

Das Recht der Unternehmensmitbestimmung

von

Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Attorney-at-Law (New York),
Lehrbeauftragter der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

und

Dr. Pascal M. Ludwig

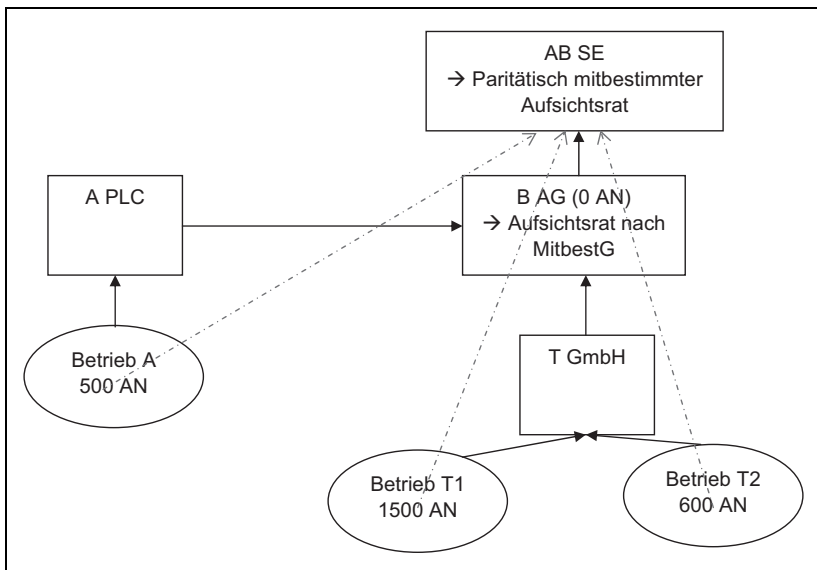
Rechtsanwalt,
Lehrbeauftragter der Eberhard Karls Universität Tübingen

- 106 **Merke:** Die Regelungen über die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes finden als Mittel der Mitbestimmungssicherung nur Anwendung, wenn vor der SE-Gründung in einer der beteiligten Gesellschaften eine Form der unternehmerischen Mitbestimmung bestand.

2. Schwellenwerte

- 107 Während für die Anwendung der gesetzlichen Auffanglösung bei einer Gründung der SE durch **Umwandlung** (§ 6 Rn. 17) nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG ein bestimmtes Quorum von durch die Mitbestimmung erfassten Arbeitnehmern entbehrlich ist, müssen im Fall einer durch **Verschmelzung** gegründeten SE mindestens 25% der Arbeitnehmer und bei SE-Gründung durch **Errichtung einer Holding-Gesellschaft** oder einer **Tochtergesellschaft** mindestens 50% der Arbeitnehmer vorher in den Genuss einer oder mehrerer Formen der Mitbestimmung gekommen sein (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SEBG). Außer im Ausnahmefall der Umwandlung ist damit grundsätzlich immer die Gesamtzahl der Arbeitnehmer und die Frage entscheidend, ob ein bestimmter Anteil von ihnen in einem Unternehmen tätig war, in dem vor der SE-Gründung eine Form der Mitbestimmung bestand (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 29f.).

Schaubild: Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung bei Verschmelzung einer nach dem MitbestG mitbestimmten AG mit einer mitbestimmungsfreien englischen PLC



Werden diese Werte nicht erreicht, so bedeutet dies aber noch nicht das Aus für die gesetzliche Auffanglösung. Vielmehr ist es dem BVG in den Fällen des § 34 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 SEBG nach deren Buchstaben b möglich, durch **einseitigen Beschluss** die Anwendung der Auffanglösung herbeizuführen. Notwendig ist in diesem Falle nur, dass in irgendeinem der beteiligten Unternehmen zuvor irgendeine Form der Mitbestimmung bestand (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 234). 108

