFSG im Grundsatz zu unterstützen ist, werden nachfolgend nur einzelne diskussionswürdige Aspekte angesprochen.

Das MgFSG verweist auf die Vorschriften zur Gründung der SE durch Umwandlung, weicht aber zugleich teilweise davon ab (z.B. 4/5-Regelung, Missbrauchsschutz). Deshalb ist es konsequent die Vorschriften in einem neuen eigenen Gesetz, dem MgFSG zu verwirklichen. Die EU-Umwandlungsrichtlinie belässt dem nationalen Gesetzgeber den Spielraum, über das SEBG hinausgehende Lösungsansätze zu entwickeln.

#### **§ 6 Abs. 2: Information der Gewerkschaften**

Im Bereich der SE ist es in der Praxis ein großes Problem, wenn die Gewerkschaften nicht rechtzeitig vor Beginn des Verfahrens informiert werden und daher ihre Beteiligungsrechte im besonderen Verhandlungsgremium zur Stärkung der Arbeitnehmerseite im Verhandlungsverfahren nicht wahren können. Bei SE-Gründungen hat sich gezeigt, dass für eine kompetente, starke Verhandlungsführung gerade die Unterstützung durch Gewerkschaftsvertreter aufgrund des Sachverstands und der gewerkschaftlichen Erfahrung in diesem Bereich ausschlaggebend sind. Insofern ist für die Praxis positiv hervorzuheben, dass anders als im SEBG in § 6 Abs. 2 MgFSG die Information der in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften über das grenzüberschreitende Vorhaben ausdrücklich vorgeschrieben ist.

#### **§ 19 MgFSG: Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen**

§ 19 MgFSG setzt die Vorgaben aus Artikel 86 I und 160 I, jeweils Absatz 4 lit. a. überzeugend um. Diese Vorschrift enthält eine wesentliche Neuerung gegenüber der SE-Gesetzgebung. Dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer kommt das Recht zu Verhandlungen abubrechen oder gar nicht erst aufzunehmen. Konsequenz ist die Anwendung des nationalen Rechts, so dass hierzulande die Mitbestimmungsgesetze zur Anwendung kämen, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind. Dies kommt in Betracht, wenn die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze für die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der hervorgehenden Gesellschaft günstiger ist als eine Mitbestimmungsregelung

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 5 von 14

nach dem MgFSG. Das ist ein deutlicher Fortschritt gegenüber dem bei der SE gültigen Verhandlungsverfahren nach SEBG, ermöglicht er doch die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze. Gleichwohl dürfte diese Regelung gerade dann kein Selbstläufer sein, wenn bereits im Ausland Beteiligungsrechte bestanden, selbst wenn diese schwächer sind als diejenigen nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen. Denn ausländische Belegschaftsvertreter hätten nach nationalem Recht keine eigenen Mitwirkungsrechte im Aufsichtsrat und wären vor diesem Hintergrund vom Verhandlungsabbruch zu überzeugen. Bei Anwendung des nationalen Rechts besteht nur ein Anspruch für in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vertreten zu sein (EuGH 18.7.2017 – C-566/15; Sick, Rückenwind für die Mitbestimmung durch den EuGH, 2018, 2/121).

### **§ 21 MgFSG**

Eine wichtige, positive Neuerung ist die durch die Umwandlungsrichtlinie vorgegebene unverzügliche Information der Leitungen über das Verhandlungsergebnis – und dies insbesondere auch an die Gewerkschaften. Nur so ist zu gewährleisten, dass die jeweils Betroffenen ihre Rechte aus dem Verhandlungsergebnis wahrnehmen können oder ggfs. fristgemäß ihre Rechte gerichtlich geltend machen können.

