



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

### zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen

Stellungnahme Nr.: 24/2022

Berlin, im Mai 2022

#### Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Regina Bell, München
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Offenburg
- Rechtsanwalt Benja Mausner, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller-Bonanni, Düsseldorf (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

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

#### Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
  
- Ausschuss für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Arbeit und Soziales der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
  
- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Arbeitsministerien und -senatsverwaltungen der Länder
  
- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte
  
- Europäische Kommission – Vertretung in Deutschland
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Ver.di, Recht und Politik
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Arbeitsgerichtsverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern
- Bundesnotarkammer
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
  
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
- Vorsitzende der DAV-Landesverbände
- Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft

## **Presse**

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel

- Legal tribune online
- NJW
- Netzpolitik.org

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

---

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (**RefE**) dient der Umsetzung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 (ABl. L 321 vom 12. Dezember 2019, S. 1, L 020 vom 24.01.2020, S. 24 (**Umwandlungsrichtlinie – UmwRL**) zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (**Gesellschaftsrechtsrichtlinie – GesRRL**) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

Er gliedert sich in vier Artikel. Artikel 1 enthält den Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (**MgFSG-E**). Artikel 2 beinhaltet verschiedene Änderungen des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (**MgVG**). Artikel 3 beinhaltet Folgeänderungen anderer Gesetze, namentlich des Arbeitsgerichtsgesetzes, des SCE-Beteiligungsgesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Aktiengesetzes. Artikel 4 regelt das Inkrafttreten, das für den 31. Januar 2023 vorgesehen ist. Mit diesem Tag endet auch die Frist zur Umsetzung der neugefassten GesRRL.

Weitere arbeitsrechtliche Vorschriften finden sich in dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zu einem Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie. Diese sind nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.

## 1. 4/5-Regelung

Eine der wesentlichen mitbestimmungsrechtlichen Neuerungen gegenüber dem Bestehenden ist die Einführung der sog. 4/5-Regelung in den Artt. 86 I Abs. 2 Alt. 1, Art. 133 Abs. 2 Alt. 1 und 160 Abs. 2 Alt. 1 GesRRL, die für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen in § 5 Nr. 1 MgFSG-E und für grenzüberschreitende Verschmelzungen durch eine Änderung des § 5 Nr. 1 MgVG (Art. 2 Ziff. 4 Ref-E) umgesetzt werden.

Im Ausgangspunkt richtet sich die Unternehmensmitbestimmung in der aus einer grenzüberschreitenden Umwandlung, grenzüberschreitenden Spaltung oder grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem die betreffende Gesellschaft ihren Sitz hat, für Gesellschaften mit Sitz im Inland also nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz und dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz (vgl. Artt. 86 I Abs. 1, 133 Abs. 1, 160 I Abs. 1 GesRRL; § 4 MgFSG-E, § 4 MgVG). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 5 MgFSG-E bzw. des § 5 MgVG-E greift. In diesem Fall ist zwingend ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren (Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums (**BVG**) und Verhandlungen mit diesem über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Gesellschaft, die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgeht) einzuleiten. Der Abschluss des Verfahrens ist Voraussetzung für die Eintragung der grenzüberschreitenden Umwandlung, Spaltung oder Verschmelzung. Ergebnis des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens kann entweder der Abschluss einer Vereinbarung über die Ausgestaltung der Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehenden Gesellschaft (sog. **Beteiligungsvereinbarung**) oder die Geltung gesetzlicher Auffangregelungen zur Mitbestimmung sein. Das BVG hat zudem die Möglichkeit, für die Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts am Sitz der aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehenden Gesellschaft zu optieren (die Unternehmensleitung(en) haben diese Möglichkeit demgegenüber nur bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung; vgl. § 15 Abs. 3 MgVG-E).

