

---

## Kommentar

Dr. Clemens Latzel, München\*

### Ewige Ungleichbehandlung? Zur Drittelmitbestimmung nach Gründungszeit

Kommentar zu BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279

*Drei Richter am BVerfG halten die Gnade der späten Geburt für Aktiengesellschaften, die nach dem 9.8.1994 das Licht der Welt erblickt haben und deshalb erst bei mehr als 500 Beschäftigten drittelmitbestimmt sind, für verfassungskonform. Die Nichtannahmeentscheidung der Kammer zeugt von Unlust, arbeitsrechtliche Fragen überhaupt noch dem Senat vorzulegen – entsprechend angreifbar ist ihre Begründung.*

#### I. Mitbestimmung nach Gründungszeitpunkt

Man kennt das von Dauerschuldverhältnissen im Massenverkehr (Mobilfunk, Internetanschluss, Bankkonto): Die Vertragsbedingungen der Kunden eines Anbieters variieren nach dem Zeitpunkt ihres Vertragsschlusses, weil spätere Vergünstigungen an Bestandskunden nicht weitergegeben werden. Vergleichbar gestaltet sich die Unternehmensmitbestimmung bei Aktiengesellschaften mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG): Wurde die Aktiengesellschaft vor dem 10.8.1994 ins Handelsregister eingetragen, muss sie ein Drittel ihrer Aufsichtsratssitze für Arbeitnehmervertreter reservieren (sofern sie keine Familiengesellschaft ist);<sup>1</sup> wenn die Aktiengesellschaft ab dem 10.8.1994 eingetragen wurde, ist sie mitbestimmungsfrei. Alt-Aktiengesellschaften als „Bestandskunden“ des deutschen Gesellschaftsrechts profitieren nicht von der Erleichterung für die „Neukunden“ –

auch nicht nach Ablauf eines Übergangszeitraums. Ist das mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar? Eine Kammer des BVerfG meint „ja“<sup>2</sup> – wie schon zuvor das LG Dortmund<sup>3</sup> und das OLG Düsseldorf.<sup>4</sup> Dem kann nicht gefolgt werden.

#### II. Gleichbehandlungsdogmatik

##### 1. Karlsruher Flexibilität

In der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich für jedes gewünschte Ergebnis ein passender Maßstab finden.<sup>5</sup> Dogmatische Wattenberge haben das Grundrecht nicht gerade vorangebracht. Vor allem durch die Wahl des Kontrollmaßstabs werden Ungleichbehandlungen auf das „richtige“ Gleis gesetzt: Ist die Gleichbehandlung gewollt, dann bietet sich die (notfalls „strenge“) Verhältnismäßigkeitskontrolle an; erscheint die Beseitigung einer Ungleichbehandlung momentan nicht politisch opportun, ist zur Willkürkontrolle zu greifen.<sup>6</sup> Freilich sind die Grenzen fließend,<sup>7</sup> ja hat das BVerfG 2011

---

\* Der Autor ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG ergibt eine „Mitbestimmungslücke“ für Alt-Gesellschaften mit genau 500 Arbeitnehmern, ist aber als Redaktionsversehen lückenschließend auszulegen, Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, 3. Aufl. 2013, § 1 DrittelbG Rz. 17.

2 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279.

3 LG Dortmund v. 25.2.2010 – 18 O 49/09 AktE, juris.

4 OLG Düsseldorf v. 27.7.2011 – 1-26 W 7/10, AG 2011, 753.

5 Vgl. Pietzcker in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 40 ff.: „Flexibilität“.

6 Nach eigener Recherche (via juris) hat das BVerfG zwischen 2011 und 2013 bei 57 Anwendungen der Willkürkontrolle (auch „keine strenge Bindung“, „zurückgenommener/großzügiger Prüfungsmaßstab“ u.Ä.) zwar 19 Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt, davon aber 18 wegen willkürlicher Anwendung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte; 13 Mal wurden mehr oder weniger „strenge“ Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe angelegt, die bis auf eine Ausnahme allesamt einen Gleichheitsverstoß begründeten; in fünf Fällen wurde ein Gleichheitsverstoß negiert, ohne einen Prüfungsmaßstab zu konkretisieren.

