

Till Stadtmüller

Mitbestimmungsverhandlungen trotz Leitungsentscheidung gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG

Kompensation von Fehlanreizen bei Hereinverschmelzungen
durch einen Weg zurück an den Verhandlungstisch



Nomos

Studien zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Caspers, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Horst Konzen, Eltville

Band 39

Till Stadtmüller

Mitbestimmungsverhandlungen trotz Leitungsentscheidung gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG

Kompensation von Fehlanreizen bei Hereinverschmelzungen
durch einen Weg zurück an den Verhandlungstisch



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0004-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3588-9 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Bucerius Law School in Hamburg im Frühjahr 2022 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 26.04.2022 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt in dem im Wesentlichen im Januar 2021 abgeschlossenen Manuskript berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt, für seine Unterstützung, insbesondere den wertvollen Austausch zu den praktischen Aspekten des Themas und die zügige Erstellung des Erstgutachtens.

Weiter danke ich Herrn Prof. Dr. Matthias Jacobs für die Erstellung des Zweitgutachtens und die Grundsteinlegung der Begeisterung für das Arbeitsrecht im Rahmen meines Studiums.

Besonderer Dank gilt meiner Familie, ohne deren liebevolle Unterstützung vieles in meinem Leben, einschließlich der Dissertation, nicht möglich gewesen wäre. Ihr widme ich diese Arbeit.

Dresden, im Juni 2022

Till Stadtmüller

Inhaltsübersicht

Abkürzungs- und Definitionsverzeichnis	23
Einleitung	31
1. Kapitel: Gegenstand der Untersuchung	31
§ 1 Die europäische Einigung auf ein Verhandlungsmodell	32
§ 2 Beiderseitige Verzichtsmöglichkeiten als Besonderheit der grenzüberschreitenden Verschmelzung	35
§ 3 Fehlanreize der Verhandlungssituation und ihre Korrektur	38
2. Kapitel: Ziel, Methodik und Grenzen der Untersuchung	38
§ 1 Ziel der Arbeit	38
§ 2 Bemerkungen zur Methodik	39
§ 3 Grenzen der Untersuchung	43
3. Kapitel: Gang der Untersuchung	44
1. Teil: Zielvorstellung des Gesetzgebers	45
1. Kapitel: Grundstruktur des MgVG	45
§ 1 Ablauf der Verhandlungen	46
§ 2 Bedeutung der gesetzlichen Auffangregelung	46
2. Kapitel: Vorrang der Verhandlungslösung	58
§ 1 Verhandlungen als europäischer Minimalkonsens und Ideal	59
§ 2 Übernahme durch den deutschen Gesetzgeber	61
§ 3 Bestätigung durch die GesR-Änderungs-RL 2019	62
§ 4 Teilergebnis: Auslegungsleitendes Primat der Verhandlungslösung	63
3. Kapitel: Zusammenfassung: Adäquater Schutz der Mitbestimmung durch das Vorher-Nachher-Prinzip bei einem Vorrang der Verhandlungslösung als Ideal des Gesetzgebers	64
2. Teil: Spannungsfeld der Optionen des Verhandlungsverzichtes	65
1. Kapitel: Normative Grundlagen der Verzichtsoptionen	65
§ 1 Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	66

§ 2	Leitungsentscheidung für die Auffangregelung	68
2. Kapitel:	Verhältnis der Verzichtsoptionen	92
§ 1	Möglichkeit einer Kollision bei beidseitigem Verzicht auf Verhandlungen	92
§ 2	Vermeidung konfligierender Rechtsfolgen	101
§ 3	Faktischer Vorrang der Leitungsentscheidung	103
3. Kapitel:	Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums nach einer Leitungsentscheidung	103
§ 1	Auswahl der Mitbestimmungsform nach § 23 Abs. 2 S. 1 MgVG	104
§ 2	Sitzverteilung auf die Mitgliedstaaten nach § 25 Abs. 1 MgVG	110
§ 3	Subsidiäre Sitzbesetzung nach § 25 Abs. 2 MgVG	112
§ 4	Teilergebnis: Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums auch nach einer Leitungsentscheidung	114
4. Kapitel:	Widerspruch von taktischen Erwägungen und gesetzgeberischer Idealvorstellung	114
§ 1	Verhandeln im Schatten des Rechts	114
§ 2	Ausgangsposition des besonderen Verhandlungsgremiums	116
§ 3	Situation für die Leitungen	125
§ 4	Wettlauf der Verzichtsberechtigten	129
§ 5	Konflikt der taktischen Ausgangssituation mit dem Vorrang der Verhandlungslösung	129
5. Kapitel:	Zusammenfassung: Notwendige Kompensation von Fehlanreizen	131
3. Teil:	Verhandlungen nach einem Verhandlungsverzicht der Leitungen	133
1. Kapitel:	Fehlen ausdrücklicher Regelungen zur Wiederaufnahme von Verhandlungen	134
§ 1	Wiederaufnahme von Verhandlungen nach EBRG und SEBG	134
§ 2	Beschränkter Schutz durch das MgVG	135
§ 3	Teilergebnis: Keine ausdrücklichen Regelungen für das angedachte Vorgehen	140
2. Kapitel:	Verhältnis von Mitbestimmungsvereinbarung und Leitungsentscheidung	140
§ 1	Rechtsnatur der Mitbestimmungsvereinbarung	141
§ 2	Maßgebliches Recht	153

