

GERHARD RÖDER

Der Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz

Wahlverfahren
Muster
Rechte und Pflichten

Der Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)

Wahlverfahren – Muster – Rechte und Pflichten

Rechtsanwalt Professor Dr. Gerhard Röder, Stuttgart
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Honorarprofessor an der Universität Freiburg

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-05529-2

E-ISBN 978-3-415-05826-2

E-Book-Umsetzung: Datagroup int. SRL, Timisoara

© 2016 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Dörr + Schiller GmbH, Curiestraße 4, 70563 Stuttgart | Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH, Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Vorwort

Für die Bildung von Aufsichtsräten in Kapitalgesellschaften gibt es in Deutschland zwischenzeitlich eine Vielzahl von Vorschriften. So regelt das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat und gilt für Unternehmen und Konzerne mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern. Das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) gilt für Kapitalgesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern und sieht einen Aufsichtsrat mit 1/3 Arbeitnehmervertretern vor. Aufgrund dieses Anwendungsbereichs ist das DrittelbG das am häufigsten zur Anwendung kommende Mitbestimmungssystem. Daneben gibt es auf europarechtlicher Grundlage Mitbestimmungsregelungen für die europäische Aktiengesellschaft (SE), für die europäische Genossenschaft und für Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind. Die gesetzlichen Regelungen zu den Wahlverfahren zur Besetzung der von den Arbeitnehmern zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder sind nach den verschiedenen Gesetzen völlig uneinheitlich und sehr komplex.

Das Praxishandbuch ist aus der Beratung zur Unternehmensmitbestimmung und einer langjährigen Betreuung der Durchführung von Wahlen von Aufsichtsräten nach dem DrittelbG entstanden. Ein Schwerpunkt des Praxishandbuchs liegt auf der umfassenden Erläuterung des Inhaltes des DrittelbG und der Durchführung von Wahlen nach der Wahlordnung zum DrittelbG. Nach einer detaillierten Darstellung des komplizierten Wahlverfahrens sind Muster für die verschiedenen Wahlschritte abgedruckt, die in enger Anlehnung an die jeweiligen Regelungen der Wahlordnung zum DrittelbG formuliert sind. Beigefügt sind dabei auch Ablaufpläne und Handlungsanleitungen. Die Muster für die verschiedenen Wahlschritte sind als Download verfügbar.

Weiterer Schwerpunkt des Handbuchs ist ein kompakter Überblick über die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates für die verschiedenen unter das DrittelbG fallenden Kapitalgesellschaften. Das Gesetz über die Geschlechterquoten und seine Auswirkungen auf die Besetzung des Aufsichtsrates nach dem DrittelbG sind ebenfalls aufgeführt, genauso wie die Abweichungen und Unterschiede des DrittelbG zu den Regelungen des MitbestG. Die geplante Neuregelung des AÜG zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den relevanten Schwellenwerten ist berücksichtigt.

Das Praxishandbuch wendet sich an alle Beteiligten, die Aufsichtsratswahlen nach dem DrittelbG zu betreuen oder sich damit zu befassen haben und/oder sich über die Rechte und Pflichten des nach dem DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat orientieren wollen.

Das Buch ist aus einer langjährigen Beratungspraxis von Wahlverfahren zur Unternehmensmitbestimmung entstanden. Zahlreiche Beiträge meiner früheren und aktuellen Mitarbeiter sind in das Buch eingeflossen. Ihnen möchte ich für ihre wertvolle Mitarbeit danken, insbesondere *Ünal Yalcin*, Richter am Arbeitsgericht Stuttgart, *Dr. Norman Senk*, Staatsanwaltschaft Baden-Baden, *Dr. Jan von Trotha*, Richter am Landgericht Stuttgart. Mein besonderer Dank gilt zudem *Prof. Dr. Manfred Löwisch*, der mich bei der Be- und Überarbeitung des Handbuches maßgeblich unterstützt hat. Vor allem aber möchte ich mich bei *Sibylle Romero* bedanken, ohne deren wertvolle Mitarbeit bei der Schlussbearbeitung das Buch nicht hätte vollendet werden können. Meine Assistentin *Cornelia Fuchs* hat die Schreivarbeiten zuverlässig übernommen.

Stuttgart, im August 2016

Gerhard Röder

Inhaltsübersicht*

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
Abkürzungsverzeichnis	9
Literaturverzeichnis	13
1. Teil Das Drittelbeteiligungsgesetz	17
A. Praktische Bedeutung und historische Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung	18
B. Anwendungsbereich des Gesetzes	21
2. Teil Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	63
A. Wahlrecht nach dem DrittelbG	63
B. Exkurs: Das Geschlechterverhältnis im Aufsichtsrat	70
3. Teil Wahlverfahren und Wahlordnung DrittelbG	73
A. Wahlordnung im Überblick	75
B. Einleitung der Wahl durch Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG (1. Wahlschritt)	77
C. Bildung der Betriebswahlvorstände (2. Wahlschritt)	81
D. Aufstellung der Wählerliste (3. Wahlschritt)	98
E. Wahlausschreiben (4. Wahlschritt)	101
F. Einreichung von Wahlvorschlägen (5. Wahlschritt)	103
G. Bekanntmachung der Wahlvorschläge (6. Wahlschritt)	109
H. Wahl (7. Wahlschritt)	110
I. Bekanntmachung des Wahlergebnisses (8. Wahlschritt) ..	120
4. Teil Wahlschutz und Wahlkosten	123
A. Wahlschutz gem. § 10 DrittelbG	123
B. Kostentragung im Konzern	129
5. Teil Anfechtung und Nichtigkeit der Wahl	131
A. Allgemeines	131
B. Nichtigkeit der Wahl	132
C. Anfechtung der Wahl	133
6. Teil Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates/Aufsichts- ratspraxis	143
A. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	144
B. Besonderheiten bei anderen Gesellschaftsformen	161
C. Zulässigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen	168

* Den einzelnen Teilen sind jeweils ausführliche Inhaltsübersichten vorangestellt.

D.	Pflichten der Unternehmensorgane zur Förderung des Frauenanteils in Aufsichtsräten und Führungspositionen	169
E.	Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder und Benachteiligungsschutz gem. § 9 DrittelbG	177
7. Teil	Abberufung von Arbeitnehmervertretern aus dem Aufsichtsrat	183
A.	Abberufung durch Betriebsräte und Arbeitnehmer	183
B.	Verfahren der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer nach der WO	185
C.	Aktienrechtliche Möglichkeiten der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern	189
8. Teil	Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrat	191
A.	Zusammensetzung des Aufsichtsrates	191
B.	Gerichtliche Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nach aktienrechtlichen Regelungen	193
C.	Ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	194
D.	Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder	194
9. Teil	Ablaufpläne, Handlungsanleitungen und Muster	195
A.	Ablaufpläne	197
B.	Handlungsanleitungen und Muster	199
C.	Muster	200
Anhang	Gesetze und Wahlordnung DrittelbG	237
A.	Drittelbeteiligungsgesetz	237
B.	Wahlordnung DrittelbG	242
C.	Auszug aus dem AktG	262
D.	Auszug aus dem GmbHG	278
	Stichwortverzeichnis	281

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
AR-Mitglieder	Aufsichtsratsmitglieder
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Ausf.	Ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestag Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
Dies.	dieselben
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DSTR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein
etc.	et cetera
EUR	Euro
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)

f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h. A.	herrschende Ansicht
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HS.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. R. e.	im Rahmen einer
i. S. d.	im Sinne des
i. S. e.	im Sinne einer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaften auf Aktien
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LG	Landgericht
lit.	littera
m.E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MitbestErG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
n. v.	nicht veröffentlicht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)

NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
o. Ä.	oder Ähnliches
o. g.	oben genannt
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Partnergesellschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SE	Societas Europaea
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstreitig
v. a.	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
Var.	Variante
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VVaG	Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit
WOBetrVG	Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes
WODrittelbG	Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz
WOMitbestG	Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

Literaturverzeichnis

- Arnold* Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der unternehmerischen Mitbestimmung, ArbRAktuell, 2015, 556
- Bauckhage-Hoffer/Rupietta* Implementierung von Mitbestimmungssystemen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, EWS 2012, 417
- Bauer/Krieger/Arnold* Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Auflage 2014
- Baumbach/Hueck* GmbHG, 20. Auflage 2013
- Bürgers/Fett* Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2. Auflage 2015
- Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (zit. DKKW)* BetrVG, 15. Auflage 2016
- Deilmann* Die Zurechnung von Arbeitnehmern nach dem neuen Drittelbeteiligungsgesetz, NZG 2005, 659
- Emmerich/Habersack* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Auflage 2013
- Exner* Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, 1984
- Fischer* Europaweite Wahl zum mitbestimmten Aufsichtsrat?, NZG 2014, 737
- Fitting* Betriebsverfassungsgesetz, 28. Auflage 2016, 21. Auflage 2002
- Fleischer* Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Auflage 2006
- Fleischer/Goette (zit. MünchKomm-GmbHG)* Münchener Kommentar GmbHG, Band 2, 2. Auflage 2016
- Freis/Kleinefeld/Kleinsorge/Voigt* Drittelbeteiligungsgesetz, 2004
- Fromholzer/Simons* Die Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil in Aufsichtsrat, Geschäftsleitung und Führungspositionen, AG 2015, 457
- Fuchs/Köstler/Pütz* Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 6. Auflage 2016
- Gärtner* Endet das Aufsichtsratsmandat bei Erreichen der gesetzlichen Höchstdauer auch vor Abschluss der Rechnungslegung automatisch?, NZG 2013, 652
- Germelmann/Matthes/Prütting* Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013

- Goette/Habersack/
Kalls (zit. Münch-
KommAktG)* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 2, 5,
7, 4. Auflage 2015
- Götze/Winzer/
Arnold* Unternehmerische Mitbestimmung – Gestaltungsoptionen und Vermeidungsstrategien, ZIP 2009, 245
- Haake* Das Verhältnis von Änderungsverlangen und Einspruchsverfahren zur Anfechtungsklage nach § 22 Mitbestimmungsgesetz, BB 1983, 841
- Heimann* Kosten der Anfechtung einer Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat, BB 1963, 976
- Henssler/Strohn* Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014
- Henssler/Willemsen/
Kalb (zit. HWK)* Arbeitsrecht Kommentar, 6. Auflage 2014
- Hey* Platow online vom 05.06.2015
abrufbar unter http://www.platow.de/index.php?option=com_k2&view=item&id=107616:zwang-zum-aufsichtsrat-durch-wirtschaftsprueferbericht&Itemid=188&highlight=WyJoZXXkiXQ
- Hölters* Aktiengesetz: AktG, 2. Auflage 2014
- Hüffer/Koch* Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014
- Huke/Prinz* Das Drittelbeteiligungsgesetz löst das Betriebsverfassungsgesetz 1952 ab, BB 2004, 2633
- Huke/Prinz* MitbestG und DrittelbG, 3. Auflage 2009
- Jäger* Aktiengesellschaft, 2004
- Jansen* Die Elektronische Kommunikation in der Betriebsverfassung, 2006
- Jansen* Elektronische Kommunikation bei Betriebsratswahlen, DB 2006, 334
- Kolb/Rothenfuß*er Festschreibung des Mitbestimmungsniveaus durch grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus Deutschland und dem Vereinigten Königreich, GmbHR 2014, 130
- Köstler/Zachert/
Müller* Aufsichtsratspraxis, 2009
- Löwisch* Unternehmensmitbestimmung im Mehrmütterkonzern, Festschrift für Peter Schlechtriem, 2003
- Löwisch* Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag, 1996
- Löwisch/Kaiser* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage 2010
- Löwisch/Rügenhagen* Angemessene arbeitsvertragliche Vergütung von Betriebsratsmitgliedern mit Führungsfunktionen, DB 2008, 466

- Lüers/Schomaker* Aufsichtsratswahlen im Gemeinschaftsbetrieb – wer zählt mit, wer wählt mit?, BB 2013, 565
- Lutter/Hommelhoff* GmbH-Gesetz, 18. Auflage 2012
- Lutter/Krieger/Verse* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Auflage 2014
- Morgenroth/
Salzmann* Grenzüberschreitende Umwandlungen in der EU und unternehmerische Mitbestimmung, NZA-RR 2013, 449
- Müller-Glöge/Preis/
Schmidt
(zit. ErfKomm)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage 2016
- Oetker* Vergütungsabreden in Anstellungsverträgen der GmbH/Geschäftsführers und Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums in der nach dem MitbestG und dem Montan-MitbestG mitbestimmten GmbH, Rechtsgutachten Mai 2010, www.boeckler.de
- Olbrich/Krois* Das Verhältnis von „Frauenquote“ und AGG, NZA 2015, 1288
- Raiser/Veil/Jacobs* Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 6. Auflage 2015
- Richardi* Betriebsverfassungsgesetz, 15. Auflage 2016
- Rieble* Schnelle Mitbestimmungssicherung gegen die SE, BB 2014, 2997
- Rieble/Triskatis* Vorläufiger Rechtsschutz im Betriebsratswahlverfahren, NZA 2006, 233
- Röder/Arnold* Geschlechterquoten und Mitbestimmungsrecht – Offene Fragen der Frauenförderung, NZA 2015, 279
- Röder/Arnold* Zielvorgaben zur Förderung des Frauenanteils in Führungspositionen, NZA 2015, 1281
- Röder/Gneiting* Besetzung des Aufsichtsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der Gründung von Aktiengesellschaften, DB 1993, 1618
- Röder/Rolf* Unternehmensmitbestimmung im europäischen Wettbewerb, Festschrift für Manfred Löwisch zum 70. Geburtstag, 2009
- Scholz* GmbHG, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage 2010
- Schulz/Ruff* Zweifelsfragen der neuen Regelungen über die Geschlechterquote im Aufsichtsrat und die Zielgrößen für die Frauenbeteiligung, BB 2015, 1155
- Seibt* Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts, Analyse des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767

- Seibt* Geschlechterquote im Aufsichtsrat und Zielgrößen für die Frauenbeteiligung in Organen und Führungsebenen in der Privatwirtschaft, ZIP 2015, 1193
- Spindler/Stilz* Aktiengesetz, Band 1, 3. Auflage 2015
- Ulmer/Habersack/
Henssler (zit. UHH)* Mitbestimmungsrecht: MitbestR, 3. Auflage 2013
- Wachter* AktG, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage 2014
- Wasmann/
Rothenburg* Praktische Tipps zum Umgang mit der Frauenquote, DB 2015, 291
- Wiese/Kreutz/
Oetker/Raab/
Weber/Franzen/
Gutzeit/Jacobs
(zit. GK-BetrVG)* Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG, Band 1, 10. Auflage 2014
- Willemsen/
Hohenstatt/
Schweibert/Seibt* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Auflage 2011
- Winter/Marx/
De Decker* Zählen und wählen Arbeitnehmer im Ausland nach deutschem Mitbestimmungsrecht?, NZA 2015, 1111
- Wlotzke/Wißmann/
Koberski/
Kleinsorge
(zit. WWKK)* Mitbestimmungsrecht, 4. Auflage 2011
- Zöllner/Noack
(zit. KölnKomm)* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 Teil 1: §§ 76–94, 3. Auflage 2009
- Zöllner/Noack
(zit. KölnKomm)* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 Teil 2: §§ 95–117, 3. Auflage 2012
- Zöllner/Noack
(zit. KölnKomm)* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6: §§ 291–393 und §§ 15–22 AktG, 3. Auflage 2004