Mit der reinen Orientierung an prozentualen Quoren der Belegschaft verzichtet das europäische Mitbestimmungsmodell – anders als das deutsche Mitbestimmungsrecht – auf ein Anknüpfen an die **Größe der Belegschaft**. Ob diese bestimmte Schwellenwerte überschreitet, ist für die Frage der Mitbestimmung in der SE völlig **unerheblich**, solange nur ein gewisser Prozentsatz der Mitarbeiter vorher einem Mitbestimmungsmodell unterlag (LH/*Oetker*, § 34 SEBG Rn. 6). Da das aus der gesetzlichen Auffanglösung erwachsende Mitbestimmungsmodell (vgl. § 35 SEBG) somit immer an den Zeitpunkt der Gründung der SE anknüpft, wird im Zuge der gesetzlichen Auffangregelung der **Status Quo der Mitbestimmung** „zementiert“ (*Habersack*, Der Konzern 2006, 105, 107f.; *Ludwig*, Mitbestimmung, S. 231). 109

Merke: Für verschiedene Gründungsformen der SE werden unterschiedlich hohe Anforderungen an die Anwendung der gesetzlichen Auffanglösung gestellt. Dies ist darin begründet, dass ein unterschiedliches Gefahrenpotenzial in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer gesehen wird. Im Falle der SE-Gründung durch Umwandlung genügt es, dass in der ursprünglichen Gesellschaft eine Form der Mitbestimmung bestand. In den anderen Gründungsalternativen muss ein bestimmtes Quorum der Arbeitnehmer in den Genuss einer oder mehrerer Form der Mitbestimmung gekommen sein. 110

3. Form und Umfang der Mitbestimmung

Sind die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 SEBG erfüllt, so stellt sich die Frage nach Form und Umfang der unternehmerischen Mitbestimmung. 111

Das SEBG differenziert – angelehnt an Art. 2 lit. k SE-RL – zwischen zwei Formen der Mitbestimmung. Diese in § 2 Abs. 12 SEBG vorgenommene Unterscheidung zwischen dem **Mitbestimmungsmodell deutscher Prägung** (Nr. 1) und dem **Kooperationsmodell** (Nr. 2) muss bei der Wahl der Mitbestimmungsform für die SE berücksichtigt werden (vgl. § 34 Abs. 2 SEBG; näher *Ludwig*, Mitbestimmung, S. 232f.). 112

Ist die Systementscheidung für eine Form der Mitbestimmung gefallen, so dient § 35 SEBG der Ermittlung des **Umfangs der Mitbestimmung**. Dabei 113

§ 6 Das Mitbestimmungsmodell der SE

orientiert sich die Vorschrift an den verschiedenen Nummern des § 34 Abs. 1 SEBG. § 35 Abs. 1 SEBG stellt auf den Fall des § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG (Gründung einer SE durch Umwandlung) ab und § 35 Abs. 2 SEBG erfasst mit § 34 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SEBG die weiteren möglichen Formen der SE-Gründung (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 235ff.).

- 114** Bei der Gründung einer SE durch **Umwandlung** (§ 6 Rn. 17) orientiert sich die gesetzliche Auffanglösung (§ **35 Abs. 1 SEBG**) ohne Einschränkung am **Vorher-Nachher-Prinzip**. Voraussetzung für das Eingreifen der gesetzlichen Auffangregelung ist nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG allein, dass in der umzuwandelnden Gesellschaft vorher Bestimmungen über die Unternehmensmitbestimmung galten. Die Wahl des Mitbestimmungssystems nach § 34 Abs. 2 SEBG erübrigt sich, da eine Mitbestimmungskonkurrenz schlechterdings nicht auftreten kann. Auch bei der Frage des Umfangs stellt § 35 Abs. 1 SEBG einfach darauf ab, dass die bestehenden Regelungen zur Mitbestimmung erhalten bleiben.
- 115** Dies bedeutet im Ergebnis, dass **beispielsweise** bei einer dualistisch verfassten SE, die durch Umwandlung einer nach dem DrittelbG mitbestimmten Gesellschaft nationalen Rechts entsteht, den Arbeitnehmern das Recht zusteht, ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen, und dass bei einer aus einer dem MitbestG unterliegenden Gesellschaft entstandenen SE der Aufsichtsrat paritätisch mit Vertretern der Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite besetzt ist. Letzteres gilt auch für dem MontanmitbestG unterliegende Gesellschaften. Die Sicherung der besonderen Regelungen der Montanmitbestimmung erfolgt durch § 38 Abs. 3 SEBG. Bei paritätischer Mitbestimmung sichert Art. 50 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 42 Satz 2 SE-VO ähnlich wie § 29 Abs. 2 MitbestG ein leichtes Übergewicht der Anteilseignerseite (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 238).
- 116** **Merke:** Bei Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung bleiben bei der SE-Gründung durch **Umwandlung** die bisher bestehenden Mitbestimmungsregelungen nach Art und Umfang erhalten. Bei den **anderen Formen der SE-Gründung** bemisst sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan nach dem höchsten Anteil der Arbeitnehmervertreter, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat. Die gesetzliche Auffanglösung folgt damit dem **Vorher-Nachher-Grundsatz**.
- 117** Wenn eine SE nicht durch Umwandlung, sondern durch **Verschmelzung** oder **Errichtung einer Holding- oder Tochter-SE** gegründet wird (vgl. § 6 Rn. 14ff.), ist die Bestimmung des Umfangs der Mitbestimmung etwas komplizierter. Da ursprünglich mehrere Gesellschaften beteiligt sind, scheidet eine strikte Orientierung am Vorher-Nachher-Grundsatz aus. § **35 Abs. 2 Satz 1 SEBG** verlangt, dass in diesem Falle die **Arbeitnehmer** der SE, ihrer Tochterge-

