

Keine überraschende Vorabanwendung unter Außerachtlassung der herrschenden Ansicht in der juristischen Literatur

Stellungnahme zu IDW EPS 351 (02.2023)

Einleitung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, zum Entwurf des EPS 351 zur formellen Prüfung der Angaben zur Frauenquote als Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung Stellung nehmen zu können. Wir beziehen uns in unserer Stellungnahme auf die Interpretation des Gesetzes in der Anwendung auf tatsächlich nicht mitbestimmte Gesellschaften.

Das Deutsche Aktieninstitut regt im Wesentlichen an:

1. Keine Anwendung des Standard(entwurf)s vor Inkrafttreten, insbesondere vor Ablauf der Frist zur Stellungnahme.
2. Vertiefere Auseinandersetzung mit der juristischen Literatur zur Frage, wann eine Gesellschaft der „Mitbestimmung unterliegt“. Die herrschende Auffassung in der Literatur wird im Entwurf zur Mindermeinung erklärt.
3. Wenn im Standard auf einen nach den Mitbestimmungsgesetzen „zweifelsfrei“ einzurichtenden Aufsichtsrat einer GmbH abgestellt wird, sollte der Begriff „zweifelsfrei“ auch definiert werden. Nur so kann das Verhältnis zum vom Gesetzgeber zu genau dem Zweck der Klärung vorgesehenen Statusverfahren (analog §§ 98, 99 AktG) aufgelöst werden.
4. Anstelle der Sanktion der Testateinschränkung sollte das mildere Mittel eines Hinweises im Prüfungsbericht überdacht werden.

1 Im Einzelnen

Der Entwurf des IDW Prüfungsstandards regelt die Anforderungen, die der Abschlussprüfer bei der formellen Prüfung der Angaben zur Frauenquote als Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung im Rahmen der Abschlussprüfung zu beachten hat.

1.1 Vorzeitige Anwendung

Im Standard empfiehlt der Hauptfachausschuss (HFA) mit der Begründung, der Entwurf enthalte wichtige Änderungen durch das Zweite Führungspositionen-Gesetz (FüPoG II), die am 12.08.2021 in Kraft getreten sind, eine eigenverantwortliche Berücksichtigung der noch nicht abschließend abgestimmten Berufsauffassung durch die Abschlussprüfer im Rahmen ihres beruflichen Ermessens.

Das bedeutet, dass nach Tz A 29.5 bereits auf Basis des Entwurfs etwa bei fehlenden Beschlüssen über Zielgrößen und Fristen einer Frauenquote und entsprechend fehlenden Angaben im Lagebericht bei Gesellschaften, bei denen ein Statusverfahren zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats eingeleitet werden kann, aber noch nicht eingeleitet wurde, der Bestätigungsvermerk eingeschränkt wird. Dies dürfte die betroffenen Unternehmen **überraschen**. Erstens, weil hier ein Standardentwurf zur Anwendung kommt, für den noch nicht einmal die Stellungnahmefrist abgelaufen ist. Zweitens, weil die als Begründung herangezogenen „wichtigen Änderungen durch das Zweite Führungspositionengesetz“ den Anwendungsbereich, d. h. den Kreis der von den gesetzlichen Regelungen zur Frauenquote betroffenen Gesellschaften sowohl sprachlich als auch inhaltlich unberührt lassen. Und drittens, weil, anders als im Standard dargestellt, die herrschende Meinung in der juristischen Literatur davon ausgeht, dass der Anwendungsbereich der gesetzlichen Bestimmungen zur Frauenquote nur bei tatsächlich bestehendem mitbestimmten Aufsichtsrat eröffnet ist (Ist-Zustand vs. Soll-Zustand).

