

Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht

ZIP

ZIP-Internetservice:

www.rws-verlag.de

Herausgeber:

RA Dr. Bruno M. Kübler,
Köln/Dresden/München
(Geschäftsführender Herausgeber)
Prof. Dr. Reinhard Bork, Hamburg
Prof. Dr. Wolfgang Lücke, Dresden
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln
Prof. Dr. Dres. h.c.
Karsten Schmidt, Hamburg
Prof. Dr. Wolfram Timm, Münster

Oliver Wulff

Markus Buchner

**Sicherung der Amtskontinuität
des mitbestimmten Aufsichtsrats bei
Verschmelzung und Formwechsel**

Sonderdruck aus
Heft 7/2007, S. 314–318



RWS Verlag
Kommunikationsforum

28. Jahrgang / 16. Februar 2007



Oliver Wulff¹⁾/Markus Buchner²⁾

Sicherung der Amtskontinuität des mitbestimmten Aufsichtsrats bei Verschmelzung und Formwechsel

Regelmäßig sind bei Umgestaltungen innerhalb der Konzernstruktur von Unternehmen komplexe juristische Fragen zu beantworten. Besondere Schwierigkeiten stellen sich, wenn eine oder mehrere der betroffenen Gesellschaften mitbestimmungspflichtig sind. Neben zusätzlichen formellen Voraussetzungen ist vor allem das Schicksal des mitbestimmten Aufsichtsrats zu klären. Zunächst darf es durch die Umgestaltung zu keinem Bruch in der Tätigkeit des Aufsichtsrats kommen. Insbesondere soll eine außerhalb des normalen Turnus stattfindende Wahl der Arbeitnehmervertreter aufgrund der damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen und Kosten vermieden werden.

Mit der Frage, wie die Kontinuität der Aufsichtsratsstätigkeit sichergestellt werden kann, setzt sich der vorliegende Beitrag auseinander. Er beruht auf einer Anfrage aus der Praxis, welcher der folgende (vereinfachte) Sachverhalt zugrunde liegt: Eine nach § 1 Abs. 1 MitbestG mitbestimmungspflichtige GmbH wird zunächst auf eine GmbH & Co. KG, ihre alleinige Muttergesellschaft, verschmolzen. Im Anschluss daran erfolgt eine formwechselnde Umwandlung der GmbH & Co. KG in eine GmbH. Bei dieser neuen GmbH soll der mitbestimmte Aufsichtsrat – möglichst mit den ursprünglichen Mitgliedern – am Schluss der Umgestaltung weiterhin im Amt sein. Der Beitrag befasst sich mit den hiermit verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten und zeigt einen praktikablen Lösungsweg auf. Die Ausführungen gelten gleichermaßen für andere mitbestimmungspflichtige Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, Erbschafts- und Wirtschaftsgenossenschaften).

1. Verschmelzung der Tochter (Kapitalgesellschaft) auf die Mutter (Kapitalgesellschaft & Co. KG)

1. Erlöschen des Aufsichtsrats der übertragenden Kapitalgesellschaft

Bei der Verschmelzung der Tochter-Kapitalgesellschaft auf die Mutter-Kapitalgesellschaft & Co. KG erlischt die Tochter-Ka-

pitalgesellschaft mit Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Zugleich erlöschen mit Wirksamwerden der Verschmelzung nach einhelliger Ansicht auch die Ämter der Mitglieder von Leitungsorganen, insbesondere der Aufsichtsratsmitglieder.³⁾ Hingegen gelten die Arbeitsverhältnisse der Tochter-Kapitalgesellschaft mit ihren Arbeitnehmern auf die übernehmende Mutter-Kapitalgesellschaft & Co. KG über (§ 324 UmwG i. V. m. § 613a Abs. 1 BGB).⁴⁾ Dadurch wird auf Ebene der Kapitalgesellschaft & Co. KG die Komplementär-Kapitalgesellschaft mitbestimmungspflichtig (§ 4 Abs. 1, § 1 Abs. 1 MitbestG). Regelmäßig sind zwar nur Kapitalgesellschaften mitbestimmungspflichtig, die jedoch im Fall einer Kapitalgesellschaft & Co. KG in der Regel keine eigenen Arbeitnehmer haben und daher an sich nicht mitbestimmungspflichtig wären, denn § 1 Abs. 1 MitbestG verlangt, dass in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Hingegen bestehen die Arbeitsverhältnisse mit der KG, die jedoch wegen ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft ebenfalls nicht gemäß § 1 Abs. 1 MitbestG mitbestimmungspflichtig ist. Um eine Umgehung der Mitbestimmung durch die Verwendung der Gesellschaftsform einer Kapitalgesellschaft & Co. KG zu vermeiden, fingiert § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG unter bestimmten Voraussetzungen, dass für die Anwendung des MitbestG die Arbeitnehmer der KG als sol-