7 Pietzcker in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 45 ff.

das Stufen-Denken ganz aufgeben.<sup>8</sup> Doch unverändert determiniert die (nunmehr flexibilisierte) Wahl des Prüfungsmaßstabs das Ergebnis. Hier hat die *Kammer* angesichts des geringen personalen Bezugs der Unternehmensmitbestimmung – prinzipiell zu Recht<sup>9</sup> – zu einem mittleren Maßstab tendiert, um aber dann – in Gerichtstradition<sup>10</sup> – doch nur bei der Willkürformel zu landen.<sup>11</sup>

## 2. Exkurs: Drei-Richter-Verfassungsgericht

Willkommener Nebeneffekt des „flexiblen“ Gleichheitsprüfungsmaßstabs: Die „für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage“ ist irgendwie stets „durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden“. Damit ist nach § 93c Abs. 1 BVerfGG mit der *Kammer* ein drei-köpfiges Richterremium befugt, alle irgendwie gleichheitswidrigen Fachgerichtsentscheidungen zu kassieren,<sup>12</sup> ohne dass ein *Senat* den Gleichheitsmaßstab für die konkrete Rechtsfrage bereits festgelegt haben muss.

Richtig nett wird es, wenn eine *Kammer* gem. § 93b, § 93d Abs. 1 BVerfGG Gesetze qua Nichtannahmebeschluss für verfassungskonform erklärt und das nicht einmal begründen muss. Der Nichtannahmebeschluss ist zwar eigentlich keine Entscheidung in der Sache, hat keine materielle Rechtskraft und die Verfassungsbeschwerde bleibt formal unentschieden.<sup>13</sup> Doch wenn die Verfassungsbeschwerde – wie hier – *mangels Erfolgsaussichten* nicht zur Entscheidung angenommen und das involvierte Gesetz unrelativiert als „mit dem Grundrecht des Beschwerdeführers [...] vereinbar“ erklärt wird<sup>14</sup> (am besten noch via Pressemitteilung)<sup>15</sup>, ist die Messe in Karlsruhe gelesen.<sup>16</sup>

## 3. Entscheidend: tatsächengerechte Differenzierung

Um den Kern des Gleichheitssatzes kommt aber kein Maßstab umhin: Tatsächliche Ungleichheiten müssen *ihrer Eigenart entsprechend* rechtlich ungleich behandelt werden<sup>17</sup> – und tatsächliche Gleichheiten *vice versa*.<sup>18</sup> Es genügt nicht, auf irgendwelche Unterschiede zwischen

zwei Sachverhalten hinzuweisen, um damit irgendeine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Eine der Sache angemessene Ungleichbehandlung erfordert indes eine präzise Wahrnehmung der Wirklichkeit sowie eine *daran anknüpfende* rechtliche Differenzierung.<sup>19</sup> Der Gleichheitssatz wird deswegen auch als „Begründungsgebot“ bezeichnet, freilich ohne damit materiell etwas anderes auszudrücken,<sup>20</sup> sondern vielmehr als Appell an die intellektuellen Kapazitäten.

## 4. Relativitätsgrundsatz und Gleichbehandlung in der Zeit

Wenn eine Ungleichbehandlung zu Besser- und Schlechtergestellten (und nicht nur Andersgestellten) führt,<sup>21</sup> ist ihre jeweilige Behandlung im Verhältnis zueinander getrennt zu prüfen<sup>22</sup> (Relativitätsgrundsatz). Vermengt man die Relationen und rechtfertigt „über Kreuz“ die Schlechterstellung der einen Gruppe mit dem Sachgrund für die Besserstellung der anderen Gruppe (und *vice versa*) – wie hier die *Kammer* und das OLG Düsseldorf<sup>23</sup> – wird sachwidrig differenziert und Art. 3 Abs. 1 GG ausgehebelt.