sellschaften und Betriebe oder ihr Vertretungsorgan das **Recht** haben, **einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsgremiums oder Verwaltungsorgans der SE** zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen. Mit dieser Formulierung trifft die Vorschrift noch keine Aussage über den Umfang der Mitbestimmung, sondern wiederholt die nach § 34 Abs. 2 SEBG zu treffende Entscheidung, welche **Form** der Mitbestimmung anzuwenden ist.

Einer Festlegung der exakten Anzahl der von Seiten der Arbeitnehmer zu bestimmenden Vertreter enthält sich auch **§ 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG**. Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG ist für die Bestimmung der Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE der **höchste Anteil an Arbeitnehmervertretern** in den Organen der beteiligten Gesellschaften maßgeblich. Im Wege einer **rein quantitativen Betrachtung** ist zu ermitteln, in welcher der beteiligten Gesellschaften der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verhältnis zu den Vertretern der Anteilseigner im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan am größten ist. Dieses Zahlenverhältnis ist dann für die Ermittlung der Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE heranzuziehen (MüKo-AktG/*Jacobs*, § 34 SEBG Rn. 11; LH/*Oetker*, § 34 SEBG Rn. 16). Dies führt in Konsequenz dazu, dass **in der SE** stets das **höchste Mitbestimmungsniveau aller beteiligten Gesellschaften übernommen wird**. Dieser „Mitbestimmungsimport“ dürfte – wegen des in Europa einzigartig hohen deutschen Mitbestimmungsniveaus – zumindest bei Beteiligung einer nach dem MitbestG mitbestimmten deutschen Gesellschaft zur grundsätzlichen Weitergeltung des deutschen Mitbestimmungsrechts führen (*Grobys*, NZA 2005, 84, 90; *Ludwig*, Mitbestimmung, S. 241 f.).

118

Das Abstellen auf den Anteil der Arbeitnehmervertreter, der in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat, bedingt, dass das **Mitbestimmungsstatut der SE** ein **statisches** ist. **Außer im Falle struktureller Änderungen** (vgl. § 18 Abs. 3 SEBG) führen Entwicklungen der SE (z. B. eine Vergrößerung der Arbeitnehmerzahlen) nicht zu einer Änderung des Mitbestimmungsrechts. Durch die Gründung einer SE wird somit in ihr das Mitbestimmungsstatut der quantitativ am stärksten mitbestimmten Gründungsgesellschaft zum Zeitpunkt der Gründung „zementiert“ (*Habersack*, Der Konzern 2006, 105, 107; *Müller-Bonanni/de Beaugard*, GmbHR 2005, 195, 197 f.; zu Gestaltungsmöglichkeiten in der Mitbestimmungsvereinbarung vgl. *Köstler/Rose*, S. 41 ff.). Perpetuiert werden kann aber nur ein rechtmäßiges Mitbestimmungsstatut. Wird in den Gründungsgesellschaften Mitbestimmung in Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben praktiziert, so kann dieser rechtswidrige Zustand nicht „eingefroren“ werden (*Weiss/Wöhlert*, NZG 2006, 121, 122). Um Rechtssicherheit über die Zusammensetzung des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE zu schaffen, ist aber bei der Gründung der SE von den tatsächlichen Zuständen auszugehen und dieses in der SE fortzuführen. Eine „Zementierung“ des rechtswidrigen Mitbestimmungsstatuts tritt in diesem Falle nicht