### **§ 24 Abs. 2 und § 26 Abs. 1 Bestandsschutz der Mitbestimmung – alle Komponenten**

§ 24 Abs. 2 und § 26 Abs. 1 MgFSG regeln dem Vorbild des SEBG entsprechend richtigerweise den Bestandsschutz für alle Komponenten der Unternehmensmitbestimmung sowohl in der Vereinbarung als auch in der gesetzlichen Auffanglösung. Der EuGH hat mit Urteil vom 18.10.2022 (C-677/20 SAP)<sup>1</sup> klargestellt, dass dies sich auf alle prägenden Elemente der Mitbestimmung bezieht, wie sie sich aus dem nationalen Recht ergeben. Ausdrücklich gilt dies für das getrennte Wahlverfahren für Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat. Darüber hinaus ist nach dem Mitbestimmungsgesetz aber beispielsweise an den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzen-

---

<sup>1</sup> Pressemitteilung der Hans-Böckler-Stiftung zu EuGH C-677/20: <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-eugh-urteil-schutzt-mitbestimmung-bei-sap-44148.htm>.  
Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 6 von 14

den von Arbeitnehmerseite, an das besondere Bestellungsverfahren von Vorständen und Geschäftsführern, an die Notwendigkeit eines Arbeitsdirektors und an die Aufsichtsratsgröße zu denken.

Das aus Sicht des Mitbestimmungsschutzes außerordentlich positive EuGH-Urteil schränkt die Optionen zur Schwächung der Mitbestimmung mittels SE-Gründung durch Umwandlung ein. Gleiches gilt entsprechend der Verweisungen in der UmwRL für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen. Insofern gilt dieses wichtige Urteil zum Schutz der Mitbestimmung auch für diese Fälle. Dies könnte die Attraktivität der grenzüberschreitenden Maßnahmen, die das Ziel verfolgen, die Mitbestimmung zu schwächen, zumindest einschränken. Zugleich muss dies Ansporn für den Gesetzgeber sein, das Einfrieren der Mitbestimmung zeitnah zu stoppen. Denn es steht zu befürchten, dass Unternehmen, die eine starke Mitbestimmung verhindern wollen, um so früher in die SE wechseln, um den Einfriereneffekt zu nutzen, bevor der Gesetzgeber dies unterbindet. Der EuGH hat verdeutlicht, dass ein einheitliches europäisches Modell nicht existiert und demgegenüber insbesondere den Spielraum des nationalen Gesetzgebers beim Schutz der Mitbestimmung betont.

### **§ 27 Abs. 2: Sitze im Aufsichtsrat**

Soweit Mitgliedstaaten keine eigenen Regelungen über die Besetzung der ihnen zugewiesenen Sitze im Aufsichtsrat treffen, soll gem. § 27 Abs. 2 MgFSG das besondere Verhandlungsgremium die jeweiligen Arbeitnehmervertreter bestimmen. Unklar ist – zumal die Vereinbarung über viele Jahre gelten kann – wie die Besetzung dieser Arbeitnehmervertreter erfolgen soll, wenn das Verhandlungsgremium nach Abschluss der Verhandlungen nicht mehr aktiv ist und Mitglieder nicht mehr im Unternehmen beschäftigt sind.

### **§ 36 MgFSG**

Wichtig und unterstützenswert ist, dass die UmwRL sowie der Gesetzentwurf deutlich das Anliegen des Missbrauchsschutzes zum Ausdruck bringen. § 1 Abs. MgFSG stellt klar, dass das grenzüberschreitende Vorhaben nicht dazu missbraucht werden darf, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 7 von 14

ten. Das Missbrauchsverbot in § 36 MgFSG konkretisiert dies. Im Falle von Missbrauch soll anstelle von Strafvorschriften das Verhandlungsverfahren und die gesetzliche Auffangregelung greifen. Insbesondere soll Missbrauch 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“. Dies ist ein erster Schritt des Gesetzgebers, die Problematik des Einfrierens eines mitbestimmungsfreien Zustands oder eines niedrigen Mitbestimmungsniveaus anzugehen.