1.2 Auseinandersetzung mit der juristischen Literatur

Tz. A 29.7 des neuen IDW-Standards (Entwurf) stellt die herrschende gesellschaftsrechtliche Auslegung des Anwendungsbereichs von §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG als scheinbar untergeordnet dar und setzt sich einfach darüber hinweg:

Tz. A 29.7 lautet: „In der Kommentierung zu den §§ 36 und 52 GmbHG wird bezüglich der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch die Auffassung vertreten, dass eine Gesellschaft dann der Mitbestimmung unterliegt,

„wenn auf sie das DrittelbG, das MitbestG, das MontanMitbestG oder das MontanMitbestErgG Anwendung findet“, d.h. ein entsprechender Aufsichtsrat tatsächlich gebildet wurde. Nach dieser Kommentierung ist der tatsächliche Ist-Zustand entscheidend und nicht der Soll-Zustand, d.h. ob eine gesetzliche Verpflichtung hierzu bestand (vgl. stellvertretend Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 36 GmbHG, Rn. 3 und § 52 GmbHG, Rn. 24 ff.). Ausgehend vom Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften ist diese Auffassung für die Beurteilung des Abschlussprüfers, ob bei einer pflichtwidrigen Nichteinrichtung eines nach den Mitbestimmungsgesetzen einzurichtenden Aufsichtsrats einer GmbH eine Einwendung i.S. der Tz. 29 vorliegt, ohne Bedeutung.“

Wir können diese Bewertung der juristischen Literatur ohne inhaltliche Auseinandersetzung und Begründung nicht nachvollziehen. Die Auffassung zur Maßgeblichkeit des tatsächlichen Ist-, nicht des Soll-Zustands für die Anwendbarkeit von §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG wird nicht „auch“, sondern überwiegend vertreten:

Dubovitskaya in beck-online.GROSSKOMMENTAR GmbHG Stand 15.05.2022, § 36 Rn 10:

Die Gesellschaft „unterliegt“ der Mitbestimmung nur dann, wenn sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats mit Arbeitnehmerbeteiligung tatsächlich nachgekommen ist oder wenn im Rahmen eines abgeschlossenen Statusverfahrens festgestellt wurde, dass ein mit Arbeitnehmervertretern zusammengesetzter Aufsichtsrat zu bilden ist. Der gesetzliche „Soll-Zustand“ allein reicht also nicht aus, um § 36 zur Anwendung zu bringen. (Fn 32: Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen Rn. 9; Henssler/Strohn/Oetker Rn. 4; Noack/Servatius/Haas/Noack/Kraft Rn. 3; MüKoGmbHG/Fleischer Rn. 2; Wicke Rn. 3; Scholz/Schneider/Schneider Rn. 6; Fromholzer/Simons AG 2015, 457 (458); Röder/Arnold NZA 2015, 1281 (1282 f.); eingehend Bayer/Hoffmann GmbHR 2017, 441 (443 ff.); Schwarz, Geschlechterquote und Zielgrößenfestlegung in Kapitalgesellschaften, 215 f.) Für diese Interpretation des S. 1 spricht die Tatsache, dass sie für Rechtssicherheit sorgt und zugleich hilft, Konflikte mit einem möglichen Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG zu vermeiden. (Fn 33: Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen Rn. 9 f.; Noack/Servatius/Haas/Noack/Kraft Rn. 3; Noack/Servatius/Haas/Noack § 52 Rn. 332).

Dagegen ist die Gegenseite in der Minderheit (zitiert in beck-online.GROSSKOMMENTAR GmbHG Stand 15.05.2022, § 36 Rn 10):

Die Gegenseite (Fn 34: Bork/Schäfer/Rieble Rn. 6; HK-GmbHG/Lücke/Simon Rn. 4; Mense/Klie, GWR 2015, 441 (442); Steiner NZG 2021, 276 (278) für § 76 Abs. 3a AktG) verweist auf den Wortlaut der Vorschrift („der Mitbestimmung unterliegt“) (Fn 35: S. nur HK-GmbHG/Lücke/Simon Rn. 4) und meint, es gehe dabei um einen bloßen Subsumtionsvorgang, der keine besondere Rechtsunsicherheit mit sich bringe; zudem dürfen Unternehmen, die pflichtwidrig

keinen mitbestimmten Aufsichtsrat eingerichtet hätten, nicht privilegiert werden. (Fn 36: so Steiner NZG 2021, 276 (278))