§ 3 Eingeschränkte Sperrwirkung der Leitungsentscheidung gegenüber einer Mitbestimmungsvereinbarung	163
3. Kapitel: Verfahren zur Aufhebung der Leitungsentscheidung	179
§ 1 Aufhebungsbeschluss als Actus contrarius	180
§ 2 Form der Aufhebung	187
§ 3 Teilergebnis: Formlose Aufhebung der Leitungsentscheidung durch die Leitungen	188
4. Kapitel: Rechtsfähigkeit des besonderen Verhandlungsgremiums	188
§ 1 Teilrechtsfähigkeit des Ad-hoc-Gremiums	189
§ 2 Abgleich der Aufgaben des besonderen Verhandlungsgremiums	189
§ 3 Teilergebnis: Differenzierte Betrachtung abhängig von der Abschlusskompetenz im Verfahrensstadium	194
5. Kapitel: Verknüpfung von Aufhebung der Leitungsentscheidung und Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	195
§ 1 Möglicher Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung vor Aufhebung der Leitungsentscheidung	196
§ 2 Praktische Verknüpfung von Aufhebung der Leitungsentscheidung und Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	199
§ 3 Teilergebnis: Aufhebung der Leitungsentscheidung nur nach oder bei Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	207
6. Kapitel: Vereinbarkeit mit sonstigen rechtlichen Vorgaben	207
§ 1 Keine Unwirksamkeit der Leitungsentscheidung analog §§ 116 ff. BGB	208
§ 2 Spezielle Vorgaben im Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen	210
§ 3 Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot	221
§ 4 Teilergebnis: Vereinbarkeit mit sonstigen rechtlichen Schranken	274
7. Kapitel: Zusammenfassung: Zeitliche Begrenzung der Aufhebung einer Leitungsentscheidung zugunsten einer späteren Mitbestimmungsvereinbarung	274
Ergebnisse der Untersuchung	277
Literaturverzeichnis	287
Rechtsprechungsverzeichnis	303
Sachverzeichnis	307

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungs- und Definitionsverzeichnis	23
Einleitung	31
1. Kapitel: Gegenstand der Untersuchung	31
§ 1 Die europäische Einigung auf ein Verhandlungsmodell	32
§ 2 Beiderseitige Verzichtsmöglichkeiten als Besonderheit der grenzüberschreitenden Verschmelzung	35
§ 3 Fehlanreize der Verhandlungssituation und ihre Korrektur	38
2. Kapitel: Ziel, Methodik und Grenzen der Untersuchung	38
§ 1 Ziel der Arbeit	38
§ 2 Bemerkungen zur Methodik	39
§ 3 Grenzen der Untersuchung	43
3. Kapitel: Gang der Untersuchung	44
1. Teil: Zielvorstellung des Gesetzgebers	45
1. Kapitel: Grundstruktur des MgVG	45
§ 1 Ablauf der Verhandlungen	46
§ 2 Bedeutung der gesetzlichen Auffangregelung	46
A. Umfang der Mitbestimmung nach der Auffangregelung	47
I. Tatsächlich praktizierte Mitbestimmung als Maßstab im Regelfall	47
II. Beurteilungszeitpunkt für den Umfang der Mitbestimmung	50
III. Ausschluss nachträglicher Statusverfahren	54
IV. Resümee: Ist-Zustand im Zeitpunkt der Information nach § 6 Abs. 2 MgVG als Grundlage der Auffangregelung – außer im Fall eines zuvor eingeleiteten Statusverfahrens	56
B. Wechsel des Mitbestimmungsstatutes	56
C. Adäquanz der Auffangregelung in den Augen des Gesetzgebers	58