119

§ 6 Das Mitbestimmungsmodell der SE

ein. Auch nach Gründung der SE ist ein Statusverfahren nach § 98 AktG durchführbar, um nachträglich festzustellen, welches Mitbestimmungsstatut Grundlage der gesetzlichen Auffanglösung geworden ist (MüKo-AktG/*Jacobs*, § 35 SEBG Rn. 25b; *Ludwig*, Mitbestimmung, S. 243f.).

4. Wahl und Bestellung der Arbeitnehmervertreter

- 120** Ist nach Maßgabe der in der Satzung festgelegten Zahlen der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans und der Anwendung des § 35 SEBG geklärt, wie viele Arbeitnehmervertreter diesem Organ angehören, so bleibt die Frage, wie diese Positionen zu besetzen sind.
- 121** Während das deutsche Mitbestimmungsrecht auch bei Konzernsachverhalten keine Aussage darüber trifft, ob die einzelnen Unternehmen des Konzerns auch im Aufsichtsrat repräsentiert werden (vgl. BAG, 14.11.1981 – 1 ABR 80/79, NJW 1982, 2518), sondern die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank ganz dem Wahlergebnis überlässt, soll das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE zwar nicht nach der Bedeutung der an der SE-Gründung beteiligten Unternehmen, aber **nach der Anzahl der Arbeitnehmer in den verschiedenen Mitgliedstaaten zusammengesetzt** werden. Die **Verteilung der Sitze obliegt** gemäß § 36 SEBG dem **SE-Betriebsrat** (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 246).
- 122** **Merke:** Die Verteilung der Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan erfolgt durch den SE-Betriebsrat, der sich dabei am jeweiligen Anteil der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zu orientieren hat.
- 123** Die Besetzung der einem Mitgliedstaat durch den SE-Betriebsrat zugewiesenen Sitze erfolgt nach dessen nationalen Regelungen (vgl. § 36 Abs. 1 und 2 SEBG). Die Wahl der auf das Inland entfallenden Arbeitnehmervertreter erfolgt durch ein **Wahlgremium**, welches sich so zusammensetzt wie das Gremium zur Wahl der Mitglieder des BVG (§ 36 Abs. 3 SEBG; vgl. oben § 6 Rn. 59ff.; näher *Ludwig*, Mitbestimmung, S. 247ff.). Eine **zwingende Geschlechterquote** für die Besetzung des Aufsichtsrats der SE soll nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG – dazu oben § 2 Rn. 48ff.) **nicht** eingeführt werden. In § 21 Abs. 5 SEBG-E soll lediglich eine „Soll“-Vorschrift aufgenommen werden.
- 124** Der Beschluss des Wahlgremiums macht die Gewählten noch nicht zu Mitgliedern des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans. Nach Art. 40 Abs. 2 Satz 1 SE-VO werden die **Mitglieder im Aufsichtsrat** und nach Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO die **Mitglieder des Verwaltungsorgans** jeweils **von der Hauptversammlung bestellt**. Die SE-RL ermöglicht auch für die Arbeitnehmervertreter

in diesen Organen keine Ausnahme von diesem Grundsatz. Nach § 36 Abs. 4 SEBG stellt der **Beschluss des Wahlgremiums** daher nur einen **Bestellungsvorschlag** an die Hauptversammlung der SE dar, an den diese allerdings **gebunden** ist. Auch wenn die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan von der Hauptversammlung bestellt werden, so können sie von dieser doch nicht nach § 29 Abs. 1 Satz 1 SEAG abgerufen werden. Das Recht zur sachgrundlosen Abberufung steht vielmehr nach § 37 Abs. 1 SEBG dem Wahlgremium zu, welches die Arbeitnehmervertreter auch gekürt hat (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 251).

