

werk annehmen und sich im Hinblick auf einzelne offene Fragestellungen eine praktikable und effiziente Registerpraxis bildet. Da sich eine solche gegenwärtig noch nicht vollends abgezeichnet hat, kann nur empfohlen werden, möglichst frühzeitig die inhaltliche Abstimmung mit den jeweils zuständigen Registergerichten zu suchen, damit ein rasches, kostensparendes und rechtlich valides Prozedere für die praktische Umsetzung des grenzüberschreitenden Verschmelzungsrechts gewährleistet ist.

// Autor

Dr. Moritz Brocker ist Rechtsanwalt und seit 2007 bei Luther beschäftigt. Als Mitglied der Service Line Corporate/M&A, Berlin, berät er schwerpunktmäßig im Rahmen von internationalen Transaktionen und Unternehmensstrukturierungen sowie im Bereich des allgemeinen Kapital- und Personengesellschaftsrechts.



Tobias Grambow, RA, und Ramona Stadler, RA in

Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE)

Der deutsche Gesetzgeber hat Ende 2008 die europäische Verschmelzungsrichtlinie (Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25.11.2005) in nationales Recht umgesetzt. Bei Betrachtung sowohl der Verschmelzungsrichtlinie als auch der nationalen Umsetzung fällt auf, dass die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE) als verschmelzungsfähige Gesellschaft nicht explizit erwähnt wird. Die SE wird jedoch zunehmend als attraktive Gesellschaftsform angenommen. Auch kleine und mittelständische Unternehmen ziehen vermehrt eine Umwandlung in eine SE in Betracht (Übersicht unter: <http://ecdb.worker-participation.eu/>). Der Attraktivität einer bereits errichteten SE wäre es indessen abträglich, wenn sie in späteren Unternehmensumstrukturierungen nicht so flexibel wäre wie andere Kapitalgesellschaftsformen. Ob auch eine SE an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein kann ohne ihren Status als SE zu verlieren, wird nachfolgend näher beleuchtet.

I. Verschmelzungsbegriff

Der Begriff der Verschmelzung ist sowohl für die innerstaatliche als auch die grenzüberschreitende Verschmelzung in § 2 UmwG legaldefiniert.

Eine Verschmelzung bezeichnet danach einen Vorgang, durch den eine oder mehrere Rechtsträger unter Auflösung ohne Abwicklung a) im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) gegen Gewährung von Aktien oder sonstigen Anteilen am Gesellschaftskapital der anderen Gesellschaft an ihre eigenen Gesellschafter und gegebenenfalls einer baren Zuzahlung (Verschmelzung durch Aufnahme) oder b) im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Rechts-

träger (übertragende Rechtsträger) jeweils als Ganzes auf einen neuen, von ihnen dadurch gegründeten Rechtsträger (Verschmelzung durch Neugründung) verschmolzen werden – jeweils gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers an die Anteilsinhaber (Gesellschafter, Partner, Aktionäre oder Mitglieder) der übertragenden Rechtsträger.

Eine Verschmelzung unterfällt nur dann dem Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie, wenn sie die „grenzüberschreitende“ Verschmelzung von Kapitalgesellschaften betrifft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben. Eine Verschmelzung ist grenzüberschreitend, sofern mindestens zwei der Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen.

II. Verschmelzungsfähige Gesellschaften

Im Gegensatz zur innerstaatlichen Verschmelzung sind gemäß § 122b UmwG nur Kapitalgesellschaften verschmelzungsfähig; ausdrücklich ausgeschlossen sind Genossenschaften. Verschmelzungsfähige Kapitalgesellschaften sind hiernach ausschließlich Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie. Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Verschmelzungsrichtlinie verweist wiederum auf die in Art. 1 der Richtlinie 68/151/EWG¹ (Publizitätsrichtlinie) enumerativ aufgeführten Kapitalgesellschaften. Für die Bundesrepublik Deutschland sind dies Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die SE wird in der Publizitätsrichtlinie nicht ausdrücklich erwähnt, obwohl sie nach deutschem Recht grundsätzlich unter die Gruppe der Kapitalgesell-

¹ Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. Nr. L 065 vom 14/03/1968 S. 0008 – 0012.

schaften fällt (in der enumerativen Aufzählung des § 1 Abs. 1 KStG ist die SE beispielsweise aufgeführt).