¹⁾ Rechtsanwalt, Partner Wirtz Welter Fischer Leimann München

²⁾ Rechtsanwalt, Notar Bonn, München

³⁾ Lutter/Großerwald, UmwG, 2. Aufl., 2000, § 20 Rz. 28; Schmidt/Hornung, StBz, UmwG/UmwertG, 4. Aufl., 2006, § 20 UmwG Rz. 8. Anders der Betriebsrat, dieser „folgt“ dem jeweiligen Betrieb und bleibt daher von dem Verschmelzungsvorgang in der Regel unberührt (Börsner, GmbHR 1998, 377, 382; Böder/Hausmann, DB 1999, 1754).

⁴⁾ Abweichend von früher vertretenen Auffassungen ist § 613a BGB bei Umwandlungen anzuwenden, wenngleich hierbei ein Vermögensübergang bruti Gesetzes erloschen und kein „Rechtsgeschäft“ geschlossen wird (ZAG ZIP 2000, 1630 m. Anm. Baum-Meyhö, diese EWFR 2000, 1009 (Jan), Schmidt/Hornung/StBz-Fußn. 1, § 20 UmwG Rz. 95 ff.).

eine der Komplementär-Kapitalgesellschaft geiten und diese daher ihrerseits mitbestimmungspflichtig ist, d.h. einen mitbestimmten Aufsichtsrat bilden muss (§ 6 Abs. 1 MitbestG).

2. Neubestellung eines Aufsichtsrats bei der Komplementärin der aufnehmenden Kapitalgesellschaft & Co. KG

2.1 Grundsätzlich: Neuwahl des Aufsichtsrats nach der Verschmelzung

Die grundsätzlich erforderliche Neuwahl der Aufsichtsratsmitglieder bei der Komplementär-Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft & Co. KG ist mit erheblichem organisatorischen Aufwand verbunden. In Unternehmen mit über 2.000 und bis 8.000 Arbeitnehmern werden die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in unmittelbarer Wahl gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die Wahl durch Delegierte beschließen. Erst in Unternehmen mit mehr als 8.000 Arbeitnehmern werden die Aufsichtsratsmitglieder durch Delegierte gewählt (§ 9 Abs. 1 und 2 MitbestG).

Regelmäßig werden Verschmelzungen nicht zu dem Zeitpunkt wirksam, in dem die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer turnusmäßig hätten neu gewählt werden müssen. Infolge des Erlöschens des Aufsichtsrats würde daher eine außerordentliche Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erforderlich, die mit erheblichem Finanz-, Personal- und Zeitaufwand erfolgen müsste. Verständlicherweise ist das Bemühen groß, diesen zusätzlichen Aufwand nach Möglichkeit zu vermeiden.

2.2 Ausnahme: Keine Neuwahlen bei gerichtlicher Notbestellung

Sobald ein Aufsichtsrat unterbesetzt ist, da ihm die durch Gesetz oder Satzung festgelegte Mitgliederzahl fehlt, kommen entweder Nachwahlen (bei Arbeitnehmervertretern) oder eine gerichtliche Notbestellung in Betracht. Nachwahlen sind im Gesetz zwar nur unvollständig geregelt, aber immerhin vorgesehen.³¹ Demgegenüber ist die Bestellung von Arbeitnehmervertretern durch gerichtlichen Beschluss von der gesetzlichen Konzeption her nur eine Behelfslösung. § 104 Abs. 2 AktG sieht vor, dass das Gericht auf Antrag den Aufsichtsrat auf die vorgeschriebene Zahl zu ergänzen hat, wenn ihm weniger Mitglieder als die durch Gesetz oder Satzung festgelegte Zahl angehören. Damit zeigt sich die besondere Problematik im vorliegenden Fall: Der Aufsichtsrat ist nicht im Sinne des Gesetzes unterbesetzt, sondern existiert überhaupt noch nicht. Daher liegen nach dem Wortlaut dieser Bestimmung die Voraussetzungen für eine gerichtliche Notbestellung nicht vor. Vielmehr müsste eine Neuwahl erfolgen (§ 6 Abs. 1 und 2 MitbestG i. V. m. § 104 Abs. 2 AktG). Um den damit verbundenen Aufwand dennoch zu vermeiden, ist folgende Vorgehensweise zu empfehlen:³²

Zunächst muss durch Wahl der Anteilseignervertreter und Konstituierung der Aufsichtsrat als Organ geschaffen werden, da erst dadurch eine nicht ordnungsgemäße Besetzung des dann etablierten Aufsichtsrats gegeben ist. Diese Wahl unterliegt den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere des Gesellschaftsvertrages (§ 8 Abs. 1 MitbestG).

