

entspreche immerhin dem Normalfall des einstweiligen Rechtsschutzes und könnte eine wirksame Maßnahme gegen räuberische Anfechtungskläger darstellen.

VI. Übergangsfrist

Angesichts der Fülle der vorgesehenen Änderungen ist die Frage nach dem Inkrafttreten und den Übergangsfristen für die Praxis naturgemäß von erheblicher Bedeutung. Dies gilt insbesondere für die Frage, ab wann Hauptversammlungen nach dem neuen Recht zu organisieren sind. Nach § 20 EGAktG-RegE soll das neue Recht grundsätzlich erst für Hauptversammlungen, die nach dem 31. 10. 2009 einberufen werden. §§ 128, 129 und 135 AktG-RegE sind ab dem 1. 11. 2009 anzuwenden. Dies erscheint angesichts des noch zu bewältigenden Gesetzgebungsverfahrens unvermeidlich und dürfte der Praxis entgegenkommen, die für die Hauptversammlungssaison 2009 noch das bisherige Recht anwenden kann. Ganz unproblematisch ist das angesichts der am 3. 8. 2009 ablaufenden Umsetzungsfrist zwar nicht. Doch ist das allenfalls ein Problem des Gesetzgebers, nicht aber der betroffenen Gesellschaften.

VII. Schlussbetrachtung

Die Änderungen, die das ARUG vorsieht, erscheinen im Vergleich zu mancher früheren Reform überschaubar und eher technischer Natur.⁹⁹ Die praktische Bedeutung der geänderten Verfahrensvorschriften kann jedoch kaum überschätzt werden. Dies gilt insbesondere, wenn man mögliche Anfechtungsrisiken berücksichtigt. Um so bedauerlicher

ist es, dass die Maßnahmen gegen räuberische Anfechtungsklagen erneut äußerst vorsichtig ausgefallen sind, mag dies auch nicht auf mangelnder Bereitschaft der zuständigen Ministerialbeamten, sondern auf Zeitmangel und fehlenden politischen Willen zurückzuführen sein. Das nächste Reformgesetz ist damit bereits vorgezeichnet.¹⁰⁰ Dies ist um so befremdlicher, wenn man berücksichtigt, dass das Thema schon seit Jahrzehnten diskutiert wird, wie etwa die Überlegungen Zöllners in seinem anfangs zitierten Beitrag zur »Aktienrechtsreform in Permanenz«¹⁰¹ zeigen.

Unglücklich erscheint es weiterhin, wenn beim Depotstimmrecht Verschärfungen, die vor einem Jahrzehnt verabschiedet worden sind, wieder zurückgenommen werden. Man mag das damit rechtfertigen, dass sich das Problem der Bankenmacht, dem man mit der Regulierung des Depotstimmrechts entgegenwirken wollte, nach Zerschlagung der Deutschland AG nicht mehr stellt und daher jetzt wieder eine Liberalisierung möglich ist. Trotzdem ist dieses Hin und Her unbefriedigend. Auch wenn die »Aktienrechtsreform in Permanenz« kaum noch auf Widerspruch stößt, darf nicht in Vergessenheit geraten, dass dauernde Reformen die Gefahr einer Überregulierung und Überforderung der Unternehmen bergen.¹⁰² Doch dürfte die Hoffnung auf ein Ende der Reformen im Aktienrecht wohl vergebens sein.

99 Ähnlich auch *Seibert/Florstedt*, ZIP 2008, 2145, 2153.

100 So auch schon *Zetsche*, *Der Konzern* 2008, 321, 329 zum RefE.

101 *Zöllner*, AG 1994, 336, 339.