### a) Doppelt- und einfachtragende Sachgründe

Eine differenzierte Prüfung von Besser- und Schlechterstellung ist bei doppeltragenden Sachgründen entbehrlich, die typischerweise aus natürlichen, d.h. außerrechtlichen Unterschieden abgeleitet werden können. So ist die Helmpflicht für Motorradfahrer durch ihre hohe Geschwindigkeit und ihr erhöhtes Verletzungsrisiko ebenso gerechtfertigt, wie die rechtlich-relative Besserstellung der helmbefreiten Fahrradfahrer durch ihre langsamere Geschwindigkeit und ihr geringeres Verletzungsrisiko.<sup>24</sup> Anders ist es bei einfachtragenden Sachgründen, wie sie typischerweise aus rein politischen Entscheidungen herühren: Die gewollte rechtliche Besserstellung einer Gruppe rechtfertigt nicht *eo ipso* die Nicht-Besserstellung einer anderen Gruppe, die bis auf die rechtlich (also künstlich) geschaffene Differenz der ersten Gruppe gleich ist.<sup>25</sup> Die rechtliche Differenzierung als Sachgrund ihrerseits anzuführen, wäre ein klassischer Zirkelschluss.

### b) Gleichbehandlung bei Rechtsänderungen

Einfachtragende Sachgründe liegen vor allem Rechtsänderungen zugrunde. Zwar legitimiert politischer Wille prinzipiell zu jeder Änderung der Rechtslage,<sup>26</sup> doch „ent-

8 BVerfG v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07 – Mediziner-BAföG, NVwZ 2011, 1316; zust. *Kischel* in Epping/Hillgruber, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 28, 45 ff.

9 Vgl. *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 53 ff.

10 *Kischel* in Epping/Hillgruber, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 46.

11 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 37.

12 *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl. 2013, Rz. 1001 – für das Willkürverbot.

13 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rz. 268.

14 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 16.

15 Aus jüngster Zeit nur BVerfG v. 3.3.2014 – 1 BvR 1128/13 – Urteilsveröffentlichung, Pressemitteilung 31/2014 v. 2.4.2014; v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – Flashmob, Pressemitteilung 34/2014 v. 9.4.2014; v. 26.3.2014 – 1 BvR 1133/12 – Pflegegeld, Pressemitteilung 36/2014 v. 26.3.2014.

16 Ebenso *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (869).

17 BVerfG v. 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374 (388); v. 18.12.2012 – 1 BvL 8/11 u.a. – Selbsttitulierung, NJW 2013, 1797 – Rz. 50.

18 *Pietzcker* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 16 ff.

19 *Pietzcker* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 13; *Osterloh* in Sachs, 6. Aufl. 2011, Art. 3 GG Rz. 103.

20 *Pietzcker* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 12.

21 Das soll eine Anwendungsvoraussetzung von Art. 3 Abs. 1 GG sein, *Osterloh* in Sachs, 6. Aufl. 2011, Art. 3 GG Rz. 84; dagegen *Kischel* in Epping/Hillgruber, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 19.

22 Vgl. *Kischel* in Epping/Hillgruber, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 20.

23 Dazu unten III.

24 Vgl. *Pietzcker* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 37.

25 Vgl. BVerfG v. 27.10.1970 – 1 BvR 51/68 u.a., BVerfGE 29, 283 (298 f.).

26 *Dürig* in Maunz/Dürig, Loseblatt (Grundwerk 1973), Art. 3 Abs. 1 GG Rz. 211; zu den Grenzen des politischen Spielraums: *Pietzcker*

scheidend ist im Blick auf Art. 3 nicht so sehr der Zeitpunkt des normativen Wechsels, als vielmehr der Ablösungsvorgang von altem und neuem Recht.<sup>27</sup> Wie das BVerfG schon 1976 entschieden hat, verlangt die Rechtssicherheit eine klare schematische Abgrenzung zwischen altem und neuem Recht, die zwangsweise dem „Ideal der Rechtsgleichheit“ widerspricht.<sup>28</sup> Die „Übergangslösung“ muss sich deshalb „im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung durch sachliche Gründe rechtfertigen“ lassen.<sup>29</sup>