2. Kapitel: Vorrang der Verhandlungslösung	58
§ 1 Verhandlungen als europäischer Minimalkonsens und Ideal	59
§ 2 Übernahme durch den deutschen Gesetzgeber	61
§ 3 Bestätigung durch die GesR-Änderungs-RL 2019	62
§ 4 Teilergebnis: Auslegungsleitendes Primat der Verhandlungslösung	63
3. Kapitel: Zusammenfassung: Adäquater Schutz der Mitbestimmung durch das Vorher-Nachher-Prinzip bei einem Vorrang der Verhandlungslösung als Ideal des Gesetzgebers	64
2. Teil: Spannungsfeld der Optionen des Verhandlungsverzichtes	65
1. Kapitel: Normative Grundlagen der Verzichtsoptionen	65
§ 1 Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	66
A. Dreifach qualifizierte Mehrheit zur Beschlussfassung	66
B. Folgen eines Verzichts des besonderen Verhandlungsgremiums	67
§ 2 Leitungsentscheidung für die Auffangregelung	68
A. Voraussetzungen des Verhandlungsverzichtes der Leitungen	70
I. Einschränkung des Anwendungsbereiches der Leitungsentscheidung durch die GesR-Änderungs-RL 2019	70
1. Vorhandene Mitbestimmung als künftige Voraussetzung der Leitungsentscheidung	71
2. Anlass der Reform	72
3. Kritik an der Reform	74
II. Derzeit geringe Anforderungen an die Leitungsentscheidung	77
III. Einschränkung durch die Notwendigkeit eines Beschlusses des besonderen Verhandlungsgremiums nach § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MgVG?	78
1. Bedeutung des Streits um den Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums	79
2. Verzicht auf einen Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums	80
a) Fehlendes besonderes Verhandlungsgremium	81
b) Systematischer Vergleich mit Wahlrechten des besonderen Verhandlungsgremiums	81

c) Zweckwidrigkeit eines Beschlusses des besonderen Verhandlungsgremiums	83
(1) Unvereinbarkeit mit dem Zweck der Leitungsentscheidung	83
(2) Fehlende Rechtfertigung durch den Zweck der Einschränkung selbst	84
d) Richtlinienverstoß	86
3. Rechtstechnisches Mittel der Wahl	88
4. Erkenntnis: Teleologische Reduktion des § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MgVG	91
B. Anwendung der Auffangregelung als Folge der Leitungsentscheidung	92
2. Kapitel: Verhältnis der Verzichtsoptionen	92
§ 1 Möglichkeit einer Kollision bei beidseitigem Verzicht auf Verhandlungen	92
A. Zeitfenster für einen Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums nach § 18 S. 1 MgVG	93
B. Zeitlicher Rahmen für eine Leitungsentscheidung nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG	93
I. Zulässigkeit einer Leitungsentscheidung vor der Aufnahme von Verhandlungen	94
II. Möglichkeit einer Leitungsentscheidung nach Verhandlungsbeginn	95
1. Vorgaben der GesR-RL	95
a) Einschränkende Formulierungen des Art. 133 der GesR-RL	95
b) Gebotene Möglichkeit der Leitungsentscheidung nach Verhandlungsaufnahme	97
2. Analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG	100
III. Resümee: Zulässigkeit der Leitungsentscheidung vor und nach der Aufnahme von Verhandlungen	100
§ 2 Vermeidung konfligierender Rechtsfolgen	101
§ 3 Faktischer Vorrang der Leitungsentscheidung	103