1. Teil

Das Drittelbeteiligungsgesetz

	Rn.
A. Praktische Bedeutung und historische Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung	1
I. Bedeutung der Drittelbeteiligung in der Wirtschaft	1
II. Historische Entwicklung	3
B. Anwendungsbereich des Gesetzes	11
I. Subsidiarität des DrittelbG	11
II. Räumlicher Geltungsbereich	13
III. Erfasste Unternehmen	15
1. Allgemeines	15
2. Erfasste Unternehmensformen	17
a. AG und KGaA (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 DrittelbG)	21
aa. Besonderheit: „Alt-AG“ und „Alt-KGaA“	23
bb. Supranationale AG.	32
b. GmbH (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG)	33
c. VVaG (1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG)	37
d. Genossenschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelbG)	39
3. Nicht erfasste Unternehmensformen	41
4. Auslandsgesellschaften	46
5. Ausnahme: Tendenzunternehmen	47
a. Unmittelbarkeit	48
b. Überwiegender Unternehmenszweck	50
c. Einzelne Tendenzunternehmen	52
d. Absoluter Tendenzschutz	61
IV. Regelmäßige Arbeitnehmerzahl	62
1. Arbeitnehmerbegriff i. S.d. DrittelbG.	63
a. Arbeitnehmer	63
b. Nicht erfasste Arbeitnehmergruppen.	70
2. Feststellung der Regelbeschäftigtenzahl	71
a. Allgemeine Grundsätze	71
b. Berücksichtigung von Arbeitnehmern in Auslandsgesellschaften und ausländischen Betrieben	76
V. Drittelbeteiligung im Konzern.	79
1. Grundlagen und Unterschiede zum MitbestG	79
2. Wahlberechtigung (§ 2 Abs. 1 DrittelbG)	87
a. Grundlagen.	87
b. Konzernbegriff	89
aa. Abhängigkeitsverhältnis und einheitliche Leitung	90
bb. Erfasste Rechtsformen	95
c. Besondere Konstellationen	96
aa. Konzern im Konzern	96
bb. Tendenzunternehmen	97
cc. Gemeinschaftsunternehmen	98
d. Rechtsfolgen.	100
3. Zurechnung von Arbeitnehmern bei Konzernunternehmen (§ 2 Abs. 2 DrittelbG)	101

a. Grundlagen	101
b. Zurechnungstatbestände	104
aa. Beherrschungsvertrag	104
bb. Eingliederung	105
VI. Erstmalige Bildung eines gem. dem DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrats	106
VII. Umwandlung von Gesellschaften	114
1. Allgemeines	114
2. Verschmelzung und Spaltung von Gesellschaften	117
a. Verschmelzung	117
aa. Verschmelzung zur Aufnahme	119
bb. Verschmelzung zur Neugründung	120
b. Spaltung	123
aa. Aufspaltung	124
bb. Abspaltung	126
cc. Ausgliederung	130
3. Formwechsel	131
4. Grenzüberschreitende Verschmelzung und Verschmelzung unter Beteiligung einer SE	137
VIII. Zusammensetzung des Aufsichtsrates und Amtszeit der Mitglieder	138
1. Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrates	138
2. Amtszeit	145
IX. Statusverfahren	151
1. Inhalt	151
2. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung	155

A. Praktische Bedeutung und historische Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung

I. Bedeutung der Drittelbeteiligung in der Wirtschaft

- 1 Das Drittelbeteiligungsgesetz (**DrittelbG**) regelt die Bildung und Besetzung von Aufsichtsräten mit gewählten Arbeitnehmervertretern und damit die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eines Unternehmens in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Die Arbeitnehmervertreter werden damit über ihre Beteiligung im Aufsichtsrat an der Lenkung des Unternehmens beteiligt bzw. in diese einbezogen. Der Anwendungsbereich des DrittelbG und damit auch dessen Bedeutung in der Wirtschaft sind erheblich. Während das Mitbestimmungsgesetz (**MitbestG**) lediglich rund 650¹ Gesellschaften erfasst, be-

¹ Vgl. Hans-Böckler-Stiftung, Datenkarte 2013 (abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/pub_datenkarte_brd_2013.pdf) Zitat nach *Raiser/Veil/Jacobs*, Einleitung, Rn. 72; *Winter/Marx/De Decker*, NZA 2015, 1111. Davon haben bereits 1.477 einen nach dem DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat bzw. hierfür ein Statusverfahren eingeleitet (darunter waren 715 Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH, 695 in der Rechtsform der AG, 9 in der Rechtsform der KGaA, 34 in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft und 24 als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit organisiert). Die Bedeutung des DrittelbG wird sich auch dann erheb-

steht bei ca. 1.500 Unternehmen ein Aufsichtsrat nach dem DrittelbG². In der Praxis gibt es aber durchaus noch eine erhebliche Anzahl von Unternehmen, die mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen und unter den Anwendungsbereich des DrittelbG fallen, jedoch keinen Aufsichtsrat nach dem DrittelbG gebildet haben. Anders als die Regelungen über die paritätische Besetzung des Aufsichtsrates nach dem MitbestG waren und sind die Regelungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem DrittelbG rechtspolitisch kaum umstritten, was sich hauptsächlich aus den geringeren Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (1/3) erklärt.

Durch das am 01.05.2015 in Kraft getretene „Gesetz für die gleichberechtigte 2
Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“³ dürfte sich die Bedeutung der Drittelbeteiligung in der deutschen Wirtschaft voraussichtlich noch verstärken. Für Unternehmen, die unter das DrittelbG fallen, gilt zwar nicht die in diesem Gesetz vorgesehene sog. fixe Geschlechterquote. Anwendung findet jedoch die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen im Aufsichtsrat, in Geschäftsleitungsorganen und bestimmten Führungsebenen⁴.

II. Historische Entwicklung

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung beschränkt die Beteiligung der 3
Arbeitnehmerseite – im Gegensatz zur betrieblichen Mitbestimmung – nicht auf die sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten im Betrieb. Vielmehr sind die Arbeitnehmer **an der Leitung des Unternehmens beteiligt**. Die Mitbestimmung i. R. d. unternehmerischen Entscheidungen wird dadurch verwirklicht, dass die Unternehmensorgane – in erster Linie der Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften – auch mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzt werden.