102 Siehe dazu *Arnold* (Fn. 60), S. 261.

Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE)

Von Rechtsanwalt *Tobias Grambow*, Berlin*

- A. Einleitung
- B. Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Einbeziehung einer SE
 - I. Grundlagen
 - II. Grenzüberschreitende Verschmelzung zur Neugründung einer SE
 - III. Grenzüberschreitende Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE
- C. Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer
 - I. Grundlagen
 - II. Gesetzliche Anwendungsbereiche der Vorschriften
 - III. Inhaltliche Abgrenzung der Vorschriften
 - 1. § 18 Abs. 3 SEBG
 - 2. MgVG
 - 3. Anwendungsvorrang
 - a) Grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine bisherige Vorrats-SE
 - b) Grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine aktive SE
 - IV. Ergebnis

A. Einleitung

Seit dem 28. 12. 2006 ist in Deutschland das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) in Kraft. Mit Einführung der §§ 122a ff UmwG durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes hat der deutsche Gesetzgeber zudem die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für künftige grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffen. Beide Gesetze stellen die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie (Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus ver-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der überörtlichen Sozietät Buse Heberer Fromm Berlin.

schiedenen Mitgliedsstaaten, ABl. L 310 vom 25. 11. 2005) in nationales Recht dar. Dabei bleiben jedoch zwei wesentliche Fragen unbeantwortet: 1. erstrecken sich die Vorschriften der Verschmelzungsrichtlinie bzw. der §§ 122a UmwG auch auf grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Einbeziehung von Europäischen Gesellschaften (SE) und 2. welche Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung sind bei grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Einbeziehung von Europäischen Gesellschaften (SE) heranzuziehen. Während sich zahlreiche Beiträge bereits mit der ersten Frage eingehend beschäftigt haben, bestehen hinsichtlich der zweiten Frage noch erhebliche Rechtsunsicherheiten. Der nachfolgende Beitrag fasst den Meinungsstand zur gesellschaftsrechtlichen Situation bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Einbeziehung von SEs zusammen und befasst sich eingehend mit der Abgrenzung der in Betracht kommenden arbeitsrechtlichen Vorschriften.

B. Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Einbeziehung einer SE

I. Grundlagen

Art. 1 der Verschmelzungsrichtlinie bzw. § 122a Abs. 1 UmwG definieren den Begriff der grenzüberschreitenden Verschmelzung als eine Verschmelzung, bei der mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt. Die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen ist auf Kapitalgesellschaften beschränkt. Dies greift § 122b UmwG auf und verweist zur Festlegung der verschmelzungsfähigen Kapitalgesellschaften auf Art. 2 der Verschmelzungsrichtlinie. Art. 2 der Verschmelzungsrichtlinie verweist wiederum auf Art. 1 der Richtlinie 68/151/EWG.¹ Darin aufgeführt sind Kapitalgesellschaften, die dem Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten unterliegen. In Deutschland sind dies danach die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die SE wird nicht genannt. Ob aus der auf AG, KGaA und GmbH beschränkten Aufzählung in Art. 1 der Richtlinie 68/151/EWG ohne weiteres abgeleitet werden kann, SEs seien dem Anwendungsbereich der Verschmelzungsrichtlinie entzogen², erscheint indes fraglich. Es ist vielmehr eine Differenzierung danach vorzunehmen, ob die grenzüberschreitende Verschmelzung zur erstmaligen Gründung einer SE führt oder ob eine Kapitalgesellschaft lediglich auf eine bestehende SE verschmolzen wird.

II. Grenzüberschreitende Verschmelzung zur Neugründung einer SE

Die Gründung einer SE ist durch Art. 2 SE-VO³ und das SEAG⁴ als deutsches Ausführungsgesetz geregelt. Die vier in Art. 2 SE-VO aufgeführten Gründungsarten sind Verschmelzung, Umwandlung, Gründung einer gemeinsamen Holding-SE durch mehrere AGs, GmbHs oder SEs

und Gründung einer Tochter-SE. Eine Verschmelzung zur Gründung einer SE kann gemäß Artikel 2 Abs. 1; 17 ff SE-VO nur durch Aktiengesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten erfolgen. Dabei gibt es zwei Formen der Verschmelzung:

- 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. Hier muss allerdings die deutsche AG vor der Eintragung der neuen SE mindestens zwei Jahre eingetragen gewesen sein (§ 76 UmwG).