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan haben nach § 38 Abs. 1 SEBG dieselben **Rechte und Pflichten** wie die Mitglieder, welche die Anteilseigner vertreten. Der deutsche Gesetzgeber setzt damit einerseits eine Vorgabe aus dem 3. Teil des Anhangs zu Art. 7 SE-RL um, folgt andererseits aber auch überkommenen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien und mitbestimmungsrechtlichen Traditionen. Mit der persönlichen Gleichstellung werden insbesondere sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidungen zwischen Vertretern der Arbeitnehmer und der Anteilseigner verboten. Mit der Einräumung gleicher Rechte korreliert die Auferlegung gleicher Pflichten. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben dieselben Sorgfaltspflichten anzuwenden wie Vertreter der Anteilseigner und unterliegen derselben Haftung bei Pflichtverstößen (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 252 f.).

§ 7 Das Mitbestimmungsmodell der Europäischen Genossenschaft (SCE)

I. Rechtsgrundlagen

- 1 Rechtsgrundlage der Gründung einer SCE sind die Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (**SCE-VO**) und die sie ergänzende Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22.7.2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (**SCE-RL**). Umgesetzt wurden diese Rechtsakte in Deutschland durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts (**EGSCE**) vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 1911), durch welches namentlich das Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (**SCE-Ausführungsgesetz – SCEAG**) und das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft (**SCE-Beteiligungsgesetz – SCEBG**) eingeführt wurden.
- 2 Die SCE-RL übernimmt die Regelungen der SE-RL im Wesentlichen wörtlich. Dementsprechend ist auch das SCEBG fast **deckungsgleich mit dem SEBG**. Auf eine ausführliche Darstellung soll hier daher verzichtet werden.
- 3 Auch die praktische Bedeutung der SCE ist bislang gering. In Deutschland gab es am 5.4.2014 nur sieben SCEs; auf europäischer Ebene waren es zum 15.1.2014 nur 25 SCEs (*Bayer/Schmidt*, BB 2014, 1219).

II. Gründung einer SCE

- 4 Anders als eine SE, die nur durch juristische Personen oder Personengesellschaften gegründet werden kann (vgl. § 6 Rn. 6 ff.), ist bei einer SCE auch **eine Gründung unter Beteiligung natürlicher Personen** möglich (vgl. Art. 2 Abs. 1, 1. und 2. Spiegelstrich SCE-VO). Sonderregelungen für die Beteiligung der Arbeitnehmer in einem solchem Fall enthalten die §§ 40, 41 SCEBG.
- 5 Soweit an der Gründung einer SCE **mindestens zwei juristische Personen** beteiligt sind, ändert sich an der Beteiligung der Arbeitnehmer nichts. § 40 SCEBG verweist insoweit auf die §§ 1 bis 39 SCEBG, die ganz überwiegend den Regelungen des SEBG entsprechen.

III. Besonderheiten des Mitbestimmungsstatuts

- 6 Ist an der Gründung einer SCE allerdings neben natürlichen Personen **nur eine juristische Person beteiligt** oder erfolgt die **Gründung ausschließlich durch**

natürliche Personen, sieht § 41 SEBG eine gesonderte Regelung über die Beteiligung der Arbeitnehmer vor.

Sind bei den an der SCE-Gründung beteiligten natürlichen Personen und den ggf. beteiligten juristischen Person sowie den betroffenen Tochtergesellschaften und Betrieben insgesamt **weniger als 50 Arbeitnehmer** beschäftigt oder sind nur in einem Mitgliedstaat Arbeitnehmer beschäftigt, gilt für die SCE und ihre Tochtergesellschaften ausschließlich das jeweils nationale Mitbestimmungsrecht (§ 41 Abs. 2 SCEBG). 7