Nach der 4/5-Regelung muss ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren u.a. bereits dann eingeleitet werden, wenn die sich umwandelnde oder spaltende Gesellschaft (bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mindestens eine der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften) eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die mindestens 4/5 des im Recht des Mitgliedsstaates dieser Gesellschaft festgelegten Schwellenwerts entspricht, der die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auslöst. Wird bspw. eine deutsche GmbH mit 450 Arbeitnehmern formwechselnd in eine niederländische BV umgewandelt oder spaltet sich die Gesellschaft in eine niederländische BV mit 300 Arbeitnehmern und eine österreichische GmbH mit 150 Arbeitnehmern auf, so muss nach der 4/5-Regelung ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren eingeleitet werden. Entsprechendes gilt, wenn die Gesellschaft grenzüberschreitend auf eine niederländische BV mit 30 Arbeitnehmern verschmolzen wird. Nach der bisherigen Fassung des § 5 Nr. 1 MgVG war ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren demgegenüber nur dann einzuleiten, wenn mindestens eine der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften der Mitbestimmung unterlag. In dem vorstehend gebildeten Beispiel wäre § 5 Nr. 1 MgVG daher nicht einschlägig gewesen, weil der Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG nicht erreicht war und auch die niederländische Gesellschaft keiner Form der Mitbestimmung unterlag.

Rechtsfolge des ergebnislosen Ablaufs der sechsmonatigen Verhandlungsfrist ist gem. Artt. 86 I Abs. 3 lit. g), 133 Abs. 3 lit. g), 160 I Abs. 3 lit. g) GesRRL das Eingreifen der Auffangregelungen aus Teil 3 des Anhangs zur SE-Richtlinie 2001/86/EG. Diese sehen vor, dass das vor der Maßnahme geltende Mitbestimmungsniveau aufrechterhalten wird (sog. Vorher-Nachher-Prinzip). In den Fällen der 4/5-Regelung gibt es aber kein aufrechtzuerhaltendes Mitbestimmungsniveau, weil die mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte definitionsgemäß nicht erreicht sind. Folge ist, dass die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehende Gesellschaft keiner Form der Unternehmensmitbestimmung unterliegt (Bayer/Schmidt, BB 2019, [1922](#) ([1934](#)); Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2019, [353](#) ([364](#)); Bungert/Becker, DB 2019, [1609](#) ([1616](#)); Habersack, ZHR 2018, [495](#) ([502](#)); Luy, NJW 2019, [1905](#) ([1906](#)); Noack/Kraft, DB 2018, [1577](#) ([1580](#) f.); Pütz, AG 2020, [117](#) ([119](#)); Roest, ECFR 2019, 74 (90); J. Schmidt, ZEuP 2020, [565](#) ([588](#)); Selent, NZG 2018, [1171](#) ([1175](#)); Teichmann, NZG 2019, [241](#) ([247](#)); Wicke, DStR 2018, [2703](#) ([2709](#)); Müller-Bonanni/Jenner/Thomas, NZG 2021, 764 (765)). Die nationalen Mitbestimmungsgesetze am Sitz der Gesellschaft, die aus der

grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgeht, finden ebenfalls keine Anwendung, weil das Sitzstaatsprinzip in den Fällen, in denen einer der Ausnahmetatbestände der Art. 86 I Abs. 2, 133 Abs. 2, 160 I Abs. 2 GesRRL eingreift, verdrängt wird. Dieses auf den ersten Blick dem mitbestimmungsschützenden Charakter der 4/5-Regelung widersprechende Ergebnis kann jedoch durch das BVG vermieden werden, indem dieses gem. Artt. 86 I Abs. 4 lit. a), 133 Abs. 4 lit. a), 160 I Abs. 4 lit. a) für die Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts optiert.

Der Referentenentwurf setzt dieses komplexe Regelungsgefüge in §§ 5 Nr. 1, 19 MgFSG-E und § 5 Nr. 1 MgVG-E den Richtlinienvorgaben entsprechend um. Es fehlt jedoch eine Erläuterung in der Entwurfsbegründung, die angesichts der Komplexität des Zusammenspiels von über mehrere Richtlinien verstreuten Regelungen in hohem Maße wünschenswert erscheint.