Diese Gründungsmöglichkeiten sind abschließend.⁵ Die SE-VO und das SEAG enthalten detaillierte Regelungen zur Gründung einer SE. Die Vorschriften zur SE-Gründung sind damit spezieller gegenüber den §§ 122a ff UmwG. Letztere sind daher auf die Neugründung einer SE durch Verschmelzung nicht anzuwenden.⁶

III. Grenzüberschreitende Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE

Besteht jedoch bereits eine SE, kann sie aufnehmende Gesellschaft einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sein, ohne den Status als SE zu verlieren.⁷ Der Gesetzgeber geht in seiner Begründung zu dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes davon aus, dass SEs verschmelzungsfähige Gesellschaften im Sinne der Verschmelzungsrichtlinie darstellen. Er leitet dies über Art. 9 Abs. 1 lit. c Doppelbuchstabe ii und Art. 10 der SE-VO her.⁸ Nach diesen Vorschriften finden auf SEs die Regelungen für Aktiengesellschaften des jeweiligen Mitgliedsstaates ergänzend zur SE-VO Anwendung. Aus Art. 9 Abs. 1 lit. c

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 Artikels 58 Absatz 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.^{*}

2 Zu diesem Ergebnis kommt Müller, ZIP 2004, 1790, 1792.

3 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

4 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft.

5 Vgl. bspw. Jannott, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, 3. Kapitel, 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.

6 Vgl. Lowven, 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.

7 Winter, Der Konzern 2007, 24, 27; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 837; Müller, ZIP 2007, 1081, 1082; a.A. Lowven, ZIP 2006, 2021, 2024; Oechsler, NZG 2006, 161, 162.

8 Begr. RegE v. 12. 10. 2006, BT-Drs. 16/2919, S. 14 und Begr. RegE v. 11. 8. 2006, BR-Drs. 540/06, S. 40.

Doppelbuchstabe ii und Art. 10 der SE-VO folgt ein Verbot der Ungleichbehandlung der SE. Der Ausschluss der SE als aufnehmender Rechtsträger einer grenzüberschreitenden Verschmelzung wäre eine sachlich ungerechtfertigte Diskriminierung der SE gegenüber der AG.⁹

In seiner Begründung zu § 4 MgVG scheint der Gesetzgeber dieses zutreffende Ergebnis jedoch wieder einschränken zu wollen: »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.«¹⁰ Der Gesetzgeber scheint also davon auszugehen, dass eine SE zwar Rechtssubjekt einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sein kann, dass am Ende eines Verschmelzungsvorgangs unter Einbeziehung einer SE jedoch nie eine SE stehen kann. Dies hätte zur Folge, dass zwar auch die SE verschmelzungsfähig ist, aber eine Verschmelzung zur Aufnahme in eine SE ausscheiden müsste.¹¹ Dieses Ergebnis kann nicht überzeugen. Übrig bliebe nämlich als Anwendungsfall der Verschmelzungsrichtlinie und des MgVG bei Einbeziehung einer SE lediglich die faktische »Rückabwicklung« einer SE zu einer deutschen Kapitalgesellschaft. Die Verschmelzungsrichtlinie ist nicht das Vehikel zur Rückumwandlung einer SE. Für die Rückumwandlung einer SE in eine nationale Rechtsform enthält Art. 66 der SE-VO bereits enge Regelungen und sieht hierfür u.a. eine zweijährige Wartezeit vor. Eine Rückabwicklung einer SE in eine deutsche Kapitalgesellschaft würde nach §§ 122a UmwG somit einfacher zu vollziehen sein als nach den europäischen Vorgaben der SE-VO, was ersichtlich nicht europarechtskonform sein kann. Dies kann der Gesetzgeber nicht im Sinn gehabt haben, zumal er in der Begründung zu §§ 122a ff UmwG die SE zunächst uneingeschränkt als verschmelzungstaugliche Gesellschaft einstuft. Die Einschränkung ist vielmehr so zu verstehen, dass der Gesetzgeber – zu Recht – davon ausging, die Verschmelzungsrichtlinie sei nicht auf die Neugründung einer SE anwendbar.¹²

C. Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer

I. Grundlagen

Für grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß §§ 122a ff. UmwG sieht das MgVG in Umsetzung des Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor. Bei Gründung einer SE regelt das SEBG¹³ Art und Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung. Das SEBG stellt die deutsche Umsetzung der SE-RL¹⁴ dar. Die Abgrenzung der beiden Vorschriften bereitet in den Fällen Schwierigkeiten, in denen eine grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung einer SE erfolgt.