Bochmann in beck-online.GROSSKOMMENTAR GmbHG Stand 01.01.2023, § 52 Rn 764:

Vereinzelte wird der normative Sollzustand als maßgeblich erachtet. (Fn 1997: Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff Rn. 64b; Steiner, Die Sanktionierung der flexiblen Frauenquote in Großunternehmen, 2018, S. 42). Dafür wird angeführt, dass die auf die Frauenförderung gerichtete Regelung des Abs. 2 in ihrer Existenz unabhängig davon sei, ob die Gesellschaft tatsächlich einen mitbestimmten Aufsichtsrat habe. (Fn 1998: Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff Rn. 64b). Darüber hinaus spreche auch der Wortlaut („ist... zu bestellen“) für die Maßgeblichkeit des Soll-Zustandes. Nach herrschender Sichtweise ist gleichwohl der Ist-Zustand maßgeblich. (Fn 1999: Altmeyden Rn. 50; Noack/Servatius/Haas/Noack Rn. 332; Scholz/Seyfarth Rn. 144; Habersack/Casper/Löbbe/Heermann Rn. 38c; MüKoGmbHG/Spindler Rn. 102a; MHLS/Giedinghagen Rn. 85g; Wicke § 36 Rn. 3; Röder/Arnold NZA 2015, 1281 (1282 f.); Bayer/Hoffmann GmbHR 2017, 441 (443); Fromholzer/Simons AG 2015, 457 (458); zu § 96 Abs. 2 AktG so auch: Seibt DB 2021, 438 (445).) Der Anwendungsbereich des Abs. 2 ist daher nur dann eröffnet, wenn die Gesellschaft tatsächlich einen mitbestimmten Aufsichtsrat eingerichtet hat und dazu nicht nur verpflichtet gewesen wäre. **Für diese Sichtweise spricht insbesondere das – nach § 27 EGAktG auch im Recht der GmbH sinngemäß anzuwendende – Kontinuitätsprinzip nach § 96 Abs. 4 AktG.** (Fn 2000: Noack/Servatius/Haas/Noack Rn. 332; Wicke § 36 Rn. 3; MHLS/Giedinghagen Rn. 85g; Bayer/Hoffmann GmbHR 2017, 441 (443)).

Der Verweis des Standardentwurfs auf den „Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften“ verfährt insoweit u. E. nicht, **zumal sich dieser in den für deren Anwendungsbereich relevanten Passagen durch das FÜPoG II nicht geändert hat.**

Nach wie vor ist in § 289f Abs. 4 HGB von Unternehmen bzw. Kapitalgesellschaften die Rede, die nach den einschlägigen Vorschriften „verpflichtet sind, Zielgrößen für den Frauenanteil und Fristen für deren Erreichung festzulegen.“

Natürgemäß kann nur für Gesellschaften, für die die Verpflichtung zur Zielgrößenfestsetzung angenommen wird, auch die entsprechende Berichtspflicht nach § 289f Abs. 4 HGB gelten, vgl. auch Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023, § 289f Rn. 10:

Erfasst werden insbesondere nicht börsennotierte und nicht kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Europäische Gesellschaften (SE) sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sofern und soweit die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über Zielgrößen auf sie anwendbar sind.