Erst ab einer Arbeitnehmerzahl von insgesamt **mindestens 50 Arbeitnehmern**, die in verschiedenen Mitgliedstaaten tätig sein müssen, greifen die Regelungen der §§ 1 bis 39 SCEBG (§ 41 Abs. 1 SCEBG): Es ist dann über ein Mitbestimmungsstatut zu **verhandeln**. Bei Scheitern der Verhandlungen findet die **gesetzliche Auffanglösung** Anwendung. 8

Wächst eine kleine SCE über den Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern, so ist nachträglich ein Verhandlungsverfahren durchzuführen (§ 41 Abs. 3 Nr. 2 SCEBG). 9

Die Vorschriften der §§ 1 bis 39 SCEBG finden in einer kleinen SCE außerdem Anwendung, wenn mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der Arbeitnehmer, die aus verschiedenen Mitgliedstaaten kommen müssen, die Anwendung verlangen und **einen entsprechenden Antrag stellt** (§ 41 Abs. 3 Nr. 1 SCEBG). 10

§ 8 Das Mitbestimmungsmodell nach grenzüberschreitenden Verschmelzungen

- 1 Durch die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (**Verschmelzungs-RL**) sollte ein einheitlicher europäischer **Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften** geschaffen werden, um zur Vollendung und zum Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen (vgl. Erwägungsgrund 1 der Verschmelzungs-RL).

I. Grundlagen

- 2 Die RL enthält in Art. 2 bis 15 **gesellschaftsrechtliche Regelungen** über Verfahren, Wirksamwerden und Rechtsfolgen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Art. 16 der Verschmelzungs-RL regelt die **Mitbestimmung der Arbeitnehmer** in einer so entstandenen Gesellschaft.
- 3 Die grenzüberschreitende Verschmelzung hat in der **Praxis** gewisse **Bedeutung** erlangt. Bis Ende 2012 wurden 381 grenzüberschreitende Verschmelzungen wirksam, davon 247 nach Deutschland hinein („Hineinverschmelzung“); 124 betrafen „Hinausverschmelzungen“ (*Forst, ZESAR 2014, 383, 388*).

1. Gesellschaftsrecht

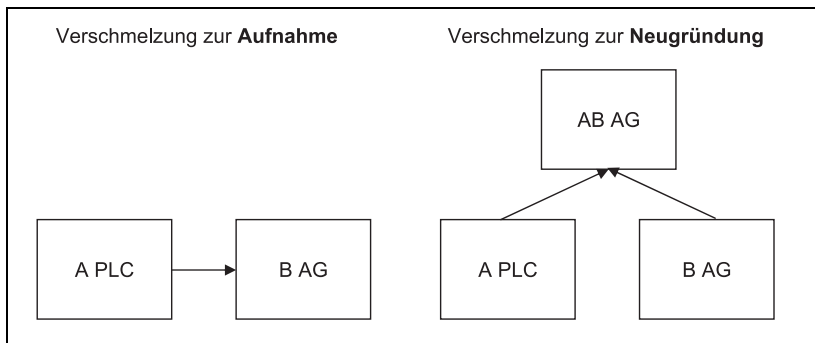
- 4 Die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben der Verschmelzungs-RL sind in den **§§ 122a ff. UmwG** in das deutsche Recht umgesetzt worden. Eine grenzüberschreitende Verschmelzung liegt nach § 122a Abs. 1 UmwG vor, wenn mindestens **zwei Gesellschaften aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten** miteinander verschmolzen werden. Verschmelzungsfähig sind nach § 122b Abs. 1 UmwG nur die **in Art. 2 Nr. 1 der Verschmelzungsrichtlinie genannten Kapitalgesellschaften**. Bei den deutschen verschmelzungsfähigen Gesellschaften handelt es sich um die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).
- 5 **Nicht** in den Anwendungsbereich der Regelungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung fallen **rein innerstaatliche Verschmelzungen und Verschmelzungen mit Gesellschaften in Drittstaaten**. Auch andere gesellschaftsrechtliche Vorgänge wie die Verschmelzung von Personengesellschaften, Spaltungen oder Formwechsel werden nicht erfasst. Ebenfalls nicht dem Anwendungsbereich der §§ 122a UmwG unterfällt die SE-Gründung durch Verschmelzung. Hier gehen die Regelungen der SE-VO und des SEAG vor.