II. Gesetzliche Anwendungsbereiche der Vorschriften

Der Anwendungsbereich des MgVG ergibt sich aus § 1 Abs. 1 MgVG. Danach regelt dieses Gesetz die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der

aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft. Gesellschaften können dabei gemäß § 2 Abs. 3 MgVG nur Kapitalgesellschaften sein. Wie bereits dargestellt gehört auch die SE zu den verschmelzungsfähigen Kapitalgesellschaften, soweit es nicht zu einer Neugründung der SE kommt.¹⁵ Entsteht durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung erstmalig eine SE, finden auch hinsichtlich der Mitarbeiterbeteiligung die entsprechenden Vorschriften zur Gründung einer SE – mithin das SEBG – Anwendung. Das SEBG regelt gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 SEBG die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE). Es gilt gemäß § 3 Abs. 1 SEBG für im Inland ansässige SEs, für inländische Beschäftigte einer im Ausland ansässigen SE sowie für beteiligte Gesellschaften¹⁶, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe einer SE¹⁷, die ihren Sitz im Inland haben. Das SEBG geht damit über die Regelung von Mitbestimmungsfragen bei Gründung einer SE hinaus und regelt auch die Mitbestimmung in einer bereits bestehenden SE. So sieht § 18 Abs. 3 SEBG Neuverhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE in Fällen struktureller Änderungen der SE vor, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern.

III. Inhaltliche Abgrenzung der Vorschriften

1. § 18 Abs. 3 SEBG

Nach § 18 Abs. 3 SEBG finden auf Veranlassung der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE statt, wenn strukturelle Änderungen der SE geplant sind, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Fraglich ist, ob die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine SE diese Voraussetzungen erfüllt. Der gesetzlich nicht definierte Begriff der strukturellen Änderung ist eng auszulegen. Nur Vorgänge mit gründungsähnlichem Charakter sind als strukturelle Änderungen im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG anzusehen.¹⁸ In der amtlichen Begründung zu

⁹ Lowven, ZIP 2006, 2021, 2024 m.w.N.

¹⁰ Begr. RegE v. 11. 8. 2006, BR-Drs. 540/06, S. 41.

¹¹ So Lowven, ZIP 2006, 2021, 2024; Oechsler, NZG 2006, 161, 162.

¹² S. o. B.II.

¹³ Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG).

¹⁴ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294/22 vom 10. 11. 2001.

¹⁵ S. o. B.II.

¹⁶ Beteiligte Gesellschaften im Sinne des SEBG sind gemäß § 2 Abs. 6 SEBG die Gesellschaften, die unmittelbar an der Gründung einer SE beteiligt sind.

¹⁷ Betroffene Tochtergesellschaften oder betroffene Betriebe im Sinne des SEBG sind gemäß § 2 Abs. 6 SEBG Tochtergesellschaften oder Betriebe einer beteiligten Gesellschaft, die zu Tochtergesellschaften oder Betrieben der SE werden sollen.

¹⁸ So auch Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG Rn. 12 m.w.N.; Wisskirchen/Bissels/Dannhorn, DB 2007,