Nach Art. 2 Abs. lit. 1 b) der Verschmelzungsrichtlinie sind über die genannten Kapitalgesellschaften hinaus auch solche Gesellschaften verschmelzungsfähig, die Rechtspersönlichkeit besitzen und über gesondertes Gesellschaftskapital verfügen, das allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, und die nach dem für sie maßgebenden innerstaatlichen Recht Schutzbestimmungen im Sinne der Richtlinie 68/151/EWG im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter einhalten müssen. Diese Regelung dient der Verwirklichung eines Schutzes vor Diskriminierung bestimmter Gesellschaftsformen.² So bestimmt Erwägungsgrund 2 zur Verschmelzungsrichtlinie, dass die Mitgliedstaaten Kapitalgesellschaften, denen sie eine innerstaatliche Verschmelzung erlauben, grundsätzlich auch die Möglichkeit einer Beteiligung an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gestatten müssen. Nach deutschem Umwandlungsrecht sind dies die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannten Rechtsträger, die Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung – keine Rede von der SE.

Daraus kann jedoch nicht der – auf den ersten Blick naheliegende – Schluss gezogen werden, dass SEs dem Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie und damit dem nationalen Umwandlungsrecht generell entzogen seien.³ Einer ausdrücklichen Erwähnung der SE als verschmelzungsfähige Kapitalgesellschaft im Sinne der Verschmelzungsrichtlinie und des § 122b UmwG bedurfte es nämlich aus den nachfolgenden Gründen nicht.

Die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)⁴ sieht in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) i.V.m. Art. 10 die Anwendung der für Aktiengesellschaften geltenden Regelungen des jeweiligen Mitgliedsstaates auf eine nach dessen Recht gegründete SE vor, soweit die Verordnung nicht abschließend ist.

Aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) und Art. 10 der SE-VO folgt letztlich das Verbot der Ungleichbehandlung der SE. Der generelle Ausschluss der SE als aufnehmender Rechtsträger einer grenzüberschreitenden Verschmelzung wäre Diskriminierung der SE gegenüber der AG, die sachlich nicht zu rechtfertigen ist.⁵

Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) und Art. 10 der SE-VO sehen jedoch nur insoweit eine Verweisung auf nationales Recht der AG vor, als die SE-VO selbst Regelungen zur SE nicht enthält.⁶ Zur Beantwortung der Frage, inwieweit die SE-VO ergänzungsbedürftig ist oder weitgehend abschließende Regelungen beinhaltet, wird nachfolgend zwischen der grenzüberschreitenden Verschmelzung zur Gründung einer SE und der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf eine bereits gegründete SE unterschieden.

1. Grenzüberschreitende Verschmelzung zur Gründung einer SE

Für die Gründung einer SE bestimmt die SE-VO detaillierte Regelungen. Die Gründung einer SE ist in Art. 2 SE-VO⁷ und im SEAG⁸ – als deutsches Ausführungsgesetz – geregelt. Art. 2 SE-VO enthält einen numerus clausus von vier möglichen Gründungsarten. Diese sind:

- Verschmelzung,
- Umwandlung,
- Gründung einer gemeinsamen Holding-SE und

– Gründung einer Tochter-SE.

Diese Gründungsmöglichkeiten sind abschließend.⁹ Die erste Form der Gründung ist auf die Verschmelzung von AGs beschränkt. Zwei Formen sind zu unterscheiden:

- die Verschmelzung durch Aufnahme: die aufnehmende AG existiert nach der Aufnahme weiter als SE und die aufgenommene AG hört auf zu existieren, geht also in der aufnehmenden Gesellschaft auf;
- und die Verschmelzung durch Neugründung: beide AGs gehen in einer neu geschaffenen SE auf.