### c) Sachliche Ungleichbehandlungen bei Rechtsänderungen

Rechtsänderungen können zu Ungleichbehandlungen führen, wenn der Gesetzgeber die materielle Reichweite der Änderung unsachlich bestimmt, ja dadurch womöglich sogar Differenzierungsgründe zerstört, die das System<sup>30</sup> bislang getragen haben. So steht es dem Gesetzgeber zwar frei, Sachgebiete ohne besonders hohen Beratungsbedarf und mit ausreichend privaten Beratungsmöglichkeiten von der staatlich finanzierten Beratungshilfe auszunehmen. Doch hat er sich mit *Aufnahme* des Sozialrechts in die Beratungshilfe des Sachgrundes beraubt, das Steuerrecht weiterhin *auszunehmen*, weil er damit die Beschränkung der Beratungshilfe auf Sachgebiete mit besonders hohem Beratungsbedarf und geringen anderweitigen Beratungsmöglichkeiten aufgegeben hat.<sup>31</sup>

### d) Zeitliche Ungleichbehandlungen bei Rechtsänderungen

Jede Rechtsänderung tritt eines Tages in Kraft mit der Folge, dass am Tag zuvor noch anderes Recht galt – Stichtagsregelungen sind unumgänglich.<sup>32</sup> Während bei *vorübergehenden* Rechtsänderungen zeitliche, räumliche oder sachliche Differenzierungen legitim sind, solange der Erprobungszweck trägt und am absehbaren Ende (wieder) die Gleichbehandlung steht,<sup>33</sup> sind Ungleichbehandlungen infolge *dauerhafter* Rechtsänderungen aus der Sache heraus zu rechtfertigen. Deshalb ist etwa die steuerliche Besserstellung von Hundehaltern, die bis zu einem Stichtag ihren Kampfhund angemeldet haben, ebenso begründungsbedürftig wie die rechtlich-relative Schlechterstellung von Haltern, die ihren Kampfhund nach dem Stichtag anmelden. Beide Haltergruppen sind bis auf den Zeitpunkt der Anmeldung ihres Tieres gleich. Die Erhöhung

der Kampfhundesteuer ist politisch gerechtfertigt, die Besserstellung der früherangemeldeten Kampfhunde aber isoliert zu rechtfertigen.<sup>34</sup>

## III. Ungleichbehandlung von Alt- und Neu-Aktiengesellschaften

Die stichtagsbezogene Ungleichbehandlung von Alt- und Neu-Aktiengesellschaften ist eine rechtlich-künstliche Differenzierung. Getreu dem soeben vorgestellten Relativitätsgrundsatz müssen daher die Besserstellung der Neu-Aktiengesellschaften (dazu 1.) und die Schlechterstellung der Alt-Gesellschaften (dazu 2.) getrennt gerechtfertigt werden. Entsprechend differenziert hat hier nur das LG Dortmund;<sup>35</sup> die *Kammer* des BVerfG<sup>36</sup> hat hingegen – wie auch das OLG Düsseldorf<sup>37</sup> – die Relationen vermischt, um zum gewünschten Ergebnis zu gelangen.

### 1. Mitbestimmungsfreiheit als legitimes Lenkungsinstrument

Zweifelsohne kann ein Gründungsanreiz Aktiengesellschaften, die am Stichtag bereits gegründet sind, nicht mehr erreichen.<sup>38</sup> Der politische Wille, die Schwelle für die Drittelbeteiligung bei Aktiengesellschaften (wie schon seit jeher bei der GmbH) von fünf<sup>39</sup> auf 501 Arbeitnehmer anzuheben, um die Gründung von Aktiengesellschaften attraktiver zu machen, ist mangels eines Grundrechts auf Mitbestimmung<sup>40</sup> und als Abmilderung des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit der Aktionäre<sup>41</sup> rechtlich nicht zu beanstanden.

Dafür ist auch – wie schon das LG festgestellt hat<sup>42</sup> – die Anknüpfung an Aktiengesellschaften, die ab dem 10.8.1994 (Tag des Inkrafttretens der Gesetzesänderung) ins Handelsregister eingetragen werden, zumindest nicht ungeeignet. Zwar werden durch die Anknüpfung an die *Eintragung* auch bereits in Gründung befindliche, aber erst nach dem Stichtag eingetragene Aktiengesellschaften privilegiert,<sup>43</sup> doch ist das als gesetzgeberische „Typisierungsungenauigkeit“ hinzunehmen, obgleich auch die *Anmeldung* der Handelsregistereintragung ähnliche Rechtssicherheit bei geringerer Zielverfehlung versprochen hätte. Da der personale Bezug der Unternehmensmitbestim-

in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 28 f.