Eine Erweiterung und Konkretisierung des Missbrauchsschutz gegenüber dem zahnlosen § 43 SEBG ist dringend geboten. Kennzeichnend für die neue Regelung in § 36 MgFSG ist, dass schon eine bloße Schwellenwertüberschreitung der Mitbestimmungsgesetze (500, 1000, 2000 Arbeitnehmer) innerhalb von vier Jahren nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben einen Missbrauch darstellt, sofern sie Folge einer strukturellen Änderung ist (siehe genauer unten). Ein Verlust an bereits bestehender Mitbestimmung ist nicht erforderlich. Allein in der Verlängerung der Frist von einem auf vier Jahre und darin, dass die Vorschrift anders als § 43 SEBG nicht lediglich eine Vermutungsregel ausgestaltet ist, ist eine Stärkung des Missbrauchsschutz zu sehen. **Diese Stärkung des Missbrauchsschutz ist besonders positiv hervorzuheben. Außerdem findet erstmals durch den Bezug auf die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze ein dynamisches Element Eingang** in das europäische Modell der Verhandlungslösung. Dies ist ein erster zaghafter Schritt, der in weiteren europäischen und nationalen Gesetzesverfahren im Hinblick auf das Ziel des Koalitionsvertrags, die Erosion der Mitbestimmung einzudämmen, ausgebaut werden sollte. Über das im genannten Fall greifende Verhandlungsverfahren kann das Verhandlungsgremium direkt die Anwendbarkeit des nationalen Rechts wählen und so das dem Schwellenwert entsprechende höhere Niveau der Mitbestimmung erreichen. **Kritikwürdig ist** jedoch, dass nicht lediglich auf die Schwellenwerte Bezug genommen wird, sondern deren Überschreiten zusätzlich durch eine strukturelle Änderung „bewirkt“ sein muss. Freilich wird nicht – auch nicht europarechtlich – determiniert, was eine strukturelle Änderung darstellt. Ziel der SE-Richtlinie und der UmwRL ist die Sicherung erworbener Rechte auf Beteiligung der Arbeitnehmenden. Dies gebietet ein extensives Verständnis von strukturellen Änderungen, das über bloße Änderungen von gesellschaftsrechtlichen Strukturen hinaus

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 8 von 14

geht.

Insofern wäre entgegen vielfach vertretener Ansicht anzunehmen, dass ein maßgeblicher Arbeitnehmerzuwachs, der sich auf betriebliche Strukturen auswirkt, eine solche strukturelle Änderung darstellt (siehe auch entsprechende Regelungen in SE-Umsetzungsgesetzen in Österreich, Polen, Frankreich, Belgien). Unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe (11, 31, 32, 34, 35, 36, 50) der UmwRL mit dem Ziel umfassenden Schutzes der Mitbestimmung erscheint jedenfalls innerhalb des Schutzzeitraums von vier Jahren eine bloße Anknüpfung an den Schwellenwert ohne weitere Voraussetzung einer strukturellen Änderung sinnvoll und vertretbar. Auch wäre zu erwägen, einen aufgrund seiner Größenordnung maßgeblichen Arbeitnehmerzuwachs, der bewirkt, dass ein Schwellenwert überschritten wird, gesetzlich als strukturelle Änderung zu qualifizieren. Gerade angesichts der in der UmwRL deutlich verstärkt zum Ausdruck gebrachten Intension des Schutzes der Mitbestimmung vor Missbrauch erscheint dies europarechtlich möglich.

### **MgVG**

Die Vorschriften zur Änderung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) setzen die entsprechenden Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen um. Positiv hervorzuheben ist auch hier die aus der Richtlinie folgende Pflicht der Leitungen zur Information über das Verhandlungsergebnis (§ 19a) bzw. über die Entscheidung der Leitungen, direkt ohne Verhandlung die Auffanglösung zur Anwendung zu bringen (§ 6 Abs. 3 Nr. 6). Richtig ist die diesbezügliche Klarstellung in der Regierungsbegründung, dass auch in diesem Fall die Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums erforderlich ist. Des Weiteren sind nachfolgende grenzüberschreitende Verschmelzungen angemessen geregelt (§ 30a MgVG). Positiv zu erwähnen ist auch, dass der Bestandsschutz für das Verhandlungsergebnis aufgrund der UmwRL von drei auf vier Jahre heraufgesetzt wurde.