Eine grenzüberschreitende Verschmelzung gemäß §§ 122a ff. UmwG darf folglich nicht zur (erstmaligen) Gründung einer SE führen. Einem solchen Vorhaben stehen die strengen Gründungsvorschriften der SE-VO und des SEAG entgegen. Die SE-VO und das SEAG enthalten detaillierte Regelungen zur Gründung einer SE, so dass die Verweisung auf das nationale Recht der AG hier nicht greift. Die Vorschriften zur SE-Gründung sind damit spezieller gegenüber den §§ 122a ff. UmwG. Letztere sind folglich auf die Neugründung einer SE durch Verschmelzung nicht anzuwenden.¹⁰

2. Grenzüberschreitende Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE

Für die Verschmelzung auf eine bereits existente SE enthält die SE-VO jedoch keine Regelungen.

Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind, wie bereits genannt, auch in der Konstellation möglich, dass eine oder mehrere Gesellschaften zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen (Verschmelzung durch Aufnahme).¹¹ Soll es demnach durch die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung einer SE nicht zu einer Neugründung einer SE kommen, können die strengen Gründungsvorschriften der SE-VO und des SEAG diesem Vorhaben nicht entgegenstehen.¹² Vielmehr ist hier mangels vorliegender Regelung durch die SE-VO ein Rückgriff auf das UmwG erforderlich.

Besteht bereits eine SE, könnte sie demnach aufnehmende Gesellschaft einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sein.¹³ Auch der Gesetzgeber zählt die SE unter die verschmelzungsfähigen Rechtssubjekte einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. So führt auch der deutsche Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zu dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes wörtlich aus:

„Kapitalgesellschaften im Sinne dieses Absatzes sind die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 genannten Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Über Art. 9 Abs. 1

² Oechsler, NZG 2006, 161.

³ Zu diesem Ergebnis kam noch Müller, in: ZIP 2004, 1790, 1792.

⁴ ABl. L 294/1 vom 10.11.2001, S. 1 ff., nachfolgend SE-VO genannt.

⁵ Louven, ZIP 2006, 2021, 2024 m. w. N.

⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a); Oechsler, NZG 2006, 161; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, Art. 9 SE-VO Rn. 35 m. w. N.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

⁸ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft.

⁹ Vgl. bspw. Grambow, Der Konzern, 2009, 97, 98; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, 3. Kap., Rn. 1; Oechsler, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, Art. 2 SE-VO, Rn. 1; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 1. Aufl. 2007, 3. Abschnitt, Rn. 1.

¹⁰ Vgl. Grambow, Der Konzern 2009, 97, 98; Louven, ZIP 2006, 2021, 2024; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 837; Drinhausen/Keinath, BB 2006, 725, 726; Winter, Der Konzern 2007, 24, 27; Bayer, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 122b, Rn. 7.

¹¹ S. o. Abschnitt II. 1.

¹² Grambow, Der Konzern, 2009, 97, 98; Winter, Der Konzern 2007, 24, 27; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 837.

¹³ Grambow, Der Konzern, 2009, 97, 98; Winter, Der Konzern 2007, 24, 27; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 837; Müller, ZIP 2007, 1081, 1082; a. A. Louven, ZIP 2006, 2021, 2024; wohl auch Oechsler, NZG 2006, 161, 162.

Buchst. c) ii) und Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (ABl. L 294/1 vom 10.11.2001, S. 1 ff.) finden die Vorschriften über die innerstaatliche Verschmelzung und die Vorschriften des Zehnten Abschnitts auch auf eine SE mit Sitz in Deutschland Anwendung.¹⁴

Abschnitt 10 des UmwG regelt die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Weiter heißt es:

„Im deutschen Recht sind dies [die verschmelzungsfähigen Kapitalgesellschaften; d. Autor] die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 genannten Rechtsträger, d. h. Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sowie SE mit Sitz in Deutschland.“¹⁵

Obwohl der Gesetzgeber an dieser Stelle offensichtlich annimmt, dass eine SE Rechtssubjekt einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sein kann, scheint er indessen an anderer Stelle davon auszugehen, dass am Ende eines Verschmelzungsvorgangs unter Einbeziehung einer SE nie eine SE stehen kann. In seiner Begründung zu § 4 MgVG (Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung) führt er aus:

„Mit der vorgesehenen Anwendung des Sitzstaatsrechts wird dem Umstand Rechnung getragen, dass aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung – anders als bei der Gründung einer SE oder einer SCE – keine europäische, sondern eine nationale Rechtsform (zum Beispiel AG, GmbH) hervorgeht.“¹⁶

Diese Überlegung lässt den Schluss zu, dass eine grenzüberschreitende Verschmelzung zur Aufnahme in eine SE ausscheiden müsste.¹⁷ Dies kann der Gesetzgeber nicht im Sinn gehabt haben. Zunächst bezieht er die SE in seiner Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes ausdrücklich in den Kreis der verschmelzungsfähigen Gesellschaften – sogar einschränkungslos – ein. Unterstellt, dass am Ende eines grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgangs keine SE stehen darf, verbliebe als Anwendungsfall der grenzüberschreitenden Verschmelzung bei Einbeziehung einer SE lediglich die faktische „Rückabwicklung“ einer SE zu einer nationalen Kapitalgesellschaft.¹⁸ Die Verschmelzungsrichtlinie und die §§ 122a ff. UmwG sind aber nicht das Vehikel zur Rückumwandlung einer SE in eine nationale Rechtsform. Für diese Fälle einer Rückumwandlung einer SE legt Art. 66 der SE-VO spezielle Voraussetzungen fest. So sieht Art. 66 SE-VO beispielsweise eine zweijährige Wartefrist für die Rückumwandlung einer SE in eine nationale Rechtsform vor. Einer Anwendung der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Rückumwandlung einer SE verstieße gegen Art. 9 Abs. 1 lit. a) SE-VO. Eine Anwendung der §§ 122a ff. UmwG auf eine Rückumwandlung einer SE scheidet aufgrund des Vorrangs des SE-VO aus. Der Rückgriff auf nationale Vorschriften zur Aktiengesellschaft ist nur für die Fälle möglich, in denen die SE-VO keine Regelungen vorsieht.¹⁹ Endlich würde eine Rückabwicklung einer SE in eine deutsche Kapitalgesellschaft unter Zugrundelegung der §§ 122a ff. UmwG einfacher zu vollziehen sein als nach den strengen europäischen Vorgaben der SE-VO. Das dies nicht europarechtskonform ist, liegt auf der Hand.

Unter Berücksichtigung des Genannten kann die gesetzgeberische Überlegung in der Begründung zu § 4 MgVG vielmehr nur so zu verstehen sein, dass der Gesetzgeber – zu Recht – davon ausging, die Verschmelzungsrichtlinie sei nicht auf die Neugründung einer SE anwendbar. Auch die Wortwahl „hervorgehen“ unterlegt dieses Verständnis. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine bereits bestehende SE aufnehmende Gesellschaft einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sein kann, ohne ihren Status als SE zu verlieren.

III. Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer²⁰

Dieses Ergebnis ermöglicht eine sachgerechte Anwendung der zum Teil divergierenden Vorschriften zur Beteiligung der Beschäftigten bei der Gründung einer SE und bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen.

1. Grundlagen

Im Falle grenzüberschreitender Verschmelzungen im Anwendungsbereich deutschen Rechts sind die Beteiligungsrechte der Beschäftigten im MgVG in Umsetzung des Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie geregelt. Das SEBG²¹ als deutsche Umsetzung der SE-RL²² hingegen regelt Art und Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung bei Gründung einer SE. In der Konstellation einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zur Aufnahme in eine bereits bestehende SE finden die §§ 122a ff. UmwG Anwendung.²³ Für die Beteiligung der Beschäftigten an der Verschmelzung und in der künftigen Gesellschaft kommt zunächst – naheliegenderweise – das MgVG in Betracht. Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine bereits bestehende SE könnte bei dieser auch zu einer strukturellen Änderung führen, die gemäß § 18 Abs. 3 SEBG Neuverhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer nach den Vorschriften des SEBG zur Folge hätte.