Eine Unternehmensmitbestimmung war in Deutschland erstmals im Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920 vorgesehen. Danach wurden ein oder zwei 4
Mitglieder des Betriebsrats in den Aufsichtsrat einer AG bzw. in die entsprechenden Organe anderer Unternehmen entsandt.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde zunächst durch das Montan-Mitbestimmungsgesetz vom 21.05.1951 (**MontanMitbestG**) wieder eine 5
Unternehmensmitbestimmung für Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie eingeführt. Das MontanMitbestG sieht zum ei-

lich ausweiten, wenn Mitarbeiter ausländischer Betriebe und Unternehmen in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen werden sollten. Zu dieser derzeit umstrittenen Frage [vgl. unter Teil 1 B III 3. sowie Teil 2 A I und II.](#)

2 Winter/Marx/De Decker, NZA 2015, 1111.

3 BT-Drucks. 18/3784 vom 20.01.2015.

4 Dazu ausführlich unter Teil 6 D.

nen die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite vor. Zum anderen muss zwingend ein Arbeitsdirektor in das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ bestellt werden; die Bestellung kann nicht gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgen. Durch das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie (**MitbestErG**) wurde zur Absicherung der Montanmitbestimmung das Gesetz auf Holding-Gesellschaften in der Rechtsform einer AG oder GmbH, die nicht selbst der Montanmitbestimmung unterliegen, jedoch ein solches Konzernunternehmen (mit einer Montanquote von mindestens 20 %) beherrschen, erstreckt.

- 6 Im Anschluss an das MontanMitbestG wurde die Mitbestimmung für Unternehmen außerhalb des Montanbereichs im Betriebsverfassungsgesetz 1952 (**BetrVG 1952**) geregelt. Neben Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung sah das BetrVG 1952 in den §§ 76 ff. eine drittelparitätische Besetzung des Aufsichtsrats bestimmter Unternehmen vor. Die in den §§ 76 ff. BetrVG enthaltenen Regelungen der Unternehmensmitbestimmung sind durch das DrittelbG vom 18.05.2004 abgelöst worden.
- 7 Die Unternehmensmitbestimmung für Kapitalgesellschaften, die i. d. R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, wurde durch das MitbestG vom 04.05.1976 grundlegend neu geregelt. Kern des MitbestG ist die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsratsvorsitzende, der in der Praxis i. d. R. aus den Reihen der Anteilseignerseite stammt, hat bei Abstimmungen im Fall von Stimmgleichheit ein Zweitstimmrecht. Die §§ 76 ff. BetrVG 1952 galten danach nur noch für Unternehmen mit weniger als 2.000 Arbeitnehmern. Das BetrVG 1972 wurde dann durch das DrittelbG abgelöst.
- 8 Auf **europäischer Ebene** sind zwischenzeitlich nach langjähriger Diskussion mehrere Regelungen zur „europäischen Unternehmensmitbestimmung“ in Kraft getreten. Für die im Jahre 2001 auf der Grundlage der SE-VO (08.10.2001) und der RL eingeführte **Europäische Aktiengesellschaft (SE)** wurde die Unternehmensmitbestimmung durch das SEBG in einem gesonderten Gesetz geregelt. Kern der Mitbestimmungsregelung in der SE ist dabei, dass der wesentliche Inhalt und Umfang der Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat im Wege eines besonderen Verhandlungsverfahrens vereinbart werden soll. Wird dabei zwischen dem von Arbeitnehmerseite zu bildenden sog. besonderen Verhandlungsgremium und Unternehmensseite keine **Vereinbarung** über eine Unternehmensmitbestimmung gefunden, kommt zur weitgehenden Sicherung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer eine **gesetzliche Auffangregelung** zur Anwendung. Die gesetzliche Auffangregelung beruht auf dem Grundsatz des sog. Vorher-Nachher-Prinzips. Hierdurch soll das in einer der Grün-

derungsgesellschaften vorhandene Mitbestimmungsniveau aufrechterhalten bleiben. Für die Unternehmensmitbestimmung in einer SE in Deutschland bildet damit die Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG das Mindestniveau, sofern eine beteiligte Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gründung unter die Drittelbeteiligung fiel.

Eine der Regelungen der SE weitgehend nachgebildete Regelung wurde so-
dann für die **Europäische Genossenschaft** erlassen (Verordnung (EG)
Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.07.2003). Die Regelung über die Beteiligung
der Arbeitnehmer in der Europäischen Genossenschaft basiert im Wesent-
lichen auf den von der SE-Richtlinie übernommenen Grundsätzen. Auch
hier gilt der Vorrang einer Verhandlungslösung zwischen dem besonderen
Verhandlungsgremium und der Unternehmenseite. Wird eine solche nicht
gefunden, gilt die gesetzliche Auffangregelung nach dem Vorher-Nachher-
Prinzip. 9

Für **grenzüberschreitende Verschmelzungen** wurden schließlich auf 10
Grundlage der EU-Verschmelzungsrichtlinie die gesetzlichen Regelungen
über grenzüberschreitende Verschmelzungen in das Umwandlungsgesetz
§§ 122 a – l UmwG (vom 25.04.2007) eingeführt. Die Beteiligung der Ar-
beitnehmer ist dabei wieder in einem eigenen Gesetz, nämlich dem sog.
MgVG (vom 21.12.2006), geregelt. Das MgVG ist hinsichtlich der Arbei-
nehmerbeteiligung in seiner Struktur in wesentlichen Grundsätzen wie-
derum den Regelungen der SE nachgebildet. Auch hier gilt der Grundsatz
des Vorrangs der Verhandlungslösung (vgl. §§ 4, 5 MgVG). Bei Scheitern der
Verhandlungen gilt eine gesetzliche Auffangregelung auf der Basis des Vor-
her-Nachher-Prinzips. Das MgVG weicht allerdings in einigen Punkten von
den Regelungen der SE ab⁵.

B. Anwendungsbereich des Gesetzes

I. Subsidiarität des DrittelbG

Die Abgrenzung von DrittelbG und MitbestG richtet sich ausschließlich 11
nach den bei den Unternehmen in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern
(sog. **Regelbeschäftigung**). In Unternehmen mit in der Regel mehr als 2.000
beschäftigten Arbeitnehmern wird gem. § 1 Abs. 1 MitbestG der Aufsichtsrat
zur **Hälfte** mit Arbeitnehmervertretern besetzt.

Gegenüber dem MontanMitbestG erfolgt die Abgrenzung in erster Linie über 12
den Betriebszweck. Besteht dieser überwiegend in der Förderung von Stein-
kohle, Braunkohle oder Eisenerz bzw. in der Verarbeitung dieser Grund-

⁵ Siehe Teil 1 B. III 3.

stoffe und sind in dem Unternehmen in der Regel mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt, ist grundsätzlich das **MontanMitbestG** oder das **MontanMitbestErgG** anwendbar.

II. Räumlicher Geltungsbereich

- 13 Das DrittelbG gilt für inländische Unternehmen, die ihren Verwaltungssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland haben (sog. **Territorialitätsprinzip**). Unternehmen mit Hauptverwaltungssitz im Ausland unterliegen dagegen dem jeweiligen ausländischen Recht, so dass eine Aufsichtsratsbeteiligung nach deutschen Maßstäben nicht in Betracht kommt⁶. Auch für ausländische Betriebe deutscher Unternehmen gilt das DrittelbG nach ganz h. M. nicht⁷. Umgekehrt kann sich eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft der Mitbestimmung jedoch nicht dadurch entziehen, dass sie ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt⁸. Für ausländische Konzerngesellschaften und ausländische Betriebe inländischer Unternehmen gilt damit das DrittelbG nicht. Teilweise wird hierzu aber für die Frage des aktiven und passiven Wahlrechts von Arbeitnehmern ausländischer Betriebe und Konzernunternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat eine abweichende Auffassung vertreten⁹. Diese Frage hat der EuGH zu entscheiden¹⁰.
- 14 Ausgenommen von der Geltung des DrittelbG sind in Deutschland gelegene AG, welche deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke betreiben. Dies ergibt sich aus dem deutsch-schweizerischen Vertrag vom 06.12.1955 (BGBl. II, 264). In diesen AG steht den Arbeitnehmervertretern lediglich ein Beratungsrecht, aber kein Stimmrecht zu¹¹.