Im zweiten Schritt ist ein Antrag auf gerichtliche Bestellung der Arbeitnehmervertreter zu stellen (§ 104 Abs. 2 und 3 Nr. 2 AktG, § 6 Abs. 2 MitbestG). Aus politischen Gründen empfiehlt es sich, dass den Antrag – abweichend von § 104 Abs. 1 Satz 1 und 3 Nr. 1 AktG – nicht die Geschäftsführung oder der Betriebsrat alleine, sondern beide gemeinsam stellen.³³ Des Weiteren ist eine Erklärung der Geschäftsführung beizufügen, welche Gewerkschaften betroffen sind. Sodann ist die Zustimmungserklärung aller betroffenen Gewerkschaften und des Betriebsrats beizubringen. Sofern, wie vorgeschlagen, der Gesamtbetriebsrat den Antrag auf gerichtliche Bestellung mit stellt, ist dieses Erfordernis regelmäßig unproblematisch.

Schließlich sind die Einverständniserklärungen der benannten Arbeitnehmervertreter beizubringen.³⁴ Darin muss insbesondere versichert werden, dass keine Hinderungsgründe für die Annahme des Amtes nach dem Aktiengesetz vorliegen (§ 100 AktG, § 6 Abs. 2 MitbestG).

Eine wörtliche Anwendung des § 104 Abs. 2 AktG scheidet insoweit allerdings aus. Denn sie würde voraussetzen, dass dem bereits vorhandenen Organ Aufsichtsrat nicht die volle Zahl Mitglieder angehören. Vielmehr werden durch den Kunstgriff, dass man zunächst das Organ Aufsichtsrat nur mit den Anteilseignervertretern ins Leben rufte, die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass anschließend die Arbeitnehmervertreter gerichtlich bestellt werden.³⁵ Da man sich mit dieser Lösung nicht innerhalb der Wortlauts des § 104 Abs. 2 AktG bewegt, sondern eine – potenziell – vergleichbare Situation herbeiführt, ist dieses Vorgehen nur in enger Absprache mit dem zuständigen Registergericht zu empfehlen.

2.3 Die Amtsdauer der gerichtlich bestellten Arbeitnehmervertreter

Die gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder bleiben so lange im Amt, wie dies im gerichtlichen Bestellungsbeschluss festgelegt ist. Falls eine solche Festlegung nicht erfolgt, dauert die Amtszeit, bis die gesetzlich zulässige Höchstdauer der Amtszeit endet oder bis Neuwahlen stattgefunden haben.

Das Gericht kann in seinem Bestellungsbeschluss eine Amtszeit festlegen, etwa bis zur Beendigung der nächsten ordentlichen Hauptversammlung. Nach dem Ablauf dieser Amtszeit endet das Amt.³⁶ Ohne Festlegung im Beschluss endet das Amt der Aufsichtsratsmitglieder mit Behebung des Mangels oder nach allgemeinen Grundsätzen.

31 Vgl. § 13 Abs. 1 MitbestG, § 87 Abs. 1 MitbestG; *Finanz-Hausen/Urban*, MitbestG, 2. Aufl., 2006, § 22 Rz. 22; *Kaßner*, BB 1987, 1133.

32 *Ullrich/Inowat/Ortiz*, im: *Erster Kommentar*, 2. Aufl., 6. Aufl., 2006, MitbestG, Einleitung Rz. 20 am Ende.

33 Gemäß § 104 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. Abs. 1 AktG, § 6 Abs. 2 MitbestG sind sowohl die Geschäftsführung als auch der Gesamtbetriebsrat, daneben weitere Organisationen, insbesondere Gewerkschaften, die das Recht haben, Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer vorzuschlagen, mitzuberechtigter Bericht in der Gesellschaft kein Gesamtbetriebsrat, sondern nur ein Betriebsrat, im Letzteren zuständig (§ 104 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AktG).