Eine Benachteiligung der Arbeitnehmer wurde mit der neuen Umwandlungsrichtlinie nicht behoben. So ist es den Leitungen der beteiligten Gesellschaften anders als bei der SE und der Umwandlung und Spaltung bei der grenzüberschreitenden Ver-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 9 von 14

schmelzung weiterhin möglich, auf Verhandlungen zu verzichten und anstelle dessen direkt die Auffangregelung zur Anwendung zu bringen. In diesem Fall bleibt dem besonderen Verhandlungsgremium im Unterschied zu § 19 MgFSG auch die Wahl des nationalen Rechts durch Abbruch oder Nichtaufnahme von Verhandlungen verwehrt. Ein den grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen entsprechendes einheitliches Schutzniveau bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung wäre dagegen wünschenswert gewesen – so beispielsweise auch beim Missbrauchsschutz.

Darüber hinaus wäre es sinnvoll, in die Informationspflicht der Leitungen über die Planung der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 6 Abs. 2) auch die Gewerkschaften ausdrücklich einzubeziehen, wie dies in § 6 Abs. 2 MgFSG und bei § 19a MgVG zum Verhandlungsergebnis der Fall ist. Denn hier stellen sich dieselben zu § 6 Abs. 2 MgFSG erwähnten Praxisprobleme.

## **B. Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Lücken im deutschen Mitbestimmungsrecht schließen 20/4056“**

Der Antrag greift wichtige Maßnahmen auf, die erforderlich sind, um die Erosion der Mitbestimmung einzudämmen. Teilweise sind diese bereits von den Plänen des **Koalitionsvertrags umfasst**. Aus Sicht des Verfassers der Stellungnahme sind deshalb auch unabhängig von dem vorliegenden Antrag einige Punkte besonders hervorzuheben:

### **1. Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz**

Die sogenannte **Drittelbeteiligungslücke bei der Konzernzurechnung der Arbeitnehmer\*innen sollte geschlossen werden**. Für die Schwelle zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes (500) sollten den herrschenden Konzernunternehmen genauso wie nach § 5 Mitbestimmungsgesetz die Arbeitnehmer\*innen der faktisch beherrschten Tochterunternehmen zugerechnet werden. So wäre § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz durch eine Formulierung wie in § 5 Abs. 1 und 3 Mitbestim-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 10 von 14

mungsgesetz zu ersetzen. Die lückenhafte Konzernzurechnung im Drittelbeteiligungsgesetz, wonach zum Zählen der Arbeitnehmer\*innen von Konzernunternehmen stets ein Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung erforderlich ist, führt aktuell dazu, dass Unternehmen selbst dann keinen mitbestimmten Aufsichtsrat haben, wenn sie im Konzern knapp unter 2000 Arbeitnehmende beschäftigen. Es ist kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Zählweise der Arbeitnehmer\*innen im Konzern im Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz ersichtlich. Diese Inkonsistenz im Drittelbeteiligungsgesetz fördert kritische Desintegrations- und Ausgliederungsstrategien von Unternehmen. Darüber hinaus wirkt diese Lücke im Mitbestimmungssystem in den Unternehmen dauerhaft fort, wenn sie durch SE-Gründung oder grenzüberschreitende Verschmelzung ihre Mitbestimmungsfreiheit für immer „einfrieren“, selbst wenn sie nachträglich auf über 2000 Beschäftigte wachsen.