3. Kapitel: Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums nach einer Leitungsentscheidung	103
§ 1 Auswahl der Mitbestimmungsform nach § 23 Abs. 2 S. 1 MgVG	104
A. Erforderlichkeit der Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums trotz Alternativverfahrens nach § 23 Abs. 2 S. 2 und 3 MgVG	105
I. Offener Wortlaut und Genese	105
II. Weites Verständnis aufgrund des Beschleunigungszweckes der Leitungsentscheidung	107
B. Auswahl der Mitbestimmungsform als praktischer Ausnahmefall	108
C. Zwischenergebnis: Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums zur Auswahl der Mitbestimmungsform im Ausnahmefall erforderlich	109
§ 2 Sitzverteilung auf die Mitgliedstaaten nach § 25 Abs. 1 MgVG	110
§ 3 Subsidiäre Sitzbesetzung nach § 25 Abs. 2 MgVG	112
§ 4 Teilergebnis: Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums auch nach einer Leitungsentscheidung	114
4. Kapitel: Widerspruch von taktischen Erwägungen und gesetzgeberischer Idealvorstellung	114
§ 1 Verhandeln im Schatten des Rechts	114
§ 2 Ausgangsposition des besonderen Verhandlungsgremiums	116
A. Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung	117
B. Anwendung der Auffangregelung	119
C. Entscheidung für nationales Mitbestimmungsrecht	122
D. Zwischenergebnis: Anreize für frühzeitigen Verhandlungsverzicht des besonderen Verhandlungsgremiums bei Hereinverschmelzungen	124
§ 3 Situation für die Leitungen	125
A. Einvernehmliche Regelung der Mitbestimmung	125
B. Erfolgreicher Ablauf der Verhandlungsfrist	126
C. Leitungsentscheidung für die Auffangregelung	127
D. Zwischenergebnis: Auffangregelung als kleineres Übel bei Hereinverschmelzungen	128
§ 4 Wettlauf der Verzichtsberechtigten	129
§ 5 Konflikt der taktischen Ausgangssituation mit dem Vorrang der Verhandlungslösung	129
5. Kapitel: Zusammenfassung: Notwendige Kompensation von Fehlanreizen	131

3. Teil: Verhandlungen nach einem Verhandlungsverzicht der Leitungen	133
1. Kapitel: Fehlen ausdrücklicher Regelungen zur Wiederaufnahme von Verhandlungen	134
§ 1 Wiederaufnahme von Verhandlungen nach EBRG und SEBG	134
§ 2 Beschränkter Schutz durch das MgVG	135
A. Inhaltliche Beschränkungen	136
B. Zeitliche Beschränkung	136
I. Fehlen von Regelungen zur späteren Aufnahme von Verhandlungen im MgVG	137
II. § 30 MgVG als bewusst partielle Regelung	138
C. Zwischenergebnis: Nur vorübergehender und partieller Schutz der Mitbestimmung	140
§ 3 Teilergebnis: Keine ausdrücklichen Regelungen für das angedachte Vorgehen	140
2. Kapitel: Verhältnis von Mitbestimmungsvereinbarung und Leitungsentscheidung	140
§ 1 Rechtsnatur der Mitbestimmungsvereinbarung	141
A. Vertragstyp der Vereinbarung	142
I. Kollektivvereinbarung sui generis	142
II. Resümee: Mitbestimmungsvereinbarung als privatrechtliche Kollektivvereinbarung eigener Art	144
B. Wirkungsweise der Vereinbarung	145
I. Ermächtigungsgrundlage	145
II. Art. 12 Abs. 4 der SE-VO	146
III. Unbekannte normative Wirkung in anderen Mitgliedstaaten	147
IV. Bindungswirkung gegenüber Dritten	147
V. Durchsetzbarkeit der Vereinbarung	148
VI. Äquivalenz der Vereinbarung mit der gesetzlichen Auffangregelung	149
VII. Vereinbarung als Organisationsakt	149
VIII. Bewertung und Präferenz einer normativen Wirkung der Mitbestimmungsvereinbarung	150
C. Zwischenergebnis: Mitbestimmungsvereinbarung als privatrechtliche Kollektivvereinbarung sui generis mit normativer Wirkung	153
§ 2 Maßgebliches Recht	153
A. Statut des Verhandlungsverfahrens	153