34 Selbstverständlich wäre der Bestellte berechnigt, die Übernahme des Amtes abzulehnen (siehe nur BAG/OhL/G ZfP 2004, 2190, 2191); *Hopt/Roth*, Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2006, § 104 Rz. 91; *Hopt*, AktG, 2. Aufl., 2006, § 104 Rz. 5, § 101 Rz. 7.

35 In diesem Sinne wohl auch *Hopt/Roth* (Fußn. 6), § 104 Rz. 47.

36 *Hoptmann/Döring*, im: *Munch. Hab. GesR*, Bd. 4, 2. Aufl., 1979, § 30 Rz. 35; *Hopt/Roth* (Fußn. 6), § 104 Rz. 106 ff.

Gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder verlieren ihr Amt automatisch, sobald der Mangel behoben ist (§ 104 Abs. 5 AktG). Die gerichtliche Bestellung endet damit kraft Gesetzes, sobald die Beschlussfähigkeit bzw. die Unterbesetzung entfallen ist (§ 104 Abs. 1 bzw. 2 und 3 AktG). Das Amt gerichtlich bestellter Aufsichtsratsmitglieder erlischt also insbesondere dann, wenn durch Neuwahl die zur Beschlussfähigkeit oder Vollzähligkeit fehlenden Mitglieder bestellt werden.⁹⁾ Im vorliegenden Fall bleiben die gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder daher, vorbehaltlich allerdings der allgemeinen Amtshöchstdauer (dazu sogleich), im Amt, solange keine Neuwahlen stattfinden.

Die allgemeinen Vorschriften über die Amtsdauer von Aufsichtsratsmitgliedern sind in jedem Fall für gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder subsidiär anwendbar.¹⁰⁾ Die höchstzulässige Amtszeit der gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder bestimmt sich nach allgemein geltenden Regeln, insbesondere § 102 Abs. 1 AktG. Demnach können Aufsichtsratsmitglieder nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung über das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Dabei gilt die gesetzliche Höchstdauer für die Bestellung erst ab Wirksamwerden des Bestellungsbeschlusses. Damit ist die Amtszeit der gerichtlich bestellten Mitglieder nicht notwendig auf die restliche Dauer der ursprünglichen Amtszeit beschränkt.¹¹⁾ Deshalb scheidet das gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglied von Rechts wegen spätestens mit Ablauf der gesetzlichen Höchstdauer aus seinem Amt aus. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, dass hierdurch der Zustand wieder hergestellt wird, der durch die gerichtliche Bestellung an sich beseitigt werden sollte. Jedoch kann das Gericht auf Antrag erneut von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen.¹²⁾

2.4 Erzwingbarkeit von Neuwahlen vor Ablauf der regulären ursprünglichen Amtszeit?

Problematisch für das geschilderte Vorgehen ist, dass die Arbeitnehmer nach dem MitbestG ein Recht besitzen, ihre Vertreter in den Aufsichtsrat zu wählen. Nicht ausgeschlossen ist also, dass Arbeitnehmer versuchen, die gerichtliche Notbestellung dadurch zu konterkarieren, dass sie die Durchführung von Aufsichtsratsneuwahlen gerichtlich erzwingen wollen. Besondere Beachtung gilt daher den hoheitlichen und privatrechtlichen Möglichkeiten, mit denen Nachwahlen der Arbeitnehmervertreter in den bei der Komplementär-Kapitalgesellschaft angesiedelten Aufsichtsrat durchgesetzt werden können.

2.4.1 Hoheitliche Sanktionsmöglichkeiten

Dem MitbestG liegt das Regelungsmodell zugrunde, dass die Arbeitnehmer in erster Linie von sich aus tätig werden (wollen), um Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu wählen. Niemand darf die Wahlen der Arbeitnehmervertreter beeinflussen oder behindern (§ 20 MitbestG). Dagegen fehlen hoheitliche Sanktionsmöglichkeiten gegenüber einer Kapitalgesellschaft bzw. einer Kapitalgesellschaft & Co. KG, um die Durchführung der Wahlen von Seiten der Arbeitnehmer in

den jeweiligen Unternehmen durchzusetzen. Lediglich gegenüber AG und KGaA bestehen vereinzelt Möglichkeiten, ein Zwangsgeld zu verhängen, etwa damit der Vorstand den Antrag gemäß § 104 Abs. 1 AktG stellt (vgl. § 407 Abs. 1 AktG).