Prof. Dr. Bayer, Universität Jena, geht von ca. 600 betroffenen Unternehmen aus, die aufgrund fehlender Konzernzurechnung keine Drittelbeteiligung haben (Bayer, NJW 2016, 1933). Auch das Skandalunternehmen **Wirecard** mit Konzernweit ca. 5000 und in Deutschland knapp 2000 Arbeitnehmer\*innen nutzte die Drittelbeteiligungslücke und hebelte damit eine wesentliche Kontrollebene mit Aufsichtsrat aus. Zwischen der personell kleinen Holding Wirecard AG und der relativ großen Tochter Wirecard Technologies GmbH existierte sogar ursprünglich ein Beherrschungsvertrag. Es liegt nahe, dass die Kündigung dieses Vertrags zum 31.12.2018 mitbestimmungsrechtlich motiviert war (dazu auch SZ vom 22.9.2020, S. 15 und WAZ vom 1.3.2021 und Hans-Böckler-Stiftung vom 22.9.2020). Eine Konsequenz aus dem Wirecard-Skandal müsste die Schließung der Drittelbeteiligungslücke sein. Das Erfordernis eines Beherrschungsvertrags gem. § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz passt ohnehin nicht zur heutigen Unternehmenswirklichkeit, weil gerade in der GmbH aufgrund der gegebenen Weisungsbefugnis der Gesellschafter\*innen im GmbH-Konzern praktisch kein Bedürfnis für den Abschluss eines solchen Vertrages besteht. Es kommt außerdem selbst dann nicht zur Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes, wenn sämtliche Gewinne an die Konzernspitze übertragen werden. Das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages führt allein nicht zur Drittelbeteiligung.

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 11 von 14

gung (vgl. zum Ganzen ausführlich Bayer/Hoffmann (2022), Wirecard und die fehlende Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, S. 361, 388ff. in Karami (Hrsg.), Skandalfall Wirecard: Eine wissenschaftlich-fundierte interdisziplinäre Analyse).

## 2. Kapitalgesellschaft & Co. KG

Grundsätzlich sollen alle Arbeitnehmende dasselbe Recht auf Mitbestimmung haben. Ziel sollte es sein, sämtliche kapitalistisch strukturierte Unternehmen von der Mitbestimmung zu erfassen. Rechtsformspezifische Unterschiede in der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze lassen sich nicht überzeugend begründen – jedenfalls so weit in einer Personengesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Diese Überlegung trägt sowohl bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG als auch bei der kapitalisierten Stiftung. Die Mitbestimmung in einer Kapitalgesellschaft & Co. KG ist zwar in § 4 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz erfasst, weil sie in besonderer Weise kapitalistisch strukturiert ist und sich in ihrer Substanz letztlich nicht von einer Kapitalgesellschaft unterscheidet. Jedoch ist ihr Anwendungsbereich aufgrund der vorgeschriebenen und leicht vermeidbaren Gesellschafterkongruenz und aufgrund Vermeidungsgestaltungen durch Auslandsgesellschaften & Co. KG so lückenhaft, dass mehr Vermeidungsfälle als Anwendungsfälle der Mitbestimmung existieren. 2015 standen lediglich ca. 20 Anwendungsfälle ca. 60 Vermeidungsfällen in Form von Auslandskapitalgesellschaften & Co. KG (2020 waren es 62) im Bereich der paritätischen Mitbestimmung gegenüber. Um dies zu ändern, müsste § 4 Mitbestimmungsgesetz neu und lückenlos formuliert werden. Zugleich müsste eine entsprechende Regelung in das Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen werden. Dass die Kapitalgesellschaft & Co. KG bislang nicht vom Drittelbeteiligungsgesetz erfasst ist, stellt einen Systembruch dar.

## 3. SE-Beteiligungsgesetz:

Die SE bietet aktuell die Möglichkeit des „**Einfrierens**“ eines mitbestimmungsfreien oder drittelbeteiligten Aufsichtsrats, auch wenn die Arbeitnehmer\*innenzahl wächst. Gerade im Zusammenhang mit der lückenhaften Konzernzurechnung in der Drittelbeteiligung führt dies zu Verwerfungen in der Mitbestimmungslandschaft. 4 von 5

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 12 von 14

großen SE vermeiden die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Auf diese Weise werden über 300.000 Arbeitnehmer um ihr Recht auf paritätische Mitbestimmung gebracht. Möglich ist das, weil für die SE das Mitbestimmungsniveau zum Zeitpunkt der Eintragung dauerhaft fort gilt und die nationalen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung mehr finden (Vorher-Nachher-Prinzip). Zur Anknüpfung von Neuverhandlungen an das Überschreiten eines Schwellenwerts der Mitbestimmungsgesetze siehe die Ausführungen zu § 36 MgFSG.