Den Wortlaut der Definition des Kreises der insoweit verpflichteten Gesellschaften ließ das FÜPoG II jedoch in § 36 GmbHG ebenso wie in §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG unberührt. Die erfassten Gesellschaften werden dort unverändert als „Gesellschaften, die der Mitbestimmung unterliegen“ definiert. Ebenso unberührt vom FÜPoG II blieb der Wortlaut der Definition der von § 52 Abs. 2 GmbHG erfassten Gesellschaften („Ist nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ein Aufsichtsrat zu bestellen [...]. Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ein Aufsichtsrat zu bestellen [...].“ **Die herrschende Auffassung wird auch noch nach Einführung des FÜPoG II so vertreten (s.o.), was nicht verwundert, da der Gesetzgeber des FÜPoG II die Gelegenheit gehabt hätte, der Auffassung, die sich zum FÜPoG I gebildet hatte, deutlich in der Begründung entgegenzutreten. Das ist nicht geschehen.**

Auch die Literatur zu § 289f HGB stellt, soweit sie sich überhaupt mit der Frage auseinandersetzt, auf den Ist-, nicht auf den Soll-Zustand der Mitbestimmung ab:

Kleindiek in beck-online.GROSSKOMMENTAR Bilanzrecht Stand 01.06.2022 § 289f Rn 110:

*Auch im Blick auf eine mitbestimmungspflichtige GmbH ist wiederum (dazu schon → Rn. 73, → Rn. 84, → Rn. 93) strittig, ob es für die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen (und damit auch für die Berichtspflicht nach § 289f Abs. 4) allein darauf ankommt, ob der Aufsichtsrat nach einem der Mitbestimmungsgesetze bestellt werden muss, die Gesellschaft also mitbestimmungspflichtig ist (Soll-Zustand) (Fn 146: So etwa Franzmann in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2015, S. 97 (103); Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff GmbHG § 36 Rn. 2 und § 52 Rn. 64b; Mense/Klie GWR 2015, 441 (442); Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider GmbHG § 36 Rn. 6; Schüppen/Walz WPg 2015, 1155 (1157), oder ob er tatsächlich nach diesen Vorgaben bestellt sein muss (Ist-Zustand). (Fn 147: So auch hier die überwiegende Ansicht; s. etwa Bayer/Hoffmann GmbHR 2017, 441 (442); MüKoGmbHG/Fleischer § 36 Rn. 2; Noack/Servatius/Haas/Noack/Kraft GmbHG § 36 Rn. 3; Noack/Servatius/Haas//Noack GmbHG § 52 Rn. 332; Scholz/Seyfarth GmbHG § 52 Rn. 144; MüKoGmbHG/Spindler § 52 Rn. 102a). Die Maßgeblichkeit des Ist-Zustands würde zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschafterversammlung einer (objektiv) dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegenden GmbH von der Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil unter den Geschäftsführern (§ 52 Abs. 2 GmbHG) bis auf Weiteres (Statusverfahren) befreit wäre, wenn in der Gesellschaft gar kein (mitbestimmter) Aufsichtsrat eingerichtet worden ist. **Entsprechendes würde für die Befreiung der Geschäftsführer hinsichtlich der Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer (§ 36 GmbHG) gelten.** Im Blick auf den Zweck der gesetzlichen Vorgaben im FÜPoG und FÜPoG II (→ Rn. 7) ist das gewiss nicht befriedigend. **Es ist freilich die insoweit schlüssige Folge der gesetzlichen Anknüpfung an die Geltung eines der Mitbestimmungsgesetze, deren***

Anwendbarkeit im praktischen Einzelfall durchaus zweifelhaft sein kann; der Klärung dient gerade das Statusverfahren.

Auch die aktienrechtliche Literatur streitet für den Ist-Zustand, z.B. Backhaus/Tielmann, Der Aufsichtsrat, 2023, AktG § 96 Rn. 85, 86, wonach der Kontinuitätsgrundsatz auf alle Fälle anwendbar ist, in denen das AktG auf das Mitbestimmungsregime abstellt (noch § 124 Abs. 2, 127 Satz 3, 250 Abs. 1 Nr. 1, 2 AktG).

