



Schriftliche Stellungnahme
Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 7. November 2022 um 15:15 Uhr
zum

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

Siehe Anlage

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

I. Ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben

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

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

Jenes Verhandlungsmodell ist „Markenzeichen“ des europäischen Mitbestimmungsrechts, wonach zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite grundsätzlich eine Vereinbarung über die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer geschlossen wird. Nur im Ausnahmefall kommt eine gesetzliche Auffanglösung zur Anwendung, die sich in der Regel am zuvor geltenden Niveau der Arbeitnehmerbeteiligung orientiert. Dieses, in der Europäischen Betriebsrat-RL erstmals angewandte europäische Verhandlungsmodell, wurde von der *Davignon*-Gruppe⁴ aufgegriffen und ermöglichte mit dem Kompromiss von Nizza im Jahr 2000 eine Einigung der Mitgliedstaaten in der streitigen Frage der Mitbestimmung in der SE. Die

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

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

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

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

Arbeitnehmerbeteiligung nach der Beteiligungs-RL von 2001 bildete wiederum die Grundlage für die SCE-RL von 2003.⁵

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

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

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

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

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

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

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

II. Umsetzung und Kritik an der Grundstruktur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1 MgFSG besitzt kein Vorbild in der GesR-RL und auch die Beteiligungs-RL enthält eine vergleichbare Vorschrift nicht. Parallelvorschriften existieren zwar bereits in § 1 SEBG und § 1 MgVG, auch diese Parallelnormen sind letztlich jedoch überflüssig, ohne klaren Erkenntnisgewinn und ohne Anordnung einer eindeutigen Rechtsfolge.¹² Andere Länder, wie etwa Frankreich, haben auf vergleichbare Vorschriften bei der Umsetzung der GesR-RL verzichtet. Auch die Auslegungsregeln der § 1 Abs. 3 MgVG und § 1 Abs. 2 S. 2 MgFSG sind bedenklich.¹³ Es scheint, als solle der Wille des Unionsgesetzgebers in rechtlich bindender Weise interpretiert werden, wozu aber die mitgliedstaatliche Kompetenz fehlt.¹⁴ Denn die unionsrechtlichen Vorgaben achten den Parteiwillen, der in Art. 4 Abs. 2 Beteiligungs-RL verankert ist, auf den sowohl in Art. 133 Abs. 3 lit. b) GesR-RL, als auch in Art. 86l Abs. 3 lit. b), Art. 160l Abs. 3 lit. b) Umw-RL verwiesen wird. Der erklärte Wille der Parteien kann deshalb nicht durch eine mitbestimmungsfreundliche Auslegung des Parteiwillens ersetzt werden,¹⁵ zumal etwa durch missbrauchs ausschließenden Vorgaben der Richtlinien, verankert in § 36 MgFSG sowie § 30 MgVG, arbeitnehmerschützende Vorgaben getroffen wurden.

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

2. Begriffsbestimmungen: § 2 MgFSG und § 2 MgVG

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Geltungsbereich: § 3 MgFSG und § 3 MgVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Voraussetzungen der gesetzlichen Auffanglösung: § 23 MgVG

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

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

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

²³ BT-Drs. 20/3817, S. 44.

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

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

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

7. Fortbestehen nationaler Arbeitnehmervertretungsstrukturen: § 29 MgVG

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

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

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

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

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

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

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

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