B. Vertragsstatut der Mitbestimmungsvereinbarung	155
I. »Autonom-europäische Rechtsgeschäftslehre« auf Basis des DCFR	155
II. Nationales Recht des Sitzstaates	157
1. Rom I-VO und die Mitbestimmungsvereinbarung	157
a) Bezug zum Recht mehrerer Staaten	158
b) Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. f der Rom I-VO	159
2. Systematik der SE-RL	160
3. Art. 9 Abs. 1 lit. c iii) der SE-VO	161
III. Resümee: Recht des Zielstaates als Statut der Mitbestimmungsvereinbarung	162
C. Zwischenergebnis: Nationales Recht als Maßstab – unter Beachtung spezieller Vorgaben der GesR-RL	162
§ 3 Eingeschränkte Sperrwirkung der Leitungsentscheidung gegenüber einer Mitbestimmungsvereinbarung	163
A. Exklusivität der Rechtsfolgen von Mitbestimmungsvereinbarung und Leitungsentscheidung	163
I. Perpetuierung der Leitungsentscheidung mit Eintragung der Verschmelzung	164
1. Vorgaben des Art. 133 Abs. 4 lit. a der GesR-RL und des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG	164
2. Beschränkung des Verhandlungsverfahrens auf den Verschmelzungsvorgang	165
II. Deckelung durch Verhandlungsfrist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MgVG	166
1. Ausschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung nach Ablauf der Verhandlungsfrist	166
2. Lauf der Verhandlungsfrist des § 21 MgVG	168
III. Resümee: Eintragung der Verschmelzung und Ablauf der Verhandlungsfrist als Zäsuren einer Disposition über die Auffangregelung	169
B. Zeitlich begrenzte Dispositionsbefugnis der Arbeitgeberseite über die Leitungsentscheidung	170
I. Zulässigkeit nach Art. 133 Abs. 4 lit. a der GesR-RL und § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG	170
1. Grammatische Auslegung	171
2. Teleologische Auslegung	172
II. Vereinbarkeit mit Art. 133 Abs. 8 der GesR-RL	173

III. Abkehr von der Leitungsentscheidung als Entscheidung für Verhandlungen	175
IV. Kritische Prüfung eines Umkehrschlusses zu § 18 Abs. 1 SEBG und § 15 Abs. 2 EBRG	176
V. Resümee: Mögliche Abkehr von der Leitungsentscheidung bis zur Zäsur durch Eintragung der Verschmelzung oder Ablauf der Verhandlungsfrist	178
C. Zwischenergebnis: Notwendige und mögliche Aufhebung der Leitungsentscheidung	179
3. Kapitel: Verfahren zur Aufhebung der Leitungsentscheidung	179
§ 1 Aufhebungsbeschluss als Actus contrarius	180
A. Actus-contrarius-Doktrin als rechtsgebietsübergreifendes Konzept	180
B. Zulässigkeit des Actus contrarius im Kompetenzgefüge zwischen Leitungen und Anteilsinhabern	181
I. Leitungskompetenz als Verlegenheitslösung	181
1. Abgrenzung von Leitung und Gesellschafterversammlung	182
2. Kritik an der Verhandlungskompetenz der Leitungen	183
II. Leitungskompetenz als Ergänzung des Regelungskonzeptes	185
III. Resümee: Im Innenverhältnis beschränkte Leitungskompetenz	187
§ 2 Form der Aufhebung	187
§ 3 Teilergebnis: Formlose Aufhebung der Leitungsentscheidung durch die Leitungen	188
4. Kapitel: Rechtsfähigkeit des besonderen Verhandlungsgremiums	188
§ 1 Teilrechtsfähigkeit des Ad-hoc-Gremiums	189
§ 2 Abgleich der Aufgaben des besonderen Verhandlungsgremiums	189
A. Abschluss einer Vereinbarung als Hauptaufgabe der besonderen Verhandlungsgremien	190
B. Abweichende Ausgangslage im MgVG	191
I. Fortbestand des besonderen Verhandlungsgremiums zum Vollzug der Auffangregelung	191
II. Vorrang der Verhandlungslösung trotz Leitungsentscheidung als Besonderheit des MgVG	193
§ 3 Teilergebnis: Differenzierte Betrachtung abhängig von der Abschlusskompetenz im Verfahrensstadium	194

5. Kapitel: Verknüpfung von Aufhebung der Leitungsentscheidung und Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	195
§ 1 Möglicher Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung vor Aufhebung der Leitungsentscheidung	196
§ 2 Praktische Verknüpfung von Aufhebung der Leitungsentscheidung und Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	199
A. Form der Mitbestimmungsvereinbarung	199
B. Mögliche Verknüpfungen von Aufhebung der Leitungsentscheidung und Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	200
I. Aufschiebende Bedingung des Aufhebungsbeschlusses	200
II. Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung vor Aufhebung der Leitungsentscheidung	202
III. Aufhebung der Leitungsentscheidung bei Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	205
§ 3 Teilergebnis: Aufhebung der Leitungsentscheidung nur nach oder bei Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	207
6. Kapitel: Vereinbarkeit mit sonstigen rechtlichen Vorgaben	207
§ 1 Keine Unwirksamkeit der Leitungsentscheidung analog §§ 116 ff. BGB	208
§ 2 Spezielle Vorgaben im Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen	210
A. Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit des § 15 Abs. 1 S. 2 MgVG	210
I. Subjektiver Verhandlungsanspruch	212
II. Objektive Verhandlungspflicht	214
1. Ablehnung einer Verhandlungspflicht de lege lata	215
2. Ablehnung einer Verhandlungspflicht nach Umsetzung der GesR-Änderungs-RL 2019	217
III. Resümee: Keine Verhandlungspflicht der Leitungen	219
B. Verbot einer Behinderung des besonderen Verhandlungsgremiums	219
I. Allgemeines Regelungsziel	220
II. Verlust der Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	220