27 Dürig in Maunz/Dürig, Loseblatt (Grundwerk 1973), Art. 3 Abs. I GG Rz. 218.

28 BVerfG v. 8.12.1976 – 1 BvR 810/70 u.a., NJW 1977, 1677 (1678).

29 BVerfG v. 8.12.1976 – 1 BvR 810/70 u.a., NJW 1977, 1677 (1678); vgl. BVerfG v. 1.4.2014 – 2 BvL 2/09 – Mantelkäufe, juris – Rz. 50: „sachlich vertretbar erscheint“.

30 Zur „Systemgerechtigkeit“: *Kischel* in Epping/Hillgruber, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 96; *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 44 f.

31 BVerfG v. 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06, NJW 2009, 209 (Rz. 47, 55).

32 *Pietzcker* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rz. 91.

33 Eingehend *Stettner*, NVwZ 1989, 806 ff.

34 Kassiert durch OVG Münster v. 16.12.2004 – 14 A 1820/03, NVwZ 2005, 607. Zur (gerechtfertigten) Ungleichbehandlung durch § 23 Abs. 1 KSchG: BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 840/05, NZA 2007, 438 – Rz. 37 ff.; v. 27.11.2008 – 2 AZR 790/07, NZA 2009, 484 – Rz. 15 ff.

35 LG Dortmund v. 25.2.2010 – 18 O 49/09 AktE, juris – Rz. 17, aber den Bestandsschutz explizit ausklammernd.

36 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 42 f., anders noch bei Rz. 25.

37 OLG Düsseldorf v. 27.7.2011 – I-26 W 7/10 (AktE), AG 2011, 753 – Rz. 60.

38 LG Dortmund v. 25.2.2010 – 18 O 49/09 AktE, juris – Rz. 17.

39 BGH v. 7.2.2012 – II ZB 14/11, AG 2012, 288 – Rz. 14 ff.; zum Streitstand bis dato: *Habersack* in Ulmer/Habersack/Henssler, 3. Aufl. 2013, § 1 DrittelbG Rz. 17 m.w.N.

40 Eingehend *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 165 ff.

41 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 17 ff.

42 LG Dortmund v. 25.2.2010 – 18 O 49/09 AktE, juris – Rz. 17.

43 Das Registergericht muss die Eintragung zunächst zeitintensiv prüfen (§ 38 AktG).

mung gering ist, muss hier nicht – wie vom BVerfG im Sozialrecht exemplifiziert – nach „sachgerechteren“<sup>44</sup> als den vom Gesetzgeber gewählten Lösungen gesucht werden.

Das LG hat aber übersehen und die *Kammer* durch ihre Mischbetrachtung verschleiert, dass die mit der Mitbestimmungsfreiheit beabsichtigte Lenkungswirkung nicht die Schlechterstellung bereits bestehender Aktiengesellschaften verlangt. Kämen auch die bestehenden Gesellschaften in den Genuss der Mitbestimmungsfreiheit, würden dadurch Neugründungen nicht unattraktiver. Die Mitbestimmungsfreiheit für Neu-Gesellschaften rechtfertigt also die unveränderte Mitbestimmung für Alt-Gesellschaften nicht. Wie leicht sich eine Alt-Gesellschaft durch doppelten Formwechsel in eine mitbestimmungsfreie Neu-Gesellschaft „verjüngen“ kann,<sup>45</sup> ist für Art. 3 Abs. 1 GG irrelevant.<sup>46</sup>

## 2. Bestandsschutz als temporärer Sachgrund

Die Schlechterstellung der Alt-Aktiengesellschaften durch ihre unveränderte Drittelmitbestimmung war nur solange legitim, wie der bei ihnen praktizierten Mitbestimmung Rechnung zu tragen war.