## **2. Diskriminierungstatbestand**

Art. 86 I Abs. 2 lit. b) GesRRL und Art. 160 I Abs. 2 lit. b) GesRRL bestimmen, dass ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren auch dann durchzuführen ist, wenn das für die aus der grenzüberschreitenden Umwandlung oder Spaltung hervorgehende innerstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben der Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat tätig sind, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorsieht, wie sie den Arbeitnehmern im Sitzstaat der Gesellschaft gewährt werden. Die Regelung entspricht inhaltlich derjenigen für grenzüberschreitende Verschmelzungen in Art. 133 Abs. 2 lit. b) GesRRL, der durch die Umwandlungsrichtlinie nicht geändert wurde.

Zu Art. 133 Abs. 2 lit. b) GesRRL und der diesen in nationales Recht umsetzenden Vorschrift des § 5 Ziff. 3 MgVG entspricht es herrschender Ansicht in der Kommentarliteratur, dass die Vorschrift nur anzuwenden ist, wenn mindestens eine der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften einer Form der Unternehmensmitbestimmung unterliegt (Drinhausen/Keinath, AG 2010, [398](#) ([400](#) ff.); Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, 2015, § 5 Rn. 38; Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 5 MgVG Rn. [6](#); HWK/Hohenstatt/Dzida, 9. Aufl. 2020, MgVG Rn. 8; MüKoAktG/Jacobs, Vor § 1 SEBG Rn. [56](#); Kolb/Rothenfußer, GmbHR 2014, [130](#) ([135](#)); Lunk/Hinrichs, NZA 2007, [773](#) ([774](#)); Morgenroth/Salzmann, NZA-RR 2013, [449](#) [[452](#) f.]; Müller-Bonanni/Müntefering,

NJW 2009, [2347](#) ([2349](#)); MHdB ArbR/Naber/Sittard, § 386 Rn. [34](#) ff.; Nikoleyczik/Führ, DStR 2010, [1743](#) ([1745](#)); Roßmann 175 ff.; Habersack/Drinhausen/Thüsing/Forst, MgVG § 5 Rn. [19](#)). Dass das Mitbestimmungsrecht am Sitz der Gesellschaft, die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgeht, abstrakt gesehen Arbeitnehmern, die in anderen Mitgliedstaaten tätig sind, keine mitbestimmungsrechtlichen Beteiligungsrechte gewährt (sog. „abstrakte Betrachtungsweise“) genügt demgegenüber nicht (a.A. AKRR/Annuß, § 5 MgVG Rn. [12](#); Brandes, ZIP 2008, [2193](#) ([2196](#)); WKS/Kleinsorge, EU-Recht Rn. 177 Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 133 RL (EU) 2017/1132.

Zentral für die Sichtweise der herrschenden Meinung spricht, dass die anderen Tatbestände des Art. 133 Abs. 2 GesRRL bzw. des § 5 MgVG ansonsten überflüssig wären. Weil derzeit, soweit ersichtlich, kein Mitgliedsstaat Arbeitnehmern, die in einem anderen Mitgliedsstaat als dem Sitzstaat der Gesellschaft tätig sind, Beteiligungsrechte im Hinblick auf die Unternehmensmitbestimmung einräumt, wäre Art. 133 Abs. 2 lit. b) GesRRL bzw. § 5 MgVG immer einschlägig. Des Weiteren spricht für diese Sichtweise, dass das Vorher-Nachher-Prinzip, das zur Anwendung gelangt, wenn eine Vereinbarung über die Mitbestimmung nicht zustande kommt, leerläuft, wenn in keiner der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften eine Form der Unternehmensmitbestimmung gilt. Das Anliegen der Mitbestimmungssicherung, wie es den anderen beiden Tatbestandsalternativen des Art. 133 Abs. 2 GesRRL zugrunde liegt, kann deshalb nicht erreicht werden. Schlussendlich spricht gegen die „abstrakte Sichtweise“, dass diese dem Anliegen der GesRRL zuwiderliefe, grenzüberschreitende Maßnahmen - die im Übrigen Ausfluss der unionsrechtlich verbürgten Niederlassungsfreiheit sind - zu fördern und zu erleichtern (vgl. Erwägungsgründe 1, 2 und 5 GesRRL), weil letztlich selbst grenzüberschreitende Verschmelzungen von Gesellschaften mit nur einigen wenigen Arbeitnehmern ein aufwändiges Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren erfordern würden.