§ 18 Abs. 3 SEBG heißt es, ein Anlass zu Neuverhandlungen könne sich daraus ergeben, dass »eine SE ein mitbestimmtes Unternehmen mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern aufnimmt, in der SE aber bisher keine Mitbestimmung gilt«. ¹⁹ Die Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE stellt damit regelmäßig eine strukturelle Änderung dar. ²⁰ Sie hat gründungsähnlichen Charakter. § 18 Abs. 3 SEBG sieht als weitere Voraussetzung für das Erfordernis eines Verhandlungsverfahrens vor, dass die strukturelle Änderung geeignet ist, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. 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. Hierzu kann auch die Wahrnehmung dieser Rechte in den Konzernunternehmen der SE gehören. Unter den Begriff Beteiligungsrechte fallen auf betrieblicher Ebene die Unterrichtungs- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter. Unterrichtung bezeichnet gemäß § 2 Nr. 10 SEBG die Unterrichtung des SE-Betriebsrats oder anderer Arbeitnehmervertreter durch die Leitung der SE über Angelegenheiten, welche die SE selbst oder eine ihrer Tochtergesellschaften oder einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaats hinausgehen. Anhörung bezeichnet gemäß § 2 Nr. 11 SEBG die Einrichtung eines Dialogs und eines Meinungsaustauschs zwischen dem SE-Betriebsrat oder anderer Arbeitnehmervertreter und der Leitung der SE oder einer anderen zuständigen, mit eigenen Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten Leitungsebene. Mit dem Begriff »andere Arbeitnehmervertreter« sind nicht die Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte und Konzernbetriebsräte nach dem deutschen BetrVG gemeint, sondern die gemäß § 21 Abs. 2 SEBG als Alternative zum SE-Betriebsrat installierbaren Arbeitnehmervertretungen. ²¹ Etwaige Auswirkungen der strukturellen Änderung auf den Bestand des Konzernbetriebsrates bleiben unberücksichtigt. Damit umfasst der Begriff »Beteiligungsrechte« sowohl die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat als auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene. ²² Aus der vorzitierten Gesetzesbegründung lässt sich jedoch ableiten, dass der Gesetzgeber § 18 Abs. 3 SEBG nur in den Fällen für einschlägig hält, in denen eine mitbestimmte Gesellschaft auf eine mitbestimmungsfreie SE verschmolzen wird. Anderenfalls fehlt es an einer Beeinträchtigung von Arbeitnehmerrechten.

2. MgVG

Artikel 16 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie und dessen Umsetzung in § 4 MgVG sehen anders als die SE-RL und das SEBG den Vorrang nationaler Mitbestimmungsregelungen in der durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft vor. Nach diesen Vorschriften finden auf die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen des Mitgliedstaates

Anwendung, in dem diese Gesellschaft ihren Sitz hat. In Deutschland wären dies in erster Linie das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz. Dieser Grundsatz wird mit Art. 16 Abs. 2 der Verschmelzungsrichtlinie bzw. § 5 MgVG jedoch erheblich eingeschränkt. Die nationalen Mitbestimmungsvorschriften finden danach keine Anwendung, wenn

- in den sechs Monaten vor der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans mindestens eine der beteiligten Gesellschaften durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und in dieser Gesellschaft ein System der Mitbestimmung im Sinne des § 2 Abs. 7 MgVG besteht;
- das für die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht, wie er in den jeweiligen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bestand; der Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer bemisst sich nach dem Anteil der Arbeitnehmervertreter a) im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan, b) in Ausschüssen, in denen die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt oder c) im Leitungsgremium, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaften zuständig ist; oder
- das für die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben dieser Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmung vorsieht, wie sie den Arbeitnehmern in demjenigen Mitgliedstaat gewährt werden, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.

Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der nationalen Mitbestimmungsvorschriften ist damit insbesondere, dass dadurch Arbeitnehmer, die im Ausland tätig sind, nicht benachteiligt werden. Sowohl die deutschen ²³ als auch

2258, 2262; Rieble BB 2006, 2018, 2022; Kienast in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, 13. Kapitel, Rn. 192; Grobys, NZA 2005, 84, 91; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 277, 279; a.A. Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 18 SEBG Rn. 16; Köklu, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 1. Aufl. 2007, 6. Abschnitt, Rn. 90.

19 Begr. RegE v. 21. 6. 2004, BT-Drs. 15/3405, S. 50.

20 So auch Rieble, BB 2006, 2018, 2022; Seibt, ZIP 2005, 2248, 2250; Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG Rn. 12.

21 Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 2 SEBG, Rn. 20.

22 Vgl. Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE, 1. Aufl. 2005, § 18 Rn. 16; Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG Rn. 23; Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 18 SEBG Rn. 16; a.A. Grobys, NZA 2005, 84, 91: nur die Unternehmensmitbestimmung sei von § 18 Abs. 3 SEBG umfasst.