III. Erfasste Unternehmen

1. Allgemeines

- 15 § 1 DrittelbG bestimmt die sachlichen Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen der Mitbestimmung unterliegt. Die dort genannte Aufzählung

6 Vgl. dazu auch unten Teil 1 B III 4.

7 ErfKomm/Oetker, Einleitung zum DrittelbG, Rn. 3; MünchKommAktG/Gach, § 1 DrittelbG, Rn. 1.

8 Vgl. Fuchs/Köstler/Pütz, Rn. 41; UHH/Ulmer/Habersack, § 1 DrittelbG, Rn. 2 ff; Röder/Rolf, FS Löwisch, 249, 253 f.; solche Fälle waren in der Praxis bislang äußerst selten, da ein gesellschaftsrechtlicher Beschluss über eine solche identitätswahrende Sitzverlegung in das Ausland (einschließlich EU) als Auflösungsbeschluss behandelt wurde (vgl. zum Meinungsstand Seibt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Rn. 126 ff.) und zur Besteuerung stiller Reserven führte.

9 Vgl. hierzu unten Teil 1 B III 3. sowie Teil 2 A I und II.

10 Vorlagenentscheidung KG Berlin, vom 16.10.2015, 14 K 89/15, ZIP 2015, 2172, 1 Teil B. IV 2b)

11 WWKK/Kleinsorge, § 1 DrittelbG, Rn. 49.

hat **abschließenden** Charakter¹². Sie macht die Anwendbarkeit der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen abhängig von:

- der **Rechtsform** der Gesellschaft und
- der **Zahl** der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer.

Keine Rolle für die Anwendung des DrittelbG spielt, ob im Unternehmen Betriebsräte gebildet sind. Die Wahlordnung enthält für alle notwendigen Verfahrensschritte des Wahlverfahrens, in denen Betriebsräten besondere Aufgaben zugeordnet sind, auch Regelungen für den Fall, dass keine Betriebsräte bestehen. 16

2. Erfasste Unternehmensformen

Erfasst werden vom DrittelbG nach § 1 Abs. 1 DrittelbG 17

- **Aktiengesellschaften** (AG),
- **Kommanditgesellschaften auf Aktien** (KGaA),
- **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** (GmbH),
- **Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit** (VVaG) sowie
- **Genossenschaften**.

Für das Eingreifen des DrittelbG kommt es – anders als im MontanMitbestG und MitbestErgG – nicht auf den satzungsmäßigen **Unternehmensgegenstand** der Gesellschaft an. Erfasst werden daher etwa auch Luftfahrtunternehmen sowie Unternehmen der Seeschifffahrt¹³. Auf den Unternehmensgegenstand kommt es nur insofern an, als **Tendenzunternehmen** von der Anwendbarkeit des DrittelbG ausgenommen sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelbG). 18

Auch die jeweiligen **Beteiligungsverhältnisse** sind für die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht maßgeblich. Daher unterliegen auch Gesellschaften der Mitbestimmung, deren Anteile ganz oder überwiegend im Besitz der öffentlichen Hand sind¹⁴. 19

Die Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates selbst folgt für die AG und die KGaA aus dem AktG, für die eingetragene Genossenschaft aus dem GenG (§ 9) und für den VVaG aus § 35 VAG. Für die GmbH ist die Bildung eines Aufsichtsrates nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des DrittelbG in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Satz 2 begründet. 20

a. AG und KGaA (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 DrittelbG)

Die **AG** mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern (sog. **Schwellenwert**) ist der Grundtyp des mitbestimmten Unternehmens. Die AG hat nach § 95 Abs. 1 Satz 1 AktG stets einen Aufsichtsrat zu bilden, der aus mindestens 21

¹² Vgl. UHH/Habersack, § 1 DrittelbG, Rn. 1.

¹³ Vgl. Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt, Rn. 29; Erkomm/Oetker, § 1 DrittelbG, Rn. 1.

¹⁴ Vgl. MünchKommAktG/Gach, Vorbem. DrittelbG, Rn. 6; WWKK/Koberski, § 1 MitbestG, Rn. 10.

drei Mitgliedern bestehen muss. Bei einer AG, die unter das DrittelbG fällt, weil sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, muss der dreigliedrige Aufsichtsrat zumindest aus einem von den Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat gewählten Vertreter bestehen. Bei einem größeren Aufsichtsrat ist ebenfalls die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertretung vorgeschrieben¹⁵.

- 22 Für die **KGaA** gelten die soeben dargestellten Grundsätze in gleicher Weise (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 DrittelbG i. V. m. § 278 AktG).
- aa. Besonderheit: „Alt-AG“ und „Alt-KGaA“
- 23 Ein Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer besteht ausnahmsweise auch in AG mit regelmäßig **weniger als 500** Arbeitnehmern, wenn es sich um sog. „Alt-AG“ handelt, d. h. Gesellschaften, die
- vor dem 10.08.1994 eingetragen wurden und
 - keine Familiengesellschaften sind.
- 24 Als ungeschriebene Voraussetzung ist zudem erforderlich, dass die „Alt-AG“ mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt¹⁶.
- 25 Hintergrund dieser Regelung ist die Einführung der sog. „Kleinen AG“ mit Wirkung zum 10.08.1994. Bis zu diesem Zeitpunkt waren AG mit weniger als 500 Arbeitnehmern **nur** dann von der Mitbestimmung **ausgenommen**, wenn sie Familiengesellschaften waren. Der Gesetzgeber erweiterte diese Regelung auf alle AG mit weniger als 500 Arbeitnehmer, die nach dem 10.08.1994 eingetragen worden sind (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG)¹⁷.
- 26 Das DrittelbG stellt im Interesse der Rechtssicherheit allein auf den formalen Akt der **Registereintragung** am 10.08.1994 ab; der Zeitpunkt der Bekanntmachung ist irrelevant¹⁸.
- 27 **Familiengesellschaften** sind AG, deren Aktien sich vollständig im Besitz einer einzelnen natürlichen Person befinden, oder deren Aktionäre untereinander i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 AO verwandt oder verschwägert sind. Das Vorliegen einer bloßen Mehrheitsbeteiligung der verwandten Personen ist nach h. M. nicht ausreichend¹⁹.
- 28 Eigene Aktien der Gesellschaft sind hingegen so lange unschädlich, als diese nicht von der Gesellschaft an Dritte abgegeben werden. Entsprechendes gilt für vom Aktionär gegebene Options- oder Wandlungsrechte auf die von

15 Zu Größe und Besetzung vgl. unten Teil 1 B. VIII 1.

16 BGH, vom 07.02.2012 – II ZB 14/11, NZA 2012, 580.

17 Nach Ansicht des OLG Düsseldorf, vom 27.07.2011 – 26 W 7/10, NZG 2011, 1152, ist § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG verfassungskonform. Die Norm enthalte keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von AG, die vor dem 10.08.1994 eingetragen worden sind und verstoße deshalb nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

18 Vgl. MünchKommAktG/Gach, § 1 DrittelbG, Rn. 5.

19 Wohl unstr. vgl. ErfKomm/Oetker, § 1 DrittelbG Rn. 10; WWKK/Kleinsorge, § 1 DrittelbG, Rn. 11.

ihm gehaltenen Aktien sowie für schuldrechtlich vereinbarte Stimmbindungen, insbesondere solche aus einer Treuhandabrede²⁰.