### a) Mitbestimmungsbestand und Mitbestimmungswandel

Die Ungleichbehandlung „gleichmontaner“ Unternehmen nach § 16 MontanMitbestErgG (divergierende Montan-Wertschöpfungsquoten für Beginn und Ende der Montanmitbestimmung) hat das BVerfG damit gerechtfertigt, dass „der Gesetzgeber die Unterschiede im Mitbestimmungsstatut [zwischen MontanMitbestErgG und MitbestG] nicht tiefgreifend ausgestaltet hat, ferner dem Ziel der Kontinuitätswahrung hohen Rang beimessen durfte und schwerwiegende Verzerrungen des Wettbewerbs aufgrund der unterschiedlichen Organisationsstruktur, die infolge der Regelung gilt, nicht befürchten musste“.<sup>47</sup> Nachdem *Detlev Joost* die schwere Wettbewerbsverzerrung durch die divergierende Mitbestimmung bei Alt- und Neu-Aktiengesellschaften überzeugend dargelegt hat<sup>48</sup> und die Unterschiede zwischen *Nicht-* und *Drittelbeteiligung* sehr wohl tiefgreifend sind, bleibt von den Argumenten des BVerfG hier nur die Kontinuitätswahrung.

Die *Kammer* sieht es von der „weiten Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers gedeckt, „dass sich in den vor dem Stichtag eingetragenen Aktiengesellschaften die Regelung bewährt und dort zu keinen Problemen geführt hat [...], weshalb ihr Fortbestand in diesen Gesellschaften schützenswert sei“.<sup>49</sup> Das OLG wurde konkreter und hielt

es für „naheliegend“, „dass es durch eine Änderung der Mitbestimmungsregeln bei einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft zu erheblicher Unruhe in dem Unternehmen kommen und der Betriebsfrieden nachhaltig gestört werden könnte“.<sup>50</sup> Unbestritten war die Mitbestimmungspraxis bei Alt-Gesellschaften, die im Einzelfall am Stichtag schon bis zu 42 Jahre währte, bei der Rechtsänderung zu beachten.

Aber die Mitbestimmung ist keinem Unternehmen angeboren. Der Gesetzgeber hat zum rechtssicheren Übergang in die Mitbestimmung hinein, aus ihr heraus oder von einem zum anderen Mitbestimmungsstatut das Statusverfahren nach §§ 97 f. AktG eingerichtet. Das Verfahren endet mit einer sechsmonatigen Übergangszeit (§ 98 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 97 Abs. 2 AktG), damit das Unternehmen genügend Zeit hat, um sich geordnet auf das fortan geltende Mitbestimmungsmodell (oder die Mitbestimmungsfreiheit) vorzubereiten. Droht das Mitbestimmungsniveau durch mehr oder weniger abrupte Änderungen abzufallen, ordnet der Gesetzgeber teilweise besondere Übergangszeiten an (§ 325 Abs. 1 UmwG, § 1 MitbestBeiG, § 16 MontanMitbestErgG).<sup>51</sup> Auch noch so lang aufgebaute Mitbestimmungspraxis findet also ihr Ende – die Frage ist nur wann.

### b) Nur Schutz praktizierter Mitbestimmung

Wer Mitbestimmungskontinuität wahren will, muss an Mitbestimmung anknüpfen. Doch Mitbestimmung verlangt die Stichtagsregel überhaupt nicht, sondern nur eine *Handelsregistereintragung*. Die steht aber in keinem Zusammenhang zur Mitbestimmung bei der Aktiengesellschaft, denn das Mitbestimmungsstatut wird nicht ins Handelsregister eingetragen. Selbst wenn man die Aktiengesellschaften, die (auch angesichts von § 2 Abs. 2 DrittelbG) stets weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigten und folglich nie Mitbestimmung praktiziert haben, als Kollateralschäden gesetzgeberischer „Typisierungsunge nauigkeit“ hinnähme, kann man das bei den Familiengesellschaften nicht mehr: Wie *Martin Henssler* aufgezeigt hat, ist es vollends irrational, warum am Stichtag *mitbestimmungsfreie* Familiengesellschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG), die nach dem Stichtag ihre Eigenschaft als Familiengesellschaft verlieren – also normalen Neu-Aktiengesellschaften gleich werden – dann gleichwohl *mitbestimmt* sind.<sup>52</sup> Wie eine Kampfhundesteuer, die nach dem *Tag der Anmeldung* des Tieres (nicht etwa seiner Gefährlichkeit) differenziert, willkürlich ist,<sup>53</sup> ist Bestandsschutz für Mitbestimmung, der nach dem *Tag der Handelsregistereintragung* (nicht etwa nach der bis dato praktizierten Mitbestimmung) differenziert, willkürlich.