23 Weder das MitbestG noch das DrittelbG sehen eine Einbeziehung im Ausland tätiger Arbeitnehmer vor; vgl. hierzu Brandes, ZIP 2008, 2193, 2196; Henssler, in: Ulmer/Habersack/Henssler,

die Regelungen der weiteren Mitgliedstaaten zur Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene sehen derzeit eine Beschränkung auf die jeweiligen nationalen Arbeitnehmer vor.²⁴ Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer richtet sich folglich nach dem europäischen Mitbestimmungsregime. Art. 16 Abs. 3 der Verschmelzungsrichtlinie verweist in diesem Fall auf zahlreiche Vorschriften der SE-RL. Demgemäß enthält auch das MgVG zahlreiche, dem SEBG angelehnte Vorschriften. Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und das MgVG übernehmen die Regelungen zur Beteiligung der Arbeitnehmer jedoch nicht vollständig. Wesentliche Unterschiede sind:

- eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene wird durch Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und das MgVG nicht geregelt. Hier bleiben die Vorschriften über die Arbeitnehmervertretungen derjenigen Mitgliedstaaten bestehen, in denen die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.²⁵ Die Regelungen über die Arbeitnehmervertretungen und deren Strukturen in einer beteiligten Gesellschaft mit Sitz im Inland, die durch die Verschmelzung als eigenständige juristische Person erlischt, bestehen gemäß § 29 MgVG nach Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft fort;
- die Leitungen können nach Art. 16 Abs. 4 a) der Verschmelzungsrichtlinie auf ein Verhandlungsverfahren mit dem besonderen Verhandlungsgremium (BVG) verzichten und sofort die Auffangregelungen anwenden. Dies ist nach dem SEBG nicht möglich.²⁶ Bei Gründung einer SE oder im Rahmen des Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG greifen die Auffangregelungen gemäß § 22 SEBG nur ein, wenn dies vereinbart wird oder innerhalb des sechsmonatigen (bzw. ggf. auf ein Jahr verlängerten) Verhandlungsverfahrens eine Vereinbarung über die künftige Arbeitnehmerbeteiligung nicht zustande kommt und das besondere Verhandlungsgremium (bzw. im Rahmen des § 18 Abs. 3 SEBG ggf. auch der SE-Betriebsrat) auch nicht gemäß § 16 SEBG das Scheitern der Verhandlungen beschließt. Der deutsche Gesetzgeber schränkt die Möglichkeit eines Verzichts auf Verhandlungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen durch § 23 Abs. 1 Satz 2 MgVG in Abweichung von den Vorgaben des Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie ein. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 a) MgVG können die Leitungen auf ein Verhandlungsverfahren nur dann einseitig verzichten, wenn ein Drittel aller Arbeitnehmer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochterunternehmen einem Mitbestimmungsstatus unterliegen. Anderenfalls muss gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 b) MgVG zunächst ein Verhandlungsverfahren eingeleitet werden. Sodann kann das BVG über die Anwendbarkeit der Auffangregelungen beschließen;²⁷
- Die Auffangregelungen führen nur dann zur Verpflichtung, einen (drittelparitätisch) mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden, wenn ein Drittel aller Arbeitnehmer der an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochterunter-

nehmen einem Mitbestimmungsstatus unterliegen. Bei der SE liegt diese Grenze bei lediglich 25 %;

- Auch kann im Aufsichtsrat der aufnehmenden Gesellschaft gemäß Art. 16 Abs. 4 c) der Verschmelzungsrichtlinie die Zahl der Arbeitnehmer künftig auf ein Drittel beschränkt werden.

Die Anwendbarkeit entweder des MgVG oder des SEBG im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Beteiligung einer SE der jeweiligen Mitarbeiterbeteiligungsvorschriften ist demnach nicht lediglich akademischer Natur, sondern hat praxisrelevante Auswirkungen. Insbesondere der Verzicht auf ein Verhandlungsverfahren und das Fehlen einer Regelung zur betrieblichen Mitbestimmung machen eine Festlegung, welche Vorschrift in welcher Konstellation Anwendung findet, erforderlich.