Kleinere Unternehmen, die vor dem 10.08.1994 gegründet wurden, aber erst danach ihren Status als Familiengesellschaft verloren haben oder verlieren, müssen eine drittelparitätische Mitbestimmung selbst dann einführen, wenn gar keine Mitbestimmungstradition besteht, die im Interesse der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer gesichert werden müsste²¹. 29

AG, die trotz Beschäftigung von weniger als 500 Arbeitnehmern als Alt-Gesellschaften unter das DrittelbG fallen, sind weiterhin zur Vermeidung der drittelparitätischen Unternehmensmitbestimmung darauf verwiesen, ihre Rechtsform beispielsweise in eine GmbH formzuwechseln (vgl. §§ 190 ff. UmwG)²². Ein späterer Rück-Formwechsel in die Rechtsform der AG oder KGaA lässt die Unternehmensmitbestimmung nicht wieder aufleben²³. 30

Für die **KGaA**, die vor dem 10.08.1994 gegründet wurde, gelten die vorgenannten Grundsätze in gleicher Weise. Allerdings gilt eine KGaA nur dann als Familiengesellschaft, wenn deren Komplementäre und Aktionäre untereinander verwandt oder verschwägert sind. Die bloße familiäre Verbindung von Kommanditaktionären reicht nicht aus. Für das Privileg einer Familiengesellschaft i. S. d. DrittelbG muss also bei einer KGaA eine natürliche Person sämtliche Anteile an der Komplementärgesellschaft als auch sämtliche Kommanditaktien halten. Gleiches gilt, wenn zwischen den Gesellschaftern der Komplementärin und den Kommanditaktien eine Kette von Angehörigenverhältnissen besteht²⁴. 31

bb. Supranationale AG

Auf eine AG, die im Wege einer **grenzüberschreitenden Verschmelzung** entstanden ist, findet das DrittelbG dagegen keine Anwendung soweit die besonderen Voraussetzungen des § 5 MgVg erfüllt werden²⁵. Für diese AG gelten nur die Regelungen des MgVG (vgl. §§ 5, 6 ff. bzw. §§ 23 ff. MgVG). Liegen die Voraussetzungen nach § 5 MgVG nicht vor, handelt es sich weiterhin um eine Gesellschaft nationalen Rechts (§ 4 MgVG), für die das DrittelbG gilt. 32

20 Vgl. HWK/Seibt, § 1 DrittelbG, Rn. 15.

21 Vgl. Huke/Prinz, MitbestG und DrittelbG, S. 14; UHH/Ulmer/Habersack, § 1 DrittelbG, Rn. 14.

22 OLG Sachsen-Anhalt, vom 06.02.1997 – 7 U 236/96, DB 1997, 467.

23 Ausnahmsweise kann in diesen Fällen ein Rechtsmissbrauch vorliegen, vgl. dazu HWK/Seibt, § 1 DrittelbG, Rn. 13; Seibt, NZA 2004, 767, 769; UHH/Habersack, § 1 DrittelbG, Rn. 10; enger WWKK/Kleinsorge, § 1 DrittelbG, Rn. 4 (Rechtsmissbrauch anzunehmen bei zeitlicher Nähe von Umwandlung und Rückumwandlung).

24 UHH/Habersack, § 1 DrittelbG Rn. 21; Raiser/Veil/Jacobs, § 1 Rn. 10.

25 Näher unter Teil 1 B VII 3.

b. GmbH (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG)

- 33** Für Unternehmen in der Rechtsform einer **GmbH** ist für die Anwendung des DrittelbG immer die Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer entscheidend; das Gründungsdatum ist unerheblich. Für eine GmbH, die ansonsten nach dem GmbHG regelmäßig keinen Aufsichtsrat hat (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG)²⁶, wird abweichend von § 52 GmbHG die Bildung eines Aufsichtsrates zwingend vorgeschrieben (sog. **obligatorischer Aufsichtsrat**). Dies gilt jedoch nicht im Gründungsstadium der GmbH, also bei der sog. Vor-GmbH. Deshalb setzt auch die Eintragung in das Handelsregister keinen Aufsichtsrat voraus²⁷.
- 34** Auch die sog. Unternehmergesellschaft (**UG**) i. S. v. § 5 a GmbHG fällt unter das DrittelbG, sofern sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt²⁸.
- 35** Zusammensetzung, Rechte und Pflichten dieses Aufsichtsrates richten sich aufgrund der ausdrücklichen Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG weitgehend nach den Vorschriften des AktG. Im Hinblick auf die auch nach dem DrittelbG verbleibende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung sind die Kompetenzen des Aufsichtsrates einer mitbestimmten GmbH gegenüber einer mitbestimmten AG jedoch in einigen zentralen Befugnissen eingeschränkt²⁹.
- 36** Auf eine GmbH, die i. R. e. **grenzüberschreitenden Verschmelzung** hervorgegangen ist, findet das DrittelbG allerdings keine Anwendung soweit wieder – wie schon oben zur AG ausgeführt, die Voraussetzungen des § 5 MgVG erfüllt werden, was in der Praxis häufig der Fall sein wird³⁰. Hier gelten ausschließlich die Regelungen des MgVG.

c. VVaG (1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG)

- 37** Für **VVaG** gilt das DrittelbG, wenn diese i. d. R. mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen **und** wenn dort ein Aufsichtsrat besteht. Ob bei einem VVaG ein Aufsichtsrat zu bilden ist, richtet sich nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (**VAG**)³¹. Danach ist zwischen „großen“ und „kleinen“ VVaG zu unterscheiden. Über die Eigenschaft als „groß“ oder „klein“ entscheidet die Aufsichtsbehörde (§ 210 Abs. 4 VAG). Wesentliches Kriterium ist dabei der in Anspruch genommene Wirkungskreis des VVaG. Kleinere Vereine haben einen sachlich, örtlich oder dem Personenkreis nach eng begrenzten Personenkreis. Beim großen VVaG ist die Bildung eines Aufsichtsrats gesetz-

26 Nach dem GmbHG ist die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrates möglich, der dann nach den Regeln des AktG auszugestaltet ist.

27 Vgl. BayObLG, vom 09.06.2000 – 3Z BR 92/00, DB 2000, 1955; UHH/*Habersack*, § 1 DrittelbG, Rn. 22.

28 ErfKomm/*Oetker*, § 1 DrittelbG, Rn. 13; UHH/*Habersack* § 1 DrittelbG, Rn. 22.

29 Zu den Besonderheiten unten Teil 6 B II.

30 Näher unten Teil 6 B II 3.

31 In der Fassung vom 01.01.2016.

lich vorgeschrieben (§§ 184, 189 VAG). Bei „kleinen“ bestimmt der Satzungsgeber durch seine Satzung, ob ein Aufsichtsrat zu bilden ist, selbst wenn die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer über 500 liegt. Ist bei einem VVaG ein Aufsichtsrat zu bilden, setzt sich dieser zu zwei Dritteln aus Mitgliedern zusammen, die von der obersten Vertretung des VVaG (§ 191 VAG) gewählt werden. Das letzte Drittel wird nach dem DrittelbG von den Arbeitnehmern gewählt. Die Befugnisse des Aufsichtsrats sind denen bei einer AG vergleichbar³².