44 BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – ALG II, NJW 2010, 505 – Rz. 185.

45 *Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, 3. Aufl. 2013, § 1 DrittelbG Rz. 10, hält das für „Gestaltungsmisbrauch“.

46 Vgl. *Kischel* in *Epping/Hillgruber*, 2. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rz. 60.

47 BVerfG v. 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – Mannesmann, BVerfGE 99, 367 (399) = AG 1999, 220.

48 *Joost* in *FS Richardi*, 2007, S. 573 (582).

49 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 43.

50 OLG Düsseldorf v. 27.7.2011 – I-26 W 7/10 (AktE), AG 2011, 753 – Rz. 61.

51 Dazu *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 304 ff.

52 *Henssler*, ZfA 2000, 241 (260); ebenso *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 316 ff.

53 Dazu oben II.4.d).

### c) Bestandsschutzverbrauch ab Stichtag

Überdies ist nur die *bis zum Stichtag* praktizierte Mitbestimmung schützenswert. Der Gesetzgeber hat mit der Rechtsänderung zu erkennen gegeben, dass er generell Kapitalgesellschaften mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern mitbestimmungsfrei stellen will und damit auch den Sachgrund für die Mitbestimmungspflicht kleiner Aktiengesellschaften (auch im Gegensatz zu kleinen GmbH)<sup>54</sup> zerstört – wie die *Aufnahme* des Sozialrechts in die Beratungshilfe den Sachgrund für die fortbestehende *Ausnahme* des Steuerrechts zerstört hat.<sup>55</sup>

Daher stellt sich seit dem 10.8.1994 nicht mehr die Frage *ob*, sondern nur noch *ab wann* der Betriebsfrieden durch das Ende der Drittelmitbestimmung nicht mehr ernsthaft gefährdet wird. Die Dauer des Bestandsschutzes ist prinzipiell eine Frage politischen Ermessens. Allerdings verbraucht sich der bis zum Stichtag aufgebaute Bestandsschutz seither. Die ab dem Systemwechsel praktizierte Mitbestimmung begründet keinen neuen Bestandsschutz: Das Übergangsrecht zur Perpetuierung seiner selbst zu machen, wäre zirkulär.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hätte die bis zum Stichtag gewählten Arbeitnehmervertreter ihre Mandate noch wahrnehmen lassen können oder in Anlehnung an § 325 Abs. 1 UmwG die Drittelbeteiligung bei (am Stichtag tatsächlich mitbestimmten) Alt-Gesellschaften für fünf Jahre fortschreiben können, sofern nicht die Be-

legschaftsgröße vorher unter 125 sinkt. Jedenfalls 20 Jahre später ist der bis 1994 aufgebaute Mitbestimmungsbestand verbraucht.<sup>57</sup>

### IV. Fazit

Ungleichbehandlungen sind sowohl als Besser- als auch als Schlechterstellungen zu rechtfertigen. Will der Gesetzgeber die Drittelmitbestimmung bei Aktiengesellschaften mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern aufheben, aber bereits bestehende Gesellschaften mitbestimmungspflichtig lassen, kann er insofern nicht das Ziel der Attraktivitätssteigerung anführen; das rechtfertigt nur die Besserstellung der Neu-Gesellschaften. Auch Bestandsschutzerwägungen tragen die Schlechterstellung der Alt-Gesellschaften nicht (mehr), weil die Stichtagsregelung überhaupt keine Mitbestimmungspraxis verlangt und auch kein Ende kennt. § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Anders sieht das eine *Kammer* des BVerfG; intellektuelle Kapazitäten hat sie mit ihrer Begründung der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde aber nicht verschwendet. Der Beschluss zeugt vielmehr von programmierter Unlust, mit den wenigen arbeitsrechtlichen Fragen, die noch nicht vom EuGH entschieden werden, überhaupt noch einen *Senat* zu behelligen.<sup>58</sup>

54 A.A. BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11, AG 2014, 279 – Rz. 47.

55 Dazu oben II.4.c).

56 *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 325.

57 Das meinte *Henssler*, ZfA 2000, 241 (260), bereits im Jahre 2000.

58 Ebenso BVerfG v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – Flashmob, DB 2014, 956.