3. Anwendungsvorrang

Im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine bereits bestehende SE wird eine SE nicht neu gegründet. Eine bereits bestehende SE bleibt vielmehr bestehen. In dieser Konstellation finden die §§ 122a ff UmwG Anwendung.²⁸ Im Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung ist indessen fraglich, ob auch hier – wie bei Verschmelzungen zur Neugründung einer SE – die Vorschriften der SE-RL und des SEBG als speziellere Regelungen Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und dem MgVG vorgehen. In der Gesetzesbegründung zum MgVG greift der Gesetzgeber offenbar die Gesetzesbegründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des UmwG auf, wonach auch SEs verschmelzungstaugliche Kapitalgesellschaften sind, indem er ausführt: »Die der Leitung im Sinne dieses Gesetzes zugewiesenen Aufgaben werden [...] bei einer monistisch verfassten SE von den geschäftsführenden Direktoren und bei einer dualistisch verfassten SE vom Vorstand wahrgenommen«.²⁹ Der Gesetzgeber setzt hier voraus, dass die Vorschriften des MgVG den Vorschriften des SEBG vorgehen, wenn sich die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Einbeziehung einer SE nach der Verschmelzungsrichtlinie und den §§ 122a ff UmwG vollzieht. Aus der Passage der Gesetzesbegründung, in der es heißt, aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung könne keine europäische, sondern nur eine nationale Rechtsform hervorgehen,³⁰ lässt sich nicht folgern, dass zwar im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmel-

MitbestR, § 3 MitbestG, Rn. 36; ders., in RdA 2005, 330, 331; Koberski, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge, MitbestR, § 3 MitbestG Rn. 27; Kleinsorge, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge, MitbestR, § 5 DrittelbG, Rn. 39.

24 Brandes, ZIP 2008, 2193, 2196.

25 Begr. RegE v. 11. 8. 2006, BR-Drs. 540/06, S. 32; in Deutschland also das BetrVG und EBRG.

26 Vgl. auch Henssler, RdA 2005, 330, 333.

27 Zu den erheblichen europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken dieser Einschränkung, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, vgl. Brandes, ZIP 2008, 2193, 2197.

28 S. o. B.III.

29 Begr. RegE v. 11. 8. 2006, BR-Drs. 540/06, S. 40.

30 Begr. RegE v. 11. 8. 2006, BR-Drs. 540/06, S. 41; s. o. B.III.

zung auf eine SE die §§ 122a ff UmwG Anwendung finden, die Arbeitnehmerbeteiligung sich jedoch stets nach der SE-RL bzw. dem SEBG richten soll. Die Verschmelzungsrichtlinie verkoppelt die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für grenzüberschreitende Vorschriften mit den Regelungen zu damit verbundenen Mitbestimmungsfragen.³¹ Handelt es sich um eine zulässige grenzüberschreitende Verschmelzung, regelt Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie die Mitarbeiterbeteiligung. Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie weist keinen gegenüber den restlichen Artikeln der Verschmelzungsrichtlinie engeren Anwendungsbereich auf. So enthalten denn auch die Erwägungen des Europäischen Parlamentes und des Rates keine Einschränkungen hinsichtlich des Anwendungsbereiches des Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie. Vielmehr führt der Richtlinienggeber in seinen Erwägungen aus, dass die Rechte der Arbeitnehmer »mit Ausnahme der Mitbestimmungsrechte« weiterhin den Vorschriften der Mitgliedstaaten unterliegen.³² Hinzu kommt auch die enge Anlehnung der Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen an die Vorschriften zur Arbeitnehmerbeteiligung bei Gründung einer SE. Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie soll Arbeitnehmer in wesentlichen Punkten gerade nicht anders stellen als bei Gründung einer SE.³³ Nur insoweit der Richtlinienggeber Abweichungen für sinnvoll erachtet hat, weicht die Verschmelzungsrichtlinie von den Regelungen der SE-RL ab. Für eine direkte Anwendung des SEBG bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen sah der Gesetzgeber somit keine Notwendigkeit.