Da für den VVaG das MitbestG nicht gilt, ist das **DrittelbG** auch anwendbar, **38**
wenn der VVaG **mehr als 2.000 Arbeitnehmer** beschäftigt, sofern ein Aufsichtsrat zu bilden ist³³.

d. Genossenschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelbG)

Bei Genossenschaften ist nach § 9 Abs. 1 GenG stets ein Aufsichtsrat zu bilden. **39**
Hat die Genossenschaft mehr als 500 Arbeitnehmer, muss nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 DrittelbG die Satzung eine durch drei teilbare Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern festlegen, damit zu einem Drittel Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat gewählt werden können. Die Arbeitnehmervertreter müssen dabei nicht Mitglieder der Genossenschaft sein.

Die Befugnisse des Aufsichtsrats bei der Genossenschaft ergeben sich aus **40**
den §§ 36 ff. GenG³⁴.

3. Nicht erfasste Unternehmensformen

Das DrittelbG ist **nicht** anwendbar auf **41**

- Einzelkaufleute
- Personengesellschaften
- Vereine
- Stiftungen
- Gesellschaften in ausländischer Rechtsform
- Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE)
- Europäische Genossenschaft
- Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind und bei denen die besonderen Voraussetzungen des § 5 MgVG vorliegen.

Personengesellschaften sind die offene Handelsgesellschaft (**oHG**), die **42**
Kommanditgesellschaft (**KG**), die Partnergesellschaft (**PartG**), die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (**GbR**), der wirtschaftliche Verein i. S. d. § 22 BGB und der eingetragene Verein (**e.V.**) i. S. d. § 21 BGB. Auch die **GmbH & Co. KG** wird im Hinblick auf ihre Rechtsform als Personenhandelsgesell-

³² Dazu näher unter Teil 6 B III.

³³ *Fuchs/Köstler/Pütz*, Rn. 51.

³⁴ Dazu näher unter Teil 6 B IV.

schaft von der drittelparitätischen Mitbestimmung nicht erfasst. Im Unterschied zum MitbestG verzichtet das DrittelbG auf Sonderregeln für die GmbH & Co.KG. Zwar unterliegt eine in einer Rechtsform des § 1 Abs. 1 DrittelbG gebildete Komplementär-Gesellschaft (insbesondere GmbH) ggf. als solche der Mitbestimmung (wenn sie selbst mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt). Eine Zurechnung der Arbeitnehmer der KG oder oHG zu der Komplementär Kapitalgesellschaft (GmbH/AG) ist im DrittelbG – anders als in § 4 MitbestG – nicht vorgesehen. Zudem fehlt es im DrittelbG für die Zurechnung von Arbeitnehmern der KG zur Komplementär GmbH an dem nach § 2 Abs. 2 DrittelbG vorausgesetzten Beherrschungsvertrag³⁵. Da der Gesetzgeber diese Gesellschaftsformen bewusst aus dem DrittelbG ausgeklammert hat, ist die Vorschrift des § 4 MitbestG auch **nicht analogiefähig**.

- 43** Das DrittelbG gilt auch nicht für Unternehmen in einer **ausländischen Rechtsform**, etwa einer englischen LLP oder französischen SA, und zwar auch dann nicht, wenn diese ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben³⁶. Auch auf eine **SE** findet das DrittelbG keine Anwendung. Selbst wenn dort eine Drittelbeteiligung im SE-Aufsichtsrat im Wege einer Mitbestimmungsvereinbarung gem. § 21 **SEBG** oder der Auffanglösung (§§ 34 ff. SEBG) eingreift, erfolgt die Besetzung der Arbeitnehmerbank des SE-Aufsichtsrates nicht nach dem Wahlverfahren des DrittelbG. Vielmehr gelten die im SEBG geregelten Grundsätze der Besetzung des SE-Aufsichtsrates³⁷.
- 44** Das DrittelbG ist zudem unanwendbar, wenn eine Gesellschaft i. S. v. § 1 DrittelbG aus einer **grenzüberschreitenden Verschmelzung** hervorgeht und die dann häufig vorliegenden besonderen Voraussetzungen des § 5 MgVG vorliegen. In diesem Fall kann „ausnahmsweise“ auch eine **GmbH** oder **AG** vom Anwendungsbereich des DrittelbG ausgenommen sein. Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen gelten nämlich die besonderen Vorschriften des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (**MgVG**)³⁸. Eine aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft (sog. supranationale Kapitalgesellschaft) bleibt nach § 4 MgVG zwar eine solche nationalen Rechts, für die das nationale Mitbestimmungsrecht, also auch die Anwendung des DrittelbG grundsätzlich weiterhin eröffnet ist (Sitzstaatsprinzip). Dieser Anwendungsbereich wird allerdings in den Fällen des § 5 MgVG verdrängt³⁹. Dies liegt immer dann vor, wenn eine ausländische Kapitalgesellschaft auf eine einem weitergehenden Mitbestimmungssystem

35 UHH/*Habersack* § 1 DrittelbG, Rn. 12; vgl. dazu unten Teil 1 B V 3.

36 Vgl. *Fuchs/Köstler/Pütz*, Rn. 41.

37 Vgl. § 23 SEBG.

38 Siehe dazu z.B. *Kolb/Rothenfußer*, GmbHR 2014, 130 ff.; UHH/*Habersack*, § 1 DrittelbG, Rn. 7. Auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen kann das DrittelbG aber gem. § 4 MgVG anwendbar sein, wenn die Voraussetzungen des § 5 MgVG nicht vorliegen; siehe dazu auch Teil 1 B VII 3 e).

39 UHH/*Habersack*, § 5 MgVG, Rn. 1; *Ege/Grzimek/Schwarz/Fischer*, DB 2011, 1210.

unterliegende inländische Kapitalgesellschaft (insbesondere AG und GmbH) verschmolzen wird (Verschmelzung durch Aufnahme oder Neugründung). Beschäftigt eine deutsche Kapitalgesellschaft in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer und hat einen nach dem DrittelbG gebildeten Aufsichtsrat, so bleibt dieses Mitbestimmungssystem erhalten. Allerdings findet dann nicht mehr das DrittelbG, sondern nur noch die speziellen Vorschriften des MgVG Anwendung. Für die Beteiligung der Arbeitnehmer gelten dann die besonderen Verfahrensvorschriften des MgVG über den Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung nach § 22 MgVG oder – falls eine solche Vereinbarung nicht getroffen wird – der gesetzlichen Auffanglösung nach den §§ 23 ff. MgVG⁴⁰. Es gilt dann auch der Grundsatz der Perpetuierung, das heißt, dass die aus der Verschmelzung hervorgegangene Kapitalgesellschaft drittelmitbestimmt bleibt, selbst wenn die Schwelle der Arbeitnehmerzahl von 2.000 Arbeitnehmern überschritten wird⁴¹.

Im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Zulässigkeit der freien Rechtswahl stellt die Nutzung einer nicht unter das DrittelbG fallenden Rechtsform, wie etwa die GmbH & Co.KG, eine ausländische Rechtsform oder eine aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangenen Kapitalgesellschaft, keine unzulässige Gesetzesumgehung oder gar einen Rechtsmissbrauch dar⁴². 45

4. Auslandsgesellschaften

Ausländische Konzerngesellschaften mit Sitz im Ausland fallen nicht in den Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmungsgesetze und damit auch nicht unter das DrittelbG (**Territorialitätsprinzip**). Auch für Tochtergesellschaften deutscher Konzernmütter mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat gelten die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht. Bei diesen Tochtergesellschaften selbst ist also ein mitbestimmter Aufsichtsrat nach dem DrittelbG (oder dem MitbestG) nicht zu wählen. Davon zu unterscheiden ist die zunehmend diskutierte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitnehmer von Tochterunternehmen inländischer Konzernmütter mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat aufgrund der europarechtlichen Bestimmung über die Freizügigkeit (Art. 45 AEUV) bzw. über das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) bei den Schwellenwerten (500 beschäf- 46

40 Für die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer SE oder einer nach einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gebildeten GmbH oder AG gelten allerdings die unter Teil 7 dargestellten Regelungen über die Rechte und Pflichten im Aufsichtsrat.