2.4.2 Privatrechtliche Erzwingung eines Wahlverfahrens

Rechtsgrundlage für die Durchführung von Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in einem Unternehmen, in dem die Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 MitbestG ein Mitbestimmungsrecht haben, ist § 39 MitbestG i. V. m. der 2. WO MitbestG (§ 1 Abs. 2, §§ 2 bis 87 2. WO MitbestG).

Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch das Gericht ist vom Gesetz lediglich als Lösung für Vakanzan vorgesehen. Jedoch erfolgen in der Praxis fast niemals Nachwahlen.¹³⁾ Das Gesetz sieht kein spezielles Verfahren vor. Alle Streitigkeiten über die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer werden nach dem MitbestG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entschieden, geregelt in § 24 Abs. 1 Nr. 3, §§ 80 ff. ArbGG. Dieses Verfahren dient auch dazu, eine spätere Wahlanfechtung gemäß §§ 21, 22 MitbestG zu erübrigen oder wenigstens zu beschleunigen.¹⁴⁾

Die Entscheidung des LAG Köln vom 30. 6. 2000¹⁵⁾ stellt dar, unter welchen Voraussetzungen ein Antrag auf Nachwahl wegen unverhältnismäßigen Aufwands zurückzuweisen ist. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 2. 10. 1997 waren (offenbar bei der Deutschen Telekom AG) Aufsichtsratswahlen durch Delegierte durchgeführt worden. Drei Arbeitnehmervertreter legten später ihr Amt zum 31. 7. 1998, 28. 3. 1999 und 31. 5. 1999 nieder. An deren Stelle wurden drei Arbeitnehmer durch registerrichterlichen Beschluss bestellt.

Die Antragsteller im Beschlussverfahren hielten diese Vorgehensweise für rechtswidrig. Sie waren der Ansicht, für die ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder müsse eine Nachwahl stattfinden. Der Antragsgegner hielt den Antrag für unzulässig, wenigstens aber unbegründet. Denn wegen der Ersatzbestellung gemäß § 104 AktG sei eine Nachwahl nicht erforderlich. Jedenfalls sei sie unverhältnismäßig angesichts der hohen Kosten, da zumindest die bereits 1997 entstandenen Kosten von 10 Mio. DM für die Delegiertenversammlung erneut aufgewandt werden müssten. Hinzu komme, dass man wegen der 1997 erfolgten Umstrukturierung des Konzerns nicht mehr ohne weiteres auf die damaligen Delegierten zurückgreifen könne, so dass auch Delegiertenwahlen neu durchzuführen wären.

9) Hoffmann-Becking (Fußn. 8), § 30 Rz. 35.

10) MünchKommBVerf. AktG, 61. 3. 2. Aufl., 2004, § 104 Rz. 139; Hoffmann-Becking (Fußn. 9), § 104 Rz. 119.

11) Hoffmann-Becking (Fußn. 8), § 30 Rz. 35. Bei der gerichtlichen Bestellung nur einiger weniger Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer finden indessen im Verlauf ihrer maximal fünfjährigen Amtszeit umfassende Aufsichtsratswahlen statt, so dass es bereits vorher zur Behebung des Mangels und damit zum Erlöschen des Amtes kommt (§ 104 Abs. 5 AktG).

12) Vgl. MünchKommBVerf. (Fußn. 10), § 104 Rz. 139; Hoffmann-Becking (Fußn. 9), § 104 Rz. 121.

13) Fuchs-Kottler, Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 2. Aufl., 2001, Rz. 592.

14) Fuchs-Kottler (Fußn. 13), Rz. 601, ausführlich Haas-Ullrich (Fußn. 5), vor § 9 Rz. 46 ff. m.N.

15) NZARRE 2001, 317.

In der ersten Instanz wurde der Antrag auf Durchführung einer Nachwahl vom ArbG Bonn¹⁶⁹ als unbegründet zurückgewiesen. Das LAG Köln wies die Beschwerde gegen den Beschluss ab, weil die von den Antragsstellern geforderten Nachwahlen unverhältnismäßig gewesen wären.

Grundsätzlich ist zwar die Bestellung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gemäß § 104 AktG nur eine Not- und Behelfslösung. Aus § 104 Abs. 5 AktG ergibt sich, dass das Amt des gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieds erlischt, wenn und sobald der zur Bestellung führende Mangel behoben ist. Das bedeutet, dass die Ersatzbestellung durch das Gericht ein Unternehmen nicht daran hindert, die Bestellung von weiteren Aufsichtsratsmitgliedern in dem dafür vorgesehenen normalen Verfahren durchzuführen. Damit, so das LAG Köln, bestehe grundsätzlich sogar die Pflicht des Unternehmens, eine Nachwahl durchzuführen.