§ 3 Allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot	221
A. Verhältnis von unionsrechtlichem und nationalem Rechtsmissbrauchsverbot	221
I. Anwendbarkeit des allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes	222
1. Anwendbarkeit bei Umsetzungsakten	222
2. Keine Sperrwirkung der Entscheidung gegen eine Übernahme von Art. 11 der SE-RL	223
II. Unionsrechtlicher Rahmen für nationale Rechtsmissbrauchsverbote	228
1. Subsidiäre Anwendung des unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes	228
2. Schranken-Schranken des Unionsrechtes	229
III. Resümee: Prüfung anhand des nationalen Rechtsmissbrauchsverbotes mit anschließendem Abgleich mit unionsrechtlichen Vorgaben	230
B. Nationales Verbot des Rechtsmissbrauches	230
I. Institutioneller Rechtsmissbrauch	231
1. Zweck der Leitungsentscheidung und ihr Kontext	232
2. Vereinbarkeit des angedachten Vorgehens mit den identifizierten Zwecken	233
a) Beschleunigung der Eintragung	233
b) Sicherung der Mitbestimmung	234
(1) Adäquates Mitbestimmungsniveau	234
(2) Verhältnis zum Vorrang der Verhandlungslösung	235
3. Erkenntnis: Kein institutioneller Rechtsmissbrauch der Leitungsentscheidung	236
II. Gesetzesumgehung	236
1. Akzeptanz des faktischen Vorrangs der Leitungsentscheidung	237
2. Kein eigenständiges Regelungsanliegen der Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	238
3. Fehlende Relevanz der Verzichtsoption für die Verhandlungsparität	239
4. Erkenntnis: Kein verletzter Geltungsanspruch der Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	240

III. Individueller Rechtsmissbrauch	241
1. Rahmenvorgaben des § 15 Abs. 1 S. 2 MgVG iVm § 242 BGB	241
a) Sonderverbindung der Verhandlungspartner	242
b) Interessenabwägung als Kern einer restriktiven Einschränkung von Rechtspositionen	242
2. Unzulässige Ausübung der Verzichtsoption der Leitungen	244
a) Risikoordnung	245
b) Subjektive Elemente	247
(1) Früheres unredliches Verhalten	247
(2) Gegenwärtiges unredliches Verhalten	249
(i) Grobes Missverhältnis der Interessen	249
(ii) Verpönter Zweck der Rechtsausübung	251
c) Interessen Dritter	255
d) Zwischenstand: Keine unzulässige Rechtsausübung	256
3. Verbot widersprüchlichen Verhaltens	257
a) Rechtssatz und seine Voraussetzungen	257
b) Keine Anwendbarkeit bei Verhandlungsaufforderung nach Leitungsentscheidung	258
(1) Kein schutzwürdiges Vertrauen	259
(2) Keine besonderen Umstände	261
c) Zwischenstand: Kein rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten	263
IV. Resümee: Kein Rechtsmissbrauch nach nationalen Maßstäben	263
C. Unionsrechtliches Rechtsmissbrauchsverbot	264
I. Grundlagen des allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes	264
II. Prüfung im Fall der Verhandlungen nach einer Leitungsentscheidung	267
1. Zielverfehlung	267
a) Regelungsziel	267
b) Zielerreichung durch Verhandlungen im Anschluss an eine Leitungsentscheidung	268
(1) Mitbestimmungssicherung	268
(2) Kein Geltungsanspruch der Verzichtsoption des besonderen Verhandlungsgremiums	269