Für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen kann sachlich nichts Anderes gelten. Die Parallelvorschriften Artt. 86 I Abs. 2 lit. b); 160 I Abs. 2 lit. b) GesRRL entsprechen sachlich Art. 133 Abs. 2 lit. b) GesRRL. Dass der Europäische Regelungsgeber Art. 86 Abs. 2 lit. b) GesRRL und Art. 160 I Abs. 2 lit. b) GesRRL einen anderen Bedeutungsgehalt beimessen wollte als Art. 33 Abs. 2 lit. b) GesRRL, ist nicht

zu erkennen. Dass bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen ebenso wie bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen die betreffende Gesellschaft tatsächlich der Unternehmensmitbestimmung unterliegen muss, ergibt sich zudem aus Erwägungsgrund 30 der GesRRL, wenn es dort heißt: „Um zu gewährleisten, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch das grenzüberschreitende Vorhaben in Fällen, in denen die Gesellschaft, die das grenzüberschreitende Vorhaben vornimmt, ein System der Arbeitnehmermitbestimmung *eingerrichtet* hat, nicht übermäßig beeinträchtigt wird... Darüber hinaus sollten *in einem solchen Fall*, in dem zwischen der Gesellschaft und ihren Arbeitnehmern nach Treu und Glauben Verhandlungen stattfinden ... .“ (Hervorhebung diesseits).

Die Begründung zu § 5 Ziff. 3 MgFSG-E kann demgegenüber potenziell im Sinne einer Festlegung zugunsten der bisherigen Mindermeinung in der Kommentarliteratur gelesen werden. Dort heißt es: „Aufgrund des Territorialitätsprinzips sind Arbeitnehmer, die in Betrieben einer ausländischen Zweigniederlassung oder eines ausländischen Tochterunternehmens beschäftigt werden, von den Wahlen zum Aufsichtsrat einer Gesellschaft deutschen Rechts kraft Gesetzes ausgeschlossen“. *Daher liegt der Tatbestand nach Nr. 3 im Regelfall vor.*“ (Hervorhebung diesseits). Wirklich klar ist die Aussage aber nicht, weil auch die Entwurfsbegründer davon ausgehen, dass der Tatbestand des § 5 Ziff. 3 MgFSG-E nur „in der Regel“ vorliegen wird, obwohl nach der „abstrakten Betrachtungsweise“ infolge der Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts auf im Inland tätige Arbeitnehmer, die der EuGH bestätigt hatte, der Tatbestand in den deutschen Mitbestimmungsgesetzen immer erfüllt wäre. Wegen der enormen Bedeutung der Frage für die Praxis wäre es wünschenswert, dass die Entwurfsbegründung ausdrücklich klarstellt, ob eine Festlegung zugunsten einer der widerstreitenden Ansichten getroffen werden soll, damit der Punkt in den parlamentarischen Beratungen transparent ist.