Das Erfordernis der Nachwahl sei aber begrenzt durch das allgemeine Rechtsprinzip der Unzumutbarkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit. Diesbezüglich sei nicht auf die Kosten der Nachwahl abzustellen, sondern vielmehr auf den organisatorischen Aufwand, wenn – wie in dem entschiedenen Fall – die Nachwahlen in erhebliche Nähe zur nächsten turnusmäßigen Wahl geraten und die Ersatzmitglieder nur für die restliche Periode, also die Amtszeit der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder zu wählen sind. Das LAG Köln hielt deshalb Nachwahlen für unzumutbar: Sie hätten dazu geführt, dass im Grunde derselbe Aufwand angefallen wäre wie bei der Neuwahl des gesamten Aufsichtsrats für eine volle Amtszeit.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zeiträume, so das LAG Köln, sei im Übrigen derjenige der Entscheidung im Beschwerdeverfahren und nicht derjenige, zu dem die Nachwahlen frühestens hätten stattfinden können. Denn es gehe um die effektiv noch zur Verfügung stehende Zeit. Damit schloss sich das LAG Köln der Auffassung des ArbG Bonn als Vorinstanz an. Dieses habe die Erforderlichkeit von Nachwahlen verneint, wenn die Restamtszeit in keinem angemessenen Verhältnis zum Aufwand für die Wahl steht.¹⁷⁰

Demgegenüber lehnte es das LAG Köln ab, zur Begründung der Unzumutbarkeit von Nachwahlen auf die hiermit verbundenen Kosten abzustellen. Die anfallenden Kosten könnten aufgrund der gesetzgeberischen Wertung nicht als Argument herangezogen werden, da das Gesetz eine Kostentragungspflicht des Unternehmens vorsieht.¹⁸⁰

Dieser Entscheidung des LAG Köln ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie hat zur Folge, dass in zeitlicher Nähe von turnusmäßigen Aufsichtsratsneuwahlen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kein durchsetzbarer Anspruch auf die Durchführung von vorzeitigen Neuwahlen besteht. Die Schwäche der Entscheidung liegt darin, dass sie nur auf das allgemeine – und deshalb mit den entsprechenden Unsicherheiten behaftete – Rechtsprinzip des Übermaßverbots gestützt werden konnte, was vor allem für die Praxis zu erheblichen Unsicherheiten führt. Hinzu kommt, dass für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Zeitpunkt der Entscheidung im Beschwerdeverfahren maßgeblich ist. Damit haben es die Parteien durch die Gestaltung ihrer Prozessaktik in der Hand, die Entscheidung des

Beschwerdegerichts hinauszuzögern oder zu beschleunigen, so dass hiervon letztlich die Durchführung der gegenüber der gerichtlichen Notbestellung vorrangigen Nachwahlen abhängt.

Für den vorliegenden Fall bedeutete dies, dass eine Erzwingung von Neuwahlen durch Arbeitnehmer weitgehend ausgeschlossen werden konnte, so dass die gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder bis zum Ende ihrer Bestelldauer im Amt blieben. Auch insoweit konnte also die kontinuierliche Arbeit des ursprünglichen Aufsichtsrats gesichert werden.

II. Formwechsel der Kapitalgesellschaft & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft

1. Wege der Umwandlung

Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft kann auf drei grundsätzlichen Wegen erfolgen: Erstens durch Formwechsel gemäß §§ 190 ff., 214 ff. UmwG. Zweitens durch Einbringung sämtlicher Kommanditgesellschaftsanteile an der Kapitalgesellschaft & Co. KG in die Komplementär-Kapitalgesellschaft als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Gewährung von neuen Geschäftsanteilen an dieser Kapitalgesellschaft. Das Vermögen der Kapitalgesellschaft & Co. KG geht dann im Wege der Anwachsung auf ihre Komplementär-Kapitalgesellschaft über, während die KG selbst erlischt. Drittens durch Ausscheiden aller Kommanditisten ohne oder gegen Abfindung mit der Folge, dass das Vermögen der Komplementär-Kapitalgesellschaft anwächst und die KG ebenfalls erlischt.¹⁷⁹

2. Folgen der formwechselnden Umwandlung für den Aufsichtsrat

Auch bei der Umwandlung der KG in eine Kapitalgesellschaft stellt sich die Frage, ob der gerichtlich bestellte Aufsichtsrat diesen Formwechsel übersteht oder ob nimmlich bei der neuen Kapitalgesellschaft ein Aufsichtsrat vollkommen neu zu installieren ist, was wiederum die aufwändige Durchführung von Neuwahlen der Arbeitnehmervertreter zur Folge hätte.