2. Grenzüberschreitende Verschmelzung als strukturelle Änderung

Der gesetzlich nicht definierte Begriff der strukturellen Änderung wird eng ausgelegt. Nur Vorgänge mit gründungsähnlichem Charakter sind als strukturelle Änderungen im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG anzusehen.²⁴ Die Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE stellt regelmäßig eine solche strukturelle Änderung dar.²⁵ Weitere Voraussetzung für die Notwendigkeit von Neuverhandlungen ist die Beeinträchtigung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 9 SEBG sind Beteiligungsrechte solche Rechte, die den Arbeitnehmern und ihren Vertretern im Bereich der Unterrichtung, Anhörung, Mitbestimmung und der sonstigen Beteiligung zustehen.

2.1 Grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine bisherige Vorrats-SE

Die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine bereits bestehende Vorrats-SE löst bei der SE eine Verpflichtung aus, ein Verhandlungsverfahren nach § 18 Abs. 3 SEBG durchzuführen. Voraussetzung für die Eintragung einer SE ist gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zur Regelung der Betei-

14 Begr. RegE v. 12.10.2006, BT-Drs. 16/2919, S. 14; BR-Drs. 548/06, S. 29.

15 Siehe Fn. 6.

16 Begr. RegE v. 11.8.2006, BR-Drs. 540/06, S. 41.

17 So Louven, ZIP 2006, 2021, 2024; wohl auch Oechsler, NZG 2006, 161, 162.

18 Grambow, Der Konzern 2009, 97, 99.

19 S. o. Abschnitt II.

20 Ausführlich hierzu: Grambow, Der Konzern 2009, 97, 99 ff.

21 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG).

22 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L294/22 vom 10.11.2001.

23 S. o. Abschnitt II. 2.

24 Grambow, Der Konzern 2009, 97, 100; Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG Rn. 12 m. w. N.; Wisskirchen/Bissels/Dannhorn, DB 2007, 2258, 2262; Rieble, BB 2006, 2018, 2022; Kienast, in: Janott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, 13. Kap., Rn. 192; Grobys, NZA 2005, 84, 91; Wollburg/Banerjee, ZIP 2005, 277, 279; a. A. Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 18 SEBG Rn. 16; Kökklü, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 1. Aufl. 2007, 6. Abschnitt, Rn. 90.

25 Grambow, Der Konzern 2009, 97, 100; Rieble, BB 2006, 2018, 2022; Seibt, ZIP 2005, 2248, 2250; Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG Rn. 12.

ligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE.²⁶ Art. 12 Abs. 2 SE-VO wird jedoch nicht angewendet, wenn weder die Gründungsgesellschaften noch die zu gründende SE Arbeitnehmer haben und haben werden und die SE (zunächst) auch keine Geschäftstätigkeit aufnehmen wird²⁷ – also eine reine Vorratsgesellschaft für eine spätere Verwendung sein soll. Diese teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO darf jedoch nicht dazu führen, das Fehlen einer Mitbestimmungslösung dauerhaft zu konservieren und das zeitlich und finanziell aufwendige Verhandlungsverfahren zu umgehen.²⁸ Ginge man im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine Vorrats-SE von einem Vorrang des Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und des MgVG aus, könnten die strengeren Vorschriften zur Arbeitnehmerbeteiligung nach dem SEBG faktisch umgangen werden, zumal in der Vorrats-SE noch kein SE-Betriebsrat besteht und durch die Vorratsgründung noch nicht einmal Verhandlungen über die Errichtung eines SE-Betriebsrates geführt wurden. Ein SE-Betriebsrat ist jedoch – abgesehen von den Fällen, in denen das besondere Verhandlungsgremium (BVG) das Scheitern der Verhandlungen beschließt – stets zu installieren bzw. ein gleichwertiges Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer gemäß § 21 SEBG zu vereinbaren. § 18 Abs. 3 SEBG stellt daher in diesen Fällen gegenüber dem MgVG die speziellere Vorschrift dar.