Nach § 96 Abs. 4 genießt ein einmal zusammengesetzter Aufsichtsrat Bestandsschutz, bis in einem außergerichtlichen Verfahren (§ 97) oder einem gerichtlichen Verfahren (§§ 98, 99) eine andere Zusammensetzung bestimmt wird (sog. Status quo-Prinzip oder Kontinuitätsgrundsatz). Bis dahin gilt die Zusammensetzung des Aufsichtsrats als rechtmäßig. Dies gilt auch für einen fehlerhaft besetzten Aufsichtsrat (OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 677 (678); Jannot/Gressinger BB 2013, 2120 (2123).) (...) Erst nach ordnungsgemäßer Durchführung des Statusverfahrens kann der Aufsichtsrat nach anderen als den zuletzt angewandten Vorschriften zusammengesetzt werden. Wahlbeschlüsse, die gegen § 96 Abs. 2 verstoßen, sind nichtig (§ 250 Abs. 1 Nr. 1).

Der Kontinuitätsgrundsatz ist vom Wortlaut und historischen Ursprung auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats beschränkt. Trotzdem sind § 96 Abs.-4 und der Kontinuitätsgrundsatz auch auf andere Fälle anwendbar, in denen das AktG auf das Mitbestimmungsregime abstellt. Das umfasst insbesondere die Mindestbeteiligung von Geschlechtern im Vorstand gem. § 74 Abs. 3a, die Zielgrößen gem. § 76 Abs. 4, die Vorschriften zur Bekanntmachung von Wahlvorschriften gem. § 124 Abs 2 und 127 S.3 sowie § 250 Abs. 1 Nr. 1, 2, in denen es auf den Ist-Zustand der Mitbestimmung ankommt (So zu § 76 Abs .4 Grigoleit/Grigoleit § 76 Rn. 1.26; Hölters/Weber/Weber § 76 Rn.83; Koch § 76 Rn. 67; Fromholzer/Simons AG 2015, 457 (458); Röder/Arnold NZA 2015, 1281 (1283); zu §§ 124, 127 BeckOGK/Rieckers § 124 Rn. 16; Grigoleit/Herrler § 124 Rn. 4; Grigoleit/Herrler § 127 Rn. 12; MüKo-AktG/Kubis § 124 Rn. 10; Koch 9 124 Rn. 7; implizit auch K. Schmidt/Lutter/Ziemons § 124 Rn. 56.). Der Zweck des Kontinuitätsgrundsatzes und des Statusverfahrens gelten auch, wenn sich eine Regelung wie bei § 74 Abs. 3a und 4 vordergründig auf den Vorstand bezieht (Backhaus AG 2021, 653 (654); aA Steiner NZG 2021,276 (279)). Der historische Gesetzgeber wollte durch den Kontinuitätsgrundsatz und das Statusverfahren Rechtssicherheit hinsichtlich des Mitbestimmungsregimes und ein einziges Verfahren zum Wechsel desselben schaffen. Es ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen, dass mit diesem System gebrochen werden sollte. Auch bei § 76 Abs. 3a, 4 wird zudem auf das anzuwendende Mitbestimmungsregime angeknüpft, was sich in erster Linie auf den Aufsichtsrat bezieht. In diese Anknüpfung ist auch das Kontinuitätsprinzip hineinzulesen.

Der Standardsetzer sollte mehr Aufwand betreiben, um zu begründen, warum die herrschende Lehre „ohne Bedeutung“ ist.

Die stärkeren Argumente sprechen für die h.M. Dies kommt letztlich auch in Tz. A29.5 des Entwurfs zum Ausdruck, wenn auf einen „zweifelsfrei“ einzurichtenden Aufsichtsrat einer GmbH abgestellt wird. Der Begriff „zweifelsfrei“ sollte definiert werden. Nur so kann das Verhältnis zum vom Gesetzgeber zu genau dem Zweck der zweifelsfreien Klärung vorgesehenen Statusverfahren (analog §§ 98, 99 AktG) aufgelöst werden.