Die Literatur, soweit sie sich äußert, geht davon aus, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats der Komplementär-Kapitalgesellschaft für den Rest ihrer Bestelldauer als Mitglieder des Aufsichtsrats der neuen Kapitalgesellschaft im Amt bleiben. Begründet wird dieses Ergebnis zutreffend mit der Anwendbarkeit des § 203 Satz 1 UmwG.¹⁸⁰ Nach dieser Bestimmung bleiben die Mitglieder des Aufsichtsrats – abweichend von dem Grundsatz, dass Organstellungen beim formwechselnden Rechtsträger infolge des Formwechsels entfallen – nach Wirksamwerden des Formwechsels für den Rest ihrer Wahlzeit im Amt, sofern der Aufsichtsrat beim Rechtsträger neuer Rechts-

169) Beschl. v. 17.11.1999 – 4 BV 24/99, n.v.

170) Unter Hinweis auf die Literatur: *Kalberner*, BB 1978, 1524, 1525.

180) Vgl. § 20 Abs. 3 Satz 1 UmwG.

19) Hierzu auch: *Jäger*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 3, 2. Aufl., 2003, § 73 Rz. 106 ff.; *Pöhlitz-Schulte*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 2, 2. Aufl., 2004, § 57 Rz. 6; *Schmidt-Dannert-Morlock*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 2005, S. 1658; *Schmidt*, NJW 1998, 7, iew. m. v. N., insbesondere zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Wege, z. B. Hebung stiller Reserven, Erhaltung der Identität der formgewechselten GmbH & Co. KG, etc.

20) *Latzen-Döcker*, UmwG, 2. Aufl., 2000, § 203 Rz. 3 und 4.

form in gleicher Weise wie bei dem formwechselnden Rechtsträger gebildet und zusammengesetzt wird. Ferner ändert sich auch nichts an der Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Fall des Formwechsels einer von § 1 Abs. 1 bzw. § 1 Abs. 1 MitbestG erfassten Kapitalgesellschaft & Co. KG mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern in eine Kapitalgesellschaft und umgekehrt.²¹

Entscheidend ist, dass bei dem Rechtsträgeralter wie auch neuer Form ein Aufsichtsrat nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 MitbestG zu bilden ist.

Daran mögen vorliegend zwar deshalb Zweifel bestehen, da der Aufsichtsrat genau genommen nicht bei dem alten Rechtsträger selbst zu bilden war, sondern bei dessen Komplementärin. Daher gibt es auch Stimmen, die die Anwendbarkeit des § 203 Satz 1 UmwG beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft & Co. in eine Kapitalgesellschaft ablehnen.²² Diese Betrachtungsweise ist indessen rabulistisch und geht an den Bedürfnissen der Praxis vorbei. Sie verkennt, dass § 4 MitbestG die Mitbestimmung auf die KG selbst erstreckt und lediglich rechtstechnisch die bei dieser beschäftigten Arbeitnehmer der Komplementärgesellschaft hinzurechnet.²³

Hinzu kommt, dass die insbesondere von *Statz*²⁴ und *Bärwaldt*²⁵ vorgeschlagene Lösung komplizierter und damit für die Praxis wenig geeignet ist: Danach soll zunächst die unvollständige Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats (noch ohne Arbeitnehmervertreter) erfolgen. Es bestehe dann die Pflicht, die Wahl der Arbeitnehmervertreter und ggf. das Statusverfahren gemäß §§ 97 ff. AktG durchzuführen. Zur Begründung verweist *Statz* auf die Entscheidung des BayObLG vom 9. 6. 2000.²⁶ Indessen betraf diese Entscheidung den insoweit nicht vergleichbaren Fall einer gerichtlichen Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern vor Eintragung der Gesellschaft.

Daraus folgt, dass auch beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft § 203 Satz 1 UmwG Anwendung findet und der Aufsichtsrat der Komplementär-Kapitalgesellschaft fortan bei der neuen Kapitalgesellschaft angesiedelt ist.