### **3. Bildung und Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums bei grenzüberschreitenden Spaltungen**

Die Bildung und Zusammensetzung des Besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer richtet sich bei allen grenzüberschreitenden Maßnahmen nach dem Recht des Mitgliedsstaates, in dem die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird. Dies ergibt sich jeweils aus der Verweisung in Art. 86 I Abs. 3 lit. d), 133 Abs. 3 lit. d) und 160 Abs. 3 lit. d) GesRRL auf Art. 6 der SE-Richtlinie 2021/86/EG. Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen bereitet dies keine besonderen Schwierigkeiten, weil aus der grenzüberschreitenden Maßnahme jeweils nur eine Gesellschaft hervorgeht. Anders verhält sich dies bei grenzüberschreitenden Spaltungen, bei denen aus der sich spaltenden Gesellschaft auch mehrere Gesellschaften hervorgehen können, mitunter in verschiedenen Mitgliedsstaaten. In diesem Fall sind mehrere Besondere Verhandlungsgremien zu bilden, deren Zusammensetzung sich jeweils nach dem Umsetzungsrecht des Mitgliedsstaats richtet, in dem die aus der Spaltung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird.

Ausdrücklich zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die Regelung des § 7 Satz 2 MgFSG-E, der zufolge nur ein Besonderes Verhandlungsgremium gebildet werden muss, wenn aus einer grenzüberschreitenden Spaltung mehrere Gesellschaften mit Sitz im Inland hervorgehen und die Zusammensetzung der Besonderen Verhandlungsgremien nach den §§ 8, 10 Abs. 3 MgFSG-E identisch wäre. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist freilich eng, weil die Besonderen Verhandlungsgremien nur dann identisch zusammensetzen sind, wenn die aus der grenzüberschreitenden Spaltung hervorgehenden Gesellschaften keine Tochtergesellschaften und auch keine Betriebe in einem anderen Mitgliedsstaat haben.

### **4. Information über das Verhandlungsergebnis**

§ 21 MgFSG-E und ein neuer § 19a MgVG-E verpflichten die Leitung der Gesellschaft, die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgeht, den Arbeitnehmervertretungen (d.h. den Betriebsräten), den Sprecherausschüssen sowie den in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften unverzüglich eine Abschrift

der Niederschrift über das Verhandlungsergebnis zu übermitteln. Besteht keine Arbeitnehmervertretung, erfolgt die Information gegenüber den Arbeitnehmern. In die Niederschrift sind neben den gefassten Beschlüssen auch die jeweiligen Mehrheiten aufzunehmen, mit denen die Beschlüsse gefasst wurden, § 20 MgFSG-E, § 19 MgVG. Die Vorschrift dient der Umsetzung der Artt. 86 I Abs. 8, 133 Abs. 8, 160 I Abs. 8 GesRRL, geht jedoch in unzumutbarer Weise über diese hinaus.

Die damit verbundenen Bedenken in Bezug auf die weitergehenden Regelungen folgen aus dem Umstand, dass die Abstimmung im Besonderen Verhandlungsgremium stimmgewichtet stattfindet, § 18 Abs. 2 MgFSG-E, § 17 Abs. 2 MgVG. Aus der Mitteilung der Beschlussmehrheiten können deshalb Rückschlüsse darauf gezogen werden, welche BVG-Mitglieder wie abgestimmt haben. Dies widerspricht dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Verhandlungen mit dem Besonderen Verhandlungsgremium. Die Mitteilung der Beschlussmehrheiten wird durch die GesRRL auch nicht verlangt. Artt. 86 I Abs. 8, 133 Abs. 8 und 160 I Abs. 8 GesRRL verlangen lediglich die Mitteilung des *Ergebnisses* der Verhandlungen.

Des Weiteren ist dem Wortlaut der §§ 21 Satz 2 MgFSG-E, 19 a Satz 2 MgFSG-E nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen, ob in Fällen, in denen keine Arbeitnehmervertretung besteht, eine allgemeine Information der Arbeitnehmer über das Verhandlungsergebnis genügt oder auch in diesem Fall die Übermittlung einer Abschrift der Niederschrift nach § 20 MgFSG-E, 19 MgVG erforderlich ist. Letzteres erscheint in hohem Maße formalistisch; eine allgemeine Information über das Verhandlungsergebnis sollte deshalb ausreichend sein.