Das Vorrangverhältnis der beiden konkurrierenden Gesetze zur Mitarbeiterbeteiligung kann nicht durch eine schematische Betrachtung gelöst werden, sondern ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der konfligierenden Regelungen. Sinn und Zweck des § 18 Abs. 3 SEBG ist die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen; dies und das Vorher-Nachher-Prinzip sind die »*fundamentalen Grundsätze und erklärten Ziele*« der gesamten SE-RL.³⁴ Sinn und Zweck des MgVG ist ebenfalls die Gewährleistung des Schutzes erworbener Rechte der Arbeitnehmer durch das »*Vorher-Nachher-Prinzip*«, der vorhandene Umfang an Mitbestimmungsrechten in den an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften soll sich grundsätzlich auch in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft wiederfinden.³⁵ Beide Gesetze wollen also den status quo der Mitbestimmung berücksichtigen und die Arbeitnehmerbeteiligungsrechte schützen. Die Anwendung des MgVG auf jedem Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung einer SE könnte diesen Intentionen des Gesetzgebers nur dann gerecht werden, wenn auf diese Weise den von der grenzüberschreitenden Verschmelzung betroffenen Arbeitnehmern Beteiligungsrechte nicht vorenthalten werden. Die SE-RL und das SEBG gelten nicht lediglich für Neugründungen sondern auch während des Bestandes der SE.³⁶ Mit § 18 Abs. 3 SEBG wird diesem Umstand Rechnung getragen. Durch diese Vorschrift soll eine Umgehung der Gründungsvorschriften der SE verhindert werden. Ge-

mäß § 43 S. 1 SEBG darf die SE nicht dazu missbraucht werden, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Ein Missbrauch wird gemäß § 43 S. 2 SEBG vermutet, wenn ohne Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG innerhalb eines Jahres nach Gründung der SE strukturelle Änderungen stattfinden, die bewirken, dass den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen werden. Auch Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und das MgVG dienen dem Schutz der Arbeitnehmer und ihren Mitbestimmungsrechten. Dementsprechend ist zur Frage der Anwendbarkeit entweder des MgVG oder des SEBG bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine bereits bestehende SE sinnvollerweise danach zu differenzieren, ob die Arbeitnehmer bereits bei Gründung der SE beteiligt wurden. Handelt es sich lediglich um eine Vorratsgründung einer SE, wurde ein Verhandlungsverfahren regelmäßig nicht durchgeführt. In einer Vorrats-SE besteht demnach weder ein SE-Betriebsrat noch ist ein sonstiges adäquates Verfahren zur Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer vorgesehen. Es ist sicherzustellen, dass den Arbeitnehmern der auf eine Vorrats-SE verschmelzenden Gesellschaft nicht die strengeren Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung bei Gründung einer SE entzogen bzw. vorenthalten werden. Gleichzeitig soll die SE damit bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen gegenüber anderen Kapitalgesellschaften nicht benachteiligt und folglich eine Verletzung der Art. 9 Abs. 1 Buchstabe c Doppelbuchstabe ii und Art. 10 der SE-VO vermieden.

a) Grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine bisherige Vorrats-SE

Die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine bereits bestehende Vorrats-SE könnte bei der SE eine Verpflichtung auslösen, ein Verhandlungsverfahren nach § 18 Abs. 3 SEBG durchzuführen.

Zur Illustration soll folgendes Beispiel dienen:

Eine mitbestimmungsfreie österreichische GmbH (A) mit 150 Arbeitnehmern ist Konzernmuttergesellschaft zahlreicher Tochterunternehmen. Auch diese Tochterunternehmen verfügen nicht über einen Mitbestimmungsstatus. A soll auf eine in Deutschland ansässige mitbestimmungsfreie Vorrats-SE (B) verschmolzen werden. Die SE verfügt nicht über einen SE-Betriebsrat. Die SE soll dann Konzernmuttergesellschaft der Tochterunternehmen werden.

Für die Gründung einer SE sieht Art. 12 Abs. 2 SE-VO vor, dass der Registerrichter die Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit den Arbeitnehmern zu prüfen hat und die Eintragung versagen muss, wenn das Verhandlungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.³⁷ Art. 12

31 Erwägung 13 zur Verschmelzungsrichtlinie.

32 Erwägung 12 zur Verschmelzungsrichtlinie.

33 Erwägung 13 zur Verschmelzungsrichtlinie.

34