Bedenklich ist insoweit zwar, dass nach § 203 Satz 1 UmwG die Mitglieder des Aufsichtsrats für den Rest ihrer „Wahlzeit“ als Mitglieder des Aufsichtsrats des neuen Rechtsträgers im Amt bleiben sollen. Jedoch lässt sich dies auch auf nicht gewählte, sondern gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder übertragen. Dem Normzweck des § 203 UmwG ist die rechtsformübergreifende Sicherung der Amtskontinuität von Aufsichtsratsmitgliedern.²⁷ Vor diesem Hintergrund bleiben gemäß § 203 Satz 1 UmwG auch gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder bei dem Rechtsträger neuer Rechtsform so lange im Amt, bis deren Amt erlischt.

Keine Schwierigkeiten treten auf, wenn der Formwechsel durch Einbringung vändlicher Kommanditgesellschaftsanteile an der Kapitalgesellschaft & Co. KG in die Komplementär-Kapitalgesellschaft als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Gewährung von neuen Geschäftsanteilen an die-

ver Kapitalgesellschaft erfolgt. Ebenso verhält es sich beim Ausscheiden aller Kommanditisten ohne oder gegen Ablindung, so dass das Vermögen der Komplementär-Kapitalgesellschaft anwächst. In beiden Fällen existiert der Aufsichtsrat bereits bei der Kapitalgesellschaft, welche alleine fortbesteht. Insbesondere für gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich keine Veränderungen.

III. Zusammenfassung

1. Die gerichtliche Notbestellung der ursprünglich gewählten Aufsichtsratsmitglieder im Anschluss an die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft & Co. KG stellt deren Amtskontinuität sicher. Ebenso überdauert die Notbestellung den Formwechsel der Kapitalgesellschaft & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft.

2. Die Neuwahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist im Falle einer gerichtlichen Notbestellung – zunächst – entbehrlich. Voraussetzung dafür ist, dass dem Aufsichtsrat weniger Mitglieder als die durch Gesetz oder Satzung festgelegte Zahl angehören. Existiert der Aufsichtsrat bei der Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht, weil er infolge einer Verschmelzung erloschen ist, kommt in Betracht, zunächst die Anteilseignervertreter zu wählen und anschließend einen Antrag auf gerichtliche Notbestellung der Arbeitnehmervertreter zu stellen.

3. Die Amtsdauer gerichtlich bestellter Aufsichtsratsmitglieder endet abhängig vom gerichtlichen Bestellungsbeschluss und der Behebung des Mangels. Sie bestimmt sich hilfsweise nach den allgemeinen Vorschriften über die Amtshöchstdauer.

4. Die Durchführung von Neuwahlen vor Ablauf der regulären Amtszeit ist nur begrenzt erzwingbar. Zwar besteht grundsätzlich eine Pflicht des mitbestimmungspflichtigen Unternehmens, auf Antrag Neuwahlen durchzuführen. Die Durchführung von Neuwahlen kann jedoch wegen des hiermit verbundenen organisatorischen Aufwands bei einer nur noch kurzen restlichen Amtszeit unverhältnismäßig und daher unzumutbar sein.

5. Beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft bleiben die Mitglieder des bereits bestehenden Aufsichtsrats der Komplementär-Kapitalgesellschaft als Mitglieder des Aufsichtsrats der neuen Kapitalgesellschaft im Amt. § 203 Satz 1 UmwG findet auch in diesem Fall Anwendung.

21) *Vossku*, in: *Wilmanns/Mayer*, UmwG, Stand: Oktober 2004, § 203 Rz. 9, 11 f., 15, 19; *Wilmanns/Mayer*, *obsl.*, § 197 Rz. 15.

22) *Gottschalk*, NZG 2003, 713; *Schnitt/Hornig/Satz* (FuSt), 1, § 203 Rz. 4.

23) *Otto* (FuSt), 4, § 4 MitbestG Rz. 1. Voraussetzung dafür ist, dass die Komplementärgesellschaft eine in § 1 Abs. 1 MitbestG genannte Rechtsform hat und überens nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

24) *Schnitt/Hornig/Satz* (FuSt), 1, § 203 Rz. 4.

25) *Sander/Songel/Bärwaldt*, UmwG, 2003, § 197 Rz. 71.

26) NJW-RR 2000, 1482.

27) *Latt* (Dobler) (FuSt), 20, § 203 Rz. 1; *Schnitt/Hornig/Satz* (FuSt), 1, § 203 Rz. 1.