(3) Beschleunigungszweck	270
(4) Befund: Keine Zielverfehlung	271
2. Subjektiver Zweck der Erreichung eines ungerechtfertigten Vorteils	272
III. Resümee: Kein Verstoß gegen das allgemeine unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot	273
D. Zwischenergebnis: Vereinbarkeit von Leitungsentscheidung und Mitbestimmungsvereinbarung mit den allgemeinen Rechtsmissbrauchsverboten	273
§ 4 Teilergebnis: Vereinbarkeit mit sonstigen rechtlichen Schranken	274
7. Kapitel: Zusammenfassung: Zeitliche Begrenzung der Aufhebung einer Leitungsentscheidung zugunsten einer späteren Mitbestimmungsvereinbarung	274
Ergebnisse der Untersuchung	277
Literaturverzeichnis	287
Rechtsprechungsverzeichnis	303
Sachverzeichnis	307

Abkürzungs- und Definitionsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
abgedr.	abgedruckt
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BeckOKBGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (abrufbar in beck-online)
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache

BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Amtliche Sammlung)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
COD	Co-Decision
COM	Commission of the European Union
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame Reference
Diss.	Dissertation
DK	Der Konzern
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBR	Europäischer Betriebsrat
EBRG	Europäische Betriebsräte-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.12.2011 (BGBl. I S. 2650), das zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes vom 10.12.2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist
EBR-RL	Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.09.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG 1994 L 254, 64, neugefasst als Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.05.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EU 2009 L 122, 28, zuletzt geändert durch die Richtlinie (EU) 2015/1794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.10.2015 zur Änderung der Richtlinien 2008/94/EG, 2009/38/EG

	und 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 98/59/EG und 2001/23/EG des Rates in Bezug auf Seeleute, ABl. EU 2015 L 263, 1
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf	Einführung
EinhM	Einhellige Meinung
Einl	Einleitung
endg.	endgültig
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
EuArbR	Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Eur. Bus. Law Rev.	European Business Law Review
EuroAS	Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende (Einzahl)
ff.	folgende (Mehrzahl)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GesR-Änderungs-RL 2019	Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU 2019 L 321, 1
GesR-RL	Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU 2017 L 169, 46, zuletzt geändert durch die GesR-Änderungs-RL 2019
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Abkürzungs- und Definitionsverzeichnis

GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
GüS	Grenzüberschreitende Spaltung
GüU	Grenzüberschreitende Umwandlung
GüV	Grenzüberschreitende Verschmelzung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HaKo-BetrVG	Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
HessLAG	Hessisches Landesarbeitsgericht (LAG Frankfurt am Main)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
Ind. Relat. J.	Industrial Relations Journal
IndBez	Industrielle Beziehungen
IntVerschmRL	Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU 2005 L 310, 1
iVm / i. V. m.	in Verbindung mit
J. Law Econ.	The Journal of Law & Economics
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
JA	Juristische Arbeitsblätter
jurisPKBGB	Juris Praxiskommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KKAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaft / Kommission der Europäischen Union
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Litera, Literas
Manag. Sci.	Management Science

MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21.12.2006 (BGBl. I S. 3332), das durch Art. 11 des Gesetzes vom 30.07.2009 (BGBl. I S. 2479) geändert worden ist
MHdBArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mwN	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
nF	neue Fassung
Nichtannahmebeschl.	Nichtannahmebeschluss
NJOZ	Neue Juristische Onlinezeitschrift
NJW	Neure Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport
NK-EBRG	Nomos-Kommentar zum Europäische Betriebsräte-Gesetz
NK-GA	Nomos-Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Organ. Behav. Hum. Decis. Process.	Organizational Behavior and Human Decision Processes
RdA	Recht der Arbeit
Rev. Soc. Econ.	Review of Social Economy
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer, Randnummern
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift

Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EG 2008 L 177, 6
S.	Satz, Sätze; Seite, Seiten
Schlussantr.	Schlussanträge
SE	Europäische Gesellschaft (Societas Europaea)
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz vom 22.12.2004 (BGBl. I S. 3675, 3686), das zuletzt durch Art. 8 des Gesetzes vom 10.12.2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist
SE-RL	Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG 2001 L 294, 22
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG 2001 L 294, 1
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte(r/s)
stellv.	stellvertretend
Teilbd.	Teilband
TVG	Tarifvertragsgesetz
Two-Year Coll. Math.	The Two-Year College Mathematics Journal
J.	
ua	und anderen
UAbs. / Unterabs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
Univ.	Universität
Urt.	Urteil
v	vor
v.	vom
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Yale Law J.	The Yale Law Journal

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Zielgesellschaft	aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft
Zielstaat	Mitgliedstaat, in dem die Zielgesellschaft ihren Satzungssitz haben wird
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich

Einleitung

1. Kapitel: Gegenstand der Untersuchung

Das von *Tucker* als ›Gefangenendilemma‹ illustrierte¹ mathematische *Flood-Dresher-Experiment*² ist über die Disziplin der Spieltheorie hinaus bekannt.³ Es zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass sich zwei Spieler⁴ in einer Situation wiederfinden, in der ihr Spielerfolg von ihrem Zusammenwirken mit dem anderen Spieler abhängt.