#### **4. Auslandskapitalgesellschaften**

Eine **Einbeziehung der Auslandskapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in die Mitbestimmungsgesetze ist sinnvoll**. Der Einsatz von Scheinauslandsgesellschaften führte schon 2015 zu fast 100 Unternehmen, die nicht vom Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteiligungsgesetz erfasst sind. 2020 waren es 62 Unternehmen mit mehr als 2000 Arbeitnehmer\*innen in Deutschland. Eine Erstreckung der Mitbestimmung ist praktisch machbar und europarechtlich zulässig, soweit sie die Verhältnismäßigkeit wahrt. Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ist gerechtfertigt, weil die Mitbestimmung wesentlicher Bestandteil des deutschen Arbeitsmarktes und der deutschen Sozialordnung ist (so zuletzt EuGH, 18.07.2017 – C-566/15). Die ausländischen Rechtsformen (orientiert an Anhang II der SE-Verordnung) wären in den Anwendungskatalog der Rechtsformen der Mitbestimmungsgesetze aufzunehmen. Einen überzeugenden Gesetzentwurf zur Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften hat 2021 Prof. Dr. Achim Seifert, Jena, vorgelegt ([https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync\\_id=HBS-008044](https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044))

#### **5. Sanktionen bei rechtswidriger Mitbestimmungsignorierung**

Es gibt zahlreiche Unternehmen, die gesetzeswidrig die Mitbestimmung ignorieren. Dies ist nicht nur im Bereich der Drittelbeteiligung ein Problem. Untersuchungen haben allein 113 Unternehmen ermittelt, die entgegen der gesetzlichen Vorgabe kei-

Stellungnahme · Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur., I.M.U. der Hans-Böckler-Stiftung

zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung“

b) Antrag der Fraktion DIE · Seite 13 von 14

nen paritätisch besetzten Aufsichtsrat eingerichtet haben (Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 2020, S. 13 ff.). Dazu zählen bekannte Unternehmen wie die Drogeriekette Rossmann mit ihren ca. 28.000 Beschäftigten. 56% der GmbH ignorieren die Drittelbeteiligung (Bayer/Hoffmann, GmbH-Rundschau 17/2015, S. 909-918; Sick, Mitbestimmungsreport Nr. 13, 2015, S. 9 ff.). Der Gesetzgeber muss dieses Problem dringend angehen und Statusverfahren, Offenlegungspflichten sowie Sanktionen erweitern. Die Zunahme von Mitbestimmungsvermeidung und von rechtswidriger Ignorierung sind im Gesamtzusammenhang zu betrachten. In Kürze wird die Hans-Böckler-Stiftung eine aktuelle umfassende Untersuchung zu diesem Bereich mit Lösungsvorschlägen vorlegen.

Wenn das Problem der Erosion der Mitbestimmung ernst genommen werden soll, sind letztendlich die **Parteien der Regierungskoalition aufzufordern**, ihre Ankündigungen im Koalitionsvertrag zur Unternehmensmitbestimmung zügig in die Tat umzusetzen. Dabei ist ein umfassender Ansatz erforderlich, um dem Ausmaß der Problematik gerecht zu werden. Außerdem muss die Mitbestimmung sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene gesetzlich verteidigt und geschützt werden, um dauerhaft erfolgreich zu sein.

**Dr. Sebastian Sick**, LL.M.Eur. (Rechtsanwalt)  
Georg-Glock-Straße 18  
40474 Düsseldorf  
Telefon +49 211 7778-257  
[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)