Durch den in § 122a Abs. 2 UmwG enthaltenen Verweis auf die Vorschriften des Ersten Teils sowie des Zweiten, Dritten und Vierten Abschnitts des Zweiten Teils des UmwG sind die für eine innerstaatliche Verschmelzung anwendbaren Vorschriften auch bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung grundsätzlich anzuwenden, wenn sich aus den §§ 122a ff. UmwG nichts anderes ergibt. Möglich ist also sowohl die **Verschmelzung zur Aufnahme** (§ 2 Nr. 1 UmwG) als auch die **Verschmelzung zur Neugründung** (§ 2 Nr. 2 UmwG).

Anders als bei der Gründung einer SE oder einer SCE entsteht durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung keine europäische, sondern eine **nationale Rechtsform**. Wird eine ausländische Gesellschaft zur Aufnahme auf eine deutsche AG verschmolzen, bleibt diese in der Form einer AG bestehen. Soll zwischen zwei Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten eine Verschmelzung zur Neugründung erfolgen, so richtet sich die Rechtsform der neu-gründenden Gesellschaft nach dem Recht ihres Sitzstaates.

Merke: Durch die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der EU oder des EWR entsteht keine europäische Gesellschaft, sondern eine Gesellschaft nach dem jeweiligen nationalen Recht des Sitzstaates der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.

Schaubild: Alternativen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung



2. Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Die mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben aus **Art. 16 der Verschmelzungs-RL** wurden durch das am 29.12.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Regelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (**MgVG**) in deutsches Recht umgesetzt (zum Gesetzgebungsverfahren vgl. BT-Drs. 15/3405; BR-Drs. 438/1/04; BT-Drs. 15/3656; BT-Drs. 15/

§ 8 Das Mitbestimmungsmodell nach grenzüberschreitenden Verschmelzungen

4053). Das MgVG **orientiert sich eng am** Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (**SEBG**). Dies gilt sowohl für die Systematik und den Aufbau als auch für einige inhaltliche Regelungen, insbesondere für die in § 2 MgVG enthaltenen Definitionen, die denen in § 2 SEBG wörtlich entsprechen (vgl. dazu oben § 6 Rn. 33 ff.). Aber auch die Regelungen zur Bildung und Zusammensetzung des BVG und zum Verhandlungsverfahren (vgl. § 6 Rn. 47 ff., 69 ff.) sowie die Straf- und Bußgeldvorschriften ähneln einander (*Ludwig*, Mitbestimmung, S. 253 f.). Auf die **wesentlichen Abweichungen** beim Verhandlungsverfahren soll weiter unten eingegangen werden.

a) Verzicht auf Regelungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung

- 10** Das Gesetz regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (§ 1 Abs. 1 Satz 1 MgVG). Auffälligster Unterschied zwischen SEBG und MgVG ist der **völlige Verzicht auf Regelungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung** im MgVG. Dies stellt eine konsequente Umsetzung der **Verschmelzungs-RL** dar, die ebenfalls keine Regelungen über die Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer enthält. Der europäische Gesetzgeber geht dabei gemäß Erwägungsgrund 12 der RL davon aus, dass die **nationalen Vorschriften des Sitzstaates** der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft **ausreichend** sind, um die Rechte der Arbeitnehmer zu wahren. Soweit es um grenzüberschreitende Sachverhalte geht, sind diese nationalen Regelungen ohnehin durch die Vorgaben der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (RL 2002/14/EG) und der Richtlinie über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (RL 94/45/EG) beeinflusst und bilden damit einen gemeinschaftsweit vergleichbaren rechtlichen Rahmen zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte.

- 11** **Merke:** Das MgVG enthält nur Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung und – anders als das SEBG – nicht auch zur betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung. Letztere richtet sich für eine aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft mit Sitz in Deutschland nach den einschlägigen deutschen Gesetzen, namentlich dem BetrVG, SprAuG etc. (vgl. auch § 29 MgVG).

b) Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung

- 12** Ein gemeinschaftsrechtlicher Rahmen fehlt für das Recht der **Unternehmensmitbestimmung**. Deshalb ist insoweit eine **eigenständige Lösung durch das**