Jeder Spieler hat die Wahl zwischen ›Kooperation‹ und ›Verrat‹. Kooperiert Spieler A und nutzt Spieler B dies durch einen Verrat aus, gewinnt B (Szenario 1). Im umgekehrten Fall gewinnt Spieler A. Kooperieren beide Spieler (Szenario 2), erreichen sie zwar nicht den individuellen Maximalgewinn. Sie erreichen aber beide mehr als in der Variante, in der sich beide für den Verrat entscheiden (Szenario 3). Dabei kann der kumulative Gewinn bei beiderseitiger Kooperation (also Szenario 2) sogar höher sein als der individuelle Maximalgewinn in Szenario 1. Kompliziert wird die Situation dadurch, dass im Zeitpunkt der eigenen Entscheidung keine zuverlässigen Informationen über das Verhalten des anderen Spielers vorliegen.

Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung sind die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite als Verhandlungspartner in einer ähnlichen Situation. In der Literatur ist von einem »Wettlauf der Optionsberechtigten«⁵ oder gar einem »high-noon«⁶ die Rede, in dem die Seite profitiert, die sich zuerst gegen eine Kooperation entscheidet.⁷ Der Grund ist die Ausgestaltung der Verhandlungen über die unternehmerische Mitbestim-

1 *Tucker* Two-Year Coll. Math. J. 14 (1983), 228 (›The Prisoner's Dilemma‹).

2 *Flood* Manag. Sci. 5 (1958), 5 (11 ff.).

3 Vgl. *De Herdt* Rev. Soc. Econ. 61 (2003), 183 (185) mwN.

4 Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Dabei sind selbstverständlich alle Geschlechteridentitäten angesprochen.

5 *MHdBArbR IV-Naber/Sittard*, § 386 Rn. 98. Ähnlich *EuArbR-Oetker*, RL (EU) 2017/1132 Art. 133 Rn. 57.

6 *Habersack/Drinhausen-Thüsing/Forst*, *MgVG* § 23 Rn. 15.

7 Dazu noch 2. Teil, 4. Kapitel, ab S. 114.

mung.⁸ Nach dem gesetzlichen Leitbild sollen die Modalitäten der Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (›Zielgesellschaft‹) vorzugsweise durch eine ausgehandelte Mitbestimmungsvereinbarung geregelt werden.⁹ Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen die Mitbestimmung nach ihren Bedürfnissen selbst gestalten. Mitunter drohen aber vor allem der Arbeitgeberseite erhebliche Nachteile, falls sie sich für eine Kooperation in Form der Aufnahme oder Fortsetzung von Verhandlungen entscheidet und die Arbeitnehmerseite nicht kooperiert.¹⁰

§ 1 Die europäische Einigung auf ein Verhandlungsmodell

Die paradoxe Ausgangssituation bei Verhandlungen über die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen geht auf den schwierigen Weg zu einer europäischen Einigung über die Ausgestaltung der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zurück.¹¹

Nach dem Vorbild der Richtlinie vom 22.09.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen¹² (›EBR-RL‹) setzt die schließlich gefundene Kompromisslösung auf eine einvernehmliche Regelung der Mitbestimmung durch die beteiligten Gesellschaften

8 Soweit nachfolgend von Mitbestimmung die Rede ist, ist im Zweifel die unternehmerische Mitbestimmung gemeint.

9 Dazu 1. Teil, 2. Kapitel, ab S. 58.

10 Dazu 2. Teil, 4. Kapitel, ab S. 114.

11 Vgl. etwa *Kisker RdA* 2006, 206; *Krause/Janko BB* 2007, 2194 (2196).

12 Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.09.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG 1994 L 254, 64, neugefasst als Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.05.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EU 2009 L 122, 28, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2015/1794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.10.2015 zur Änderung der Richtlinien 2008/94/EG, 2009/38/EG und 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 98/59/EG und 2001/23/EG des Rates in Bezug auf Seeleute, ABl. EU 2015 L 263, 1.