## **5. Nachfolgende innerstaatliche und grenzüberschreitende Maßnahmen**

Die Artt. 86 I Abs. 7, 133 Abs. 7 und 160 I Abs. 7 GesRRL sehen übereinstimmend vor, dass bei nachfolgenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen unabhängig davon, ob es sich um grenzüberschreitende oder innerstaatliche Maßnahmen handelt, während vier Jahren nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung die jeweiligen Absätze 1 bis 6 der genannten Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Der Referentenentwurf greift diese Regelungen für nachfolgende Umwandlungen und Spaltungen in den § 32 MgFSG-E (für innerstaatliche Maßnahmen) und § 33 MgFSG-E

(für grenzüberschreitende Maßnahmen) auf. Für grenzüberschreitende Verschmelzungen sieht der Referentenentwurf eine Neufassung des § 30 MgVG und die Einfügung eines neuen § 30a in das MgVG vor. Der Referentenentwurf weicht allerdings in mehrfacher Hinsicht von der GesRRL ab.

Die Artt. 86 I Abs. 7, 133 Abs. 7 und 160 I Abs. 7 GesRR ordnen die Durchführung eines Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens ihrem klaren Wortlaut nach nur für den Fall an, dass in der betreffenden Gesellschaft kraft Vereinbarung oder auf der Grundlage der gesetzlichen Auffangregelungen tatsächlich ein System der Mitbestimmung gilt. In den §§ 32, 33 MgFSG-E und in §§ 30, 30a MgVG-E fehlt diese Tatbestandsvoraussetzung. Nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften wäre deshalb ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren auch dann durchzuführen, wenn die aus der grenzüberschreitenden Maßnahme hervorgehende Gesellschaft innerhalb der vierjährigen Schutzfrist an einer innerstaatlichen Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung beteiligt ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die betreffende Gesellschaft der Mitbestimmung unterliegt. Würde beispielsweise die keiner Form der Mitbestimmung unterliegende, aus einer grenzüberschreitenden Spaltung hervorgegangene A GmbH innerhalb der Schutzfrist innerstaatlich auf die ebenfalls keiner Mitbestimmung unterliegenden B GmbH verschmolzen, wäre nach § 32 Abs. 2 MgFSG-E ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchzuführen. Dies ist offensichtlich nicht durch die GesRRL gedeckt.

Artt. 86 I Abs. 7, 133 Abs. 7 und 160 I Abs. 7 ordnen den Schutz bestehender Mitbestimmungsrechte bei nachfolgenden innerstaatlichen oder grenzüberschreitenden Maßnahmen für einen Zeitraum von vier Jahren nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung an. In der aktuellen Fassung des § 30 MgVG hat der Gesetzgeber die bislang in Art. 133 Abs. 7 GesRRL angeordnete dreijährige Schutzfrist im Sinne einer zeitlich begrenzten Aufrechterhaltung der zuvor geltenden Mitbestimmungsregeln umgesetzt. Konkret heißt es in § 30 Satz 2 MgVG: „Sehen diese Regelungen nicht mindestens den in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft bestehenden Umfang an Mitbestimmung im Sinne des § 5 Nr. 2 vor, gelten die für diese Gesellschaft maßgeblichen Regelungen über die Mitbestimmung *für die Dauer von drei Jahren ab deren Eintragung* in der aus der innerstaatlichen Verschmelzung hervorgehenden

Gesellschaft fort.“ In der Begründung zu § 32 Abs. 1 MgFSG-E heißt es demgegenüber, für die Rechtsfolgenseite habe die vierjährige Schutzfrist keine Relevanz. Dem System der auf dem SE-Recht beruhenden Verhandlungslösung sei eine generelle Befristung von Mitbestimmungsrechten fremd. Im Ergebnis läuft dies auf eine Ewigkeitsgeltung der Mitbestimmungsregeln in der Gesellschaft hinaus, die aus der grenzüberschreitenden Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung hervorgegangen ist. Wenn dies das gesetzgeberisch gewollte Ergebnis sein sollte, sollte dies in der Begründung klargestellt werden.