Denn es ist nicht einfach zu bestimmen, dass es schwer abgrenzbar ist, ab **wann eine Gesellschaft in den Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes oder des Mitbestimmungsgesetzes** fällt. Nach § 1 Abs. 1 Drittelbeteiligungsgesetz ist dies dann der Fall, wenn die Gesellschaft „in der Regel“ mehr als 500 Arbeitnehmer hat.

Eine GmbH hat in der Regel dann mehr als 500 Arbeitnehmer, wenn nicht nur an einem Stichtag, sondern über einen Referenzzeitraum hinweg die Schwelle überschritten wird (vgl. dazu BAG Beschluss vom 04.11.2015, 7 ABR 42/13, BAGE 153, 171 Rz. 36; BGH Beschl. v. 17.4.2018 – II ZR 277/16). Bei der Ermittlung der Belegschaftszahl bleiben vorübergehende Schwankungen unberücksichtigt. Entscheidend ist die Zahl der Arbeitnehmer, die für das Unternehmen normalerweise kennzeichnend ist. Es kommt hierbei also auf die bisherige personelle Stärke und eine Prognose über die Entwicklung der Beschäftigtenzahl an (so auch BAG Beschluss vom 04.11.2015, 7 ABR 42/13, BAGE 153, 171 Rz. 36). Nach dem OLG Düsseldorf ist ein Zeitraum von 17 bis 20 Monaten bei der prognostischen Ermittlung der Zahl der Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Die Arbeitnehmerzahlen der Vergangenheit sind dann unerheblich, wenn feststeht, dass sie innerhalb des Referenzzeitraums ständig höher oder niedriger sein werden. Hinsichtlich der künftigen Entwicklung sind jedoch nur solche Änderungen in der Personalstärke zu berücksichtigen, die vom Unternehmen konkret beschlossen wurden (OLG Düsseldorf 9.12.1994 – 19 W 2/94, DB 1995, 277; BGH Beschl. v. 17.4.2018 – II ZR 277/16, BeckRS 2018, 9756 Rn. 16, beck-online; NK-ArbR/Heither, 2. Aufl. 2023, DrittelbG § 1 Rn. 28 und MitbestG § 1 Rn. 11 ff.).

Nach dem Entwurf des IDW EPS 351 hätte der Abschlussprüfer nun im Rahmen seiner Prüfung zu entscheiden, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind; er müsste also die entsprechende Prognoseentscheidung treffen. Dies erscheint nicht sachgerecht. Diese Entscheidung kann nur von der Gesellschaft getroffen werden.

Dass bei Abstellen auf den Soll-Zustand und tatsächlichem Fehlen eines Aufsichtsrats keine Frauenzielquoten für einen nicht vorhandenen Aufsichtsrat festgelegt werden können, versteht sich von selbst. Weshalb nach Tz. A29.6 des Entwurfs aber in diesem Fall das Fehlen von Angaben zur Frauenquote im Hinblick auf den Aufsichtsrat – anders als das Fehlen von Frauenzielquoten für die Geschäftsführung und die beiden Ebenen darunter – nicht zu einer Einschränkung

des Prüfungsurteils zum Lagebericht führt, bleibt fraglich und ist überdies widersprüchlich.

1.3 Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung

Gegen die Auffassung des Entwurfs streitet auch die kürzlich publizierte Entscheidung des BAG, Beschl. v. 09.02.2023 – 7 ABR 6/22, wonach das Statusverfahren notwendige Voraussetzung für die erstmalige Einrichtung eines mitbestimmten Aufsichtsrats ist. Wenn das Unternehmen aber ohne Status- und Überleitungsverfahren gar keine Mitbestimmung einrichten kann (!), fehlt die Grundlage für eine Beanstandung durch den Prüfer.