2.2 Grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine aktive SE

Demgegenüber besteht für einen Vorrang des § 18 Abs. 3 SEBG keine Notwendigkeit, wenn bei Gründung der SE, die eine Gesellschaft durch grenzüberschreitende Verschmelzung aufnehmen soll, bereits Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE durchgeführt wurden. In diesem Fall sind die Vorschriften des MgVG anzuwenden.²⁹

Beschäftigt die auf eine bestehende SE verschmolzene Gesellschaft selbst Arbeitnehmer, müssen diese im SE-Betriebsrat grundsätzlich ebenfalls repräsentiert sein. Um dies zu gewährleisten, muss jedoch nicht das aufwändige Verfahren nach § 18 Abs. 3 SEBG durchgeführt werden. Vielmehr eröffnet § 25 SEBG die Möglichkeit einer Neuwahl des SE-Betriebsrates vor Ablauf seiner regulären Amtszeit – ohne erneutes Verhandlungsverfahren.

IV. Fazit

Eine grenzüberschreitende Verschmelzung kann auch unter Beteiligung einer SE erfolgen, soweit sie nicht zur erstmaligen Gründung einer SE führt. Hier sind die Vorschriften der SE-VO vorrangig. Eine Verschmelzung zur Aufnahme in eine bereits bestehende SE gemäß der Verschmelzungsrichtlinie und den deutschen Umsetzungsregelungen des UmwG ist zulässig. Ist die aufnehmende SE lediglich Vorrats-SE richtet sich das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer nach der SE-RL und dem SEBG, ansonsten nach dem MgVG.

// Autoren

Tobias Grambow ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft am Standort Berlin. Er ist Mitglied der Practice Group „Arbeitsrecht“. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet das Entwerfen von Arbeits-, Vorstands- und Geschäftsführeransetzungsverträgen sowie deren Abwicklung. Des Weiteren beinhaltet sein Leistungsspektrum die individuelle Beratung und Betreuung in Fragen der deutschen und europäischen Unternehmensmitbestimmungen. Er begleitet ferner die Gründung von Europäischen Gesellschaften (SE).



Ramona Stadler ist Rechtsanwältin bei Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft am Standort Berlin. Sie ist Mitglied der Practice Group „Corporate/M&A“. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind die Beratung von Unternehmen und Unternehmern in sämtlichen gesellschaftsrechtlichen Belangen, im Besonderen bei der Neuordnung von Unternehmen, Unternehmensverkäufen und -käufen (Asset und Share Deals, Due Diligence), Unternehmenszusammenschlüssen und Abspaltungen von Unternehmensteilen. Gleichmaßen ist sie mit der Beratung von Verkäufern und Käufern bei Immobilientransaktionen betraut.



²⁶ Vgl. LG Hamburg, 30.9.2005 – 417 T 15/05 = BB 2005, 2775.

²⁷ AG Düsseldorf, 16.1.2006 – HRB 52618; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 m. w. N.

²⁸ Näher hierzu: Grambow, Der Konzern 2009, 97, 103.

²⁹ Grambow, Der Konzern 2009, 97, 103.

LG Frankfurt: Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat der Commerzbank scheitert an ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeit

LG Frankfurt, Urteil vom 15.12.2009 – 3–5 O 208/09

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-710-2

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE (NICHT AMTLICH):

1. Entlastungsbeschlüsse für Vorstand und Aufsichtsrat haben keinen Bestand, wenn im Entlastungszeitraum der (vollständige) Beteiligungserwerb allein durch den Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats stattfindet, obwohl hierfür eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung anzunehmen ist.

2. Zwar existiert eine gesetzliche Vorschrift, die die Zuständigkeit der Hauptversammlung begründet, nicht. Mit der Rechtsprechung des BGH ist aber davon auszugehen, dass eine (ungeschriebene) Zuständigkeit der Hauptversammlung begründet ist, wenn „tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse“ eingegriffen wird (vgl. BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 „Holzmüller“) oder wenn „wichtige Grundlagenentscheidungen getroffen“ werden, die sich „auf die eigene Rechtstellung (der Aktionäre) nachhaltig auswirken können“ (vgl. BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 = BB 2004,