## **6. Missbrauchsverbot**

Der Referentenentwurf greift das Thema Missbrauch grenzüberschreitender Maßnahmen für Zwecke der Vorenthaltung oder des Entziehens von Mitbestimmungsrechten gleich zweimal auf. Zunächst in einem Programmsatz in § 1 Abs. 2 Satz 1 MgFSG-E und zusätzlich in einer eigenständigen Regelung in § 36 MgFSG-E. § 36 MgFSG-E bestimmt nach einer Wiederholung des Programmsatzes aus § 1 Abs. 2 Satz 1 MgFSG-E, ein Missbrauch liege insbesondere vor, wenn innerhalb von vier Jahren ab Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens strukturelle Änderungen erfolgten, die bewirkten, dass Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte vorenthalten oder entzogen werden. Rechtsfolge eines Missbrauchs in diesem Sinne ist gem. § 36 Satz 3 MgFSG-E, dass Verhandlungen über die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer gem. den §§ 6 – 24 MgFSG-E zu führen sind und, wenn in diesen keine Einigung erzielt wird, die §§ 25 – 30 MgFSG-E über die Mitbestimmung kraft Gesetzes entsprechende Anwendung finden. Die Regelung überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

In der Begründung wird als Beispiel für eine strukturelle Änderung im Sinne des § 36 MgFSG-E der Fall angeführt, dass die aus einer grenzüberschreitenden Umwandlung oder Spaltung hervorgehende mitbestimmungsfreie Gesellschaft eine „größere Zahl von Arbeitnehmern aus einer anderen mitbestimmten Gesellschaft aufnimmt“. Praktisch kann dies nur den Fall eines Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB betreffen, weil der Übergang von Arbeitsverhältnissen durch Verschmelzung oder Spaltung bereits durch die Sonderregelungen der §§ 32, 33 MgFSG-E bzw. §§ 30, 30 a MgVG-E erfasst wird. Ein Betriebsübergang stellt allerdings als solcher keine missbräuchliche

Maßnahme dar, sondern ist ein üblicher und für sich genommen unzweifelhaft zulässiger Geschäftsvorfall. Damit ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt, müssen weitere objektive und subjektive Elemente hinzutreten. Das Beispiel ist deshalb zur Illustrierung des Missbrauchstatbestands in der gegenwärtigen Form nicht geeignet. Es ist auch deshalb nicht geeignet, weil ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB nicht mit einer Änderung der Struktur der übernehmenden Gesellschaft einhergeht und deshalb nicht den Begriff der „Strukturellen Änderung“ erfüllt.

§ 36 MgFSG-E vermag auch konzeptionell nicht zu überzeugen. Das Missbrauchsverbot aus Art. 11 der SE-Richtlinie 2001/86/EG, das in Art. 86 I Abs. 3 f, 133 Abs. 3 lit. f und 160 I Abs. 3 lit. f GesRRL referenziert wird, bezieht sich auf den Gründungsvorgang, nicht auf die Zeit hiernach. Seine Einhaltung wird insoweit durch die zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten, im Inland durch die Registergerichte und die ihnen in Artt. 86 m Abs. 6, 160 m Abs. 8 GesRRL eingeräumten Prüfungsbefugnisse kontrolliert. Strukturelle Änderungen, die dem Gründungsvorgang nachfolgen, können missbräuchlich sein, sind dies aber nicht zwangsläufig, weshalb der Gesetzgeber in § 43 Satz 2 SEBG zu Recht eine (widerlegliche) Vermutung eingeführt hat, aber keine Regelung, dass jede strukturelle Änderung, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der grenzüberschreitenden Maßnahme stattfindet, einen Missbrauch von Gestaltungsmacht darstelle. Wenn der Gesetzgeber eine eigenständige Missbrauchsregelung in das Gesetz aufnehmen will, sollte diese analog zur Regelung des § 43 Satz 2 SEBG gestaltet werden.