1.4 Klarstellungshinweis

In Randzeichen 9 des Entwurfs zu IDW EPS 51 liest sich die Eingangsformulierung so, als ob sämtliche paritätisch mitbestimmte Gesellschaften unter § 76 Abs. 3a AktG fallen, also auch so genannten MgVG-Gesellschaften (also Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind und dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) unterliegen). Dies ist jedoch nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht der Fall, der spezifische Formen der paritätischen Mitbestimmung ausdrücklich adressiert (MitbestG, Montan-Mitbestimmungsgesetz etc.). MgVG-Gesellschaften fallen gerade nicht darunter, siehe zur wortlautgetreuen Auslegung des § 76 Abs. 3a AktG etwa:

Fleischer, Beck-Online Großkommentar zum AktG, Stand: 1.4.2023, § 76, Rn. 160 :
„Zusätzlich muss für die börsennotierten Unternehmen das MitbestG, das MontanmitbestG oder das MitbestErG „gelten“. Nicht erfasst werden demnach Gesellschaften, die dem DrittelBetG unterfallen. [FN 729] Gleiches gilt für Gesellschaften mit unternehmensspezifischen Mitbestimmungsvereinbarungen.“

Seibt, DB 2021, 438, 441: *„Nicht ausreichend ist eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Arbeitnehmervertretern dadurch, dass diese [...] oder wegen einer sog. statusändernden Mitbestimmungsvereinbarung besteht“.*

Wir bitten daher darum, in Randzeichen 9 zu konkretisieren, welche Formen der paritätischen Mitbestimmung durch § 76 Abs. 3a AktG erfasst werden. Dies wurde etwa in Randzeichen 11 des Entwurfs so gehandhabt, dort bezogen auf § 36 GmbHG.

2 Fazit

Die Anwendung der herrschenden Literaturansicht unvermittelt und ohne inhaltliche Auseinandersetzung abzulehnen und mit der Sanktion der Testateinschränkung zu belegen, ist u. E. nicht sachgerecht und nicht angemessen. Dies gilt umso mehr, als es sich bei EPS 351 um einen Entwurf handelt, für den noch nicht einmal die Frist zur Stellungnahme (31. Juli 2023) abgelaufen ist.

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, die Auseinandersetzung mit der juristischen Literatur zur Frage, wann ein Unternehmen „der Mitbestimmung unterliegt“ zu vertiefen, die Sanktion der Testateinschränkung anstelle des mildereren Mittels eines Hinweises im Prüfungsbericht zu überdenken und von einer Empfehlung zur Vorabanwendung des Standardentwurfs abzusehen.

Kontakt

Dr. Cordula Heldt
Leiterin Corporate Governance und
Gesellschaftsrecht
Telefon +49 69 92915-22
heldt@dai.de

Büro Frankfurt:
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main

EU-Verbindungsbüro:
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Rue Marie de Bourgogne 58
1000 Brüssel

Hauptstadtbüro:
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Alte Potsdamer Straße 5, Haus Huth
10785 Berlin

Lobbyregister Deutscher Bundestag: R000613
EU-Transparenzregister: 38064081304-25
www.dai.de

Das Deutsche Aktieninstitut setzt sich für einen starken Kapitalmarkt ein, damit sich Unternehmen gut finanzieren und ihren Beitrag zum Wohlstand der Gesellschaft leisten können.

Unsere Mitgliedsunternehmen repräsentieren über 85 Prozent der Marktkapitalisierung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Wir vertreten sie im Dialog mit der Politik und bringen ihre Positionen über unser Hauptstadtbüro in Berlin und unser EU-Verbindungsbüro in Brüssel in die Gesetzgebungsprozesse ein.

Als Denkfabrik liefern wir Fakten für führende Köpfe und setzen kapitalmarktpolitische Impulse. Denn von einem starken Kapitalmarkt profitieren Unternehmen, Anleger und Gesellschaft.