41 Entsprechendes gilt auch bei einer drittelmitbestimmten Auslandsgesellschaft auf eine drittelmitbestimmte Kapitalgesellschaft.

42 UHH/*Habersack*, § 1 DrittelbG, Rn. 7, 9. Das DrittelbG enthält keine Regelung, wonach die Verwendung nicht unter das DrittelbG fallender Rechtsformen zur Vermeidung einer Mitbestimmung, strafbewehrt oder rechtsmissbräuchlich ist. Eine solche Einschränkung findet sich lediglich für die SE in § 43 SEBG.

tigte Arbeitnehmer) zu berücksichtigen sind und ein aktives sowie ggf. auch passives Wahlrecht haben⁴³. Insoweit geht es für solche grenzüberschreitenden Elemente um die Frage der europarechtlichen Interpretation der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften über das aktive und passive Wahlrecht. Die Rechtsentwicklung hierzu ist noch nicht abgeschlossen. In der Praxis sollte also vor der Einleitung von Wahlen jeweils der aktuelle Stand der Rechtsprechung, insbesondere der anhängigen Entscheidung des EuGH, überprüft werden.

5. Ausnahme: Tendenzunternehmen

- 47 Ausgenommen vom Anwendungsbereich des DrittelbG sind die sog. **Tendenzunternehmen**. Unter den Begriff der Tendenzunternehmen fallen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. a und b DrittelbG Unternehmen, die **unmittelbar und überwiegend politischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerungen dienen**.

a. Unmittelbarkeit

- 48 Unmittelbarkeit setzt voraus, dass das Unternehmen bzw. der Betrieb als organisatorische Einheit selbst dazu bestimmt ist, die geistig-ideelle Zielsetzung zu verwirklichen⁴⁴. Hieran fehlt es nach Ansicht der Rechtsprechung, wenn die Tendenzverfolgung lediglich dazu dient, einen anderen, nicht tendenzgeschützten Unternehmenszweck zu fördern. Auch eine auf bloße Unterstützung der Tendenzverfolgung durch andere Unternehmen gerichtete Tätigkeit reicht nicht aus⁴⁵.
- 49 Daher kann sich ein Unternehmen, dessen Zweck in der Herstellung von Druckereierzeugnissen besteht, auch dann nicht auf den Tendenzschutz berufen, wenn ihm ausschließlich der Druck einer einzigen Tageszeitung für ein Tendenzunternehmen obliegt⁴⁶. Auch eine Maschinenfabrik, die ein defizitäres Presseunternehmen finanziert, sowie eine Holdinggesellschaft, deren Zweck in der Förderung einer Stiftung besteht, sind keine Tendenzunternehmen⁴⁷.

43 Vgl. dazu näher unten Teil 1 B IV 2 b) und Vorlageentscheidung zum EuGH des KG Berlin, vom 16.10.2015 – 14 K 89/15, ZIP 2015, 2172; anders noch LG Berlin, vom 01.06.2015, ZIP 2015, 1291.

44 BAG, vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, DB 1976, 151; BAG, vom 15.02.1989 – 7 ABR 12/87, NZA 1990, 242.

45 BAG, vom 08.03.1983 – 1 ABR 44/81, DB 1983, 1875; BAG, vom 29.05.1970 – 1 ABR 17/69, NJW 1970, 1763; OLG Stuttgart, vom 03.05.1989 – 8 W 38/89, DB 1989, 1128.

46 BAG, vom 31.10.1975 – 1 ABR 64/74, DB 1976, 151; BAG, vom 30.06.1981 – 1 ABR 30/79, NJW 1982, 125.

47 OLG Stuttgart, vom 03.05.1989 – 8 W 38/89, DB 1989, 1128.

b. Überwiegender Unternehmenszweck

Ein Unternehmen dient überwiegend dem tendenzgeschützten Zweck, wenn dieser dem Unternehmen das entscheidende Gepräge gibt. Maßgeblich ist dafür ein **quantitatives Übergewicht** der unmittelbar tendenzbezogenen Tätigkeit⁴⁸. Damit hat sich die Rechtsprechung von ihrer ursprünglichen Ansicht distanziert, die auf den qualitativen Gesamtcharakter des Unternehmenszwecks abgestellt hatte⁴⁹. 50

Das quantitative Übergewicht bestimmt die Rechtsprechung nach Anzahl der Arbeitsstunden, die regelmäßig zur Erreichung des Unternehmenszwecks aufgewendet werden. In diesem Zusammenhang ist nicht nur auf die Tendenzträger selbst abzustellen, sondern auch auf die übrigen Mitarbeiter, soweit sie mit ihrer Arbeit der Verwirklichung des tendenzgeschützten Unternehmenszwecks dienen, z.B. indem sie die technischen Voraussetzungen für die Tendenzverwirklichung schaffen⁵⁰. 51

c. Einzelne Tendenzunternehmen

Ein Beispiel für Unternehmen, die **politischen Zielen** dienen, sind die von politischen Parteien für ihre Zwecke gegründeten Unternehmen. Dazu zählen z.B. der Verlag einer Parteizeitung oder von den Parteien getragene Bildungseinrichtungen⁵¹. 52

Eine **koalitionspolitische Zweckbestimmung** haben Unternehmen, die von Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden für ihre Zwecke betrieben werden. Ausgenommen davon sind allerdings gewerkschaftseigene Erwerbsunternehmen wie Wohnungsbaugesellschaften, Konsumvereine oder Banken, weil diese nicht unmittelbar den koalitionspezifischen Zielen dienen⁵². Dies gilt auch für Schulungs- und Weiterbildungseinrichtungen der Koalitionen. U.U. können diese aber erzieherischen Zwecken dienen⁵³. 53

Unternehmen mit **konfessioneller Zweckbestimmung** sind Institutionen wie Missionsvereine oder Familienberatungsstellen⁵⁴. 54

Ein Unternehmen verfolgt einen **karitativen Zweck**, wenn es Dienstleistungen für hilfsbedürftige, insbesondere körperlich, seelisch oder geistig kranke Menschen erbringt. Unerheblich ist, ob die Dienste nachträglich oder vorbeugend geleistet werden⁵⁵. Eine Gewinnerzielungsabsicht schließt 55

48 ErfKomm/*Kania*, § 118 BetrVG, Rn. 7; *Fitting*, BetrVG, § 118 Rn. 14.

49 An der alten Rspr. festhaltend *Löwisch/Kaiser*, § 118 Rn. 19.

50 BAG, vom 15.03.2006 – 7 ABR 24/05, NZA 2006, 1422.

51 BAG, vom 21.07.1998 – 1 ABR 2/98, NZA 1999, 277.

52 *Fitting*, BetrVG, § 118 Rn. 16.

53 BAG, vom 03.07.1990 – 1ABR 36/89, NZA 1990, 904.

54 UHH/*Ulmer/Habersack*, § 1 MitbestG, Rn. 63.

55 ArbG Berlin, vom 25.11.1977- 10 BV 12/77, AP Nr. 9 zu § 118 BetrVG 1972; BayObLG, vom 10.08.1995 – 3 Z BR 149/93, ZIP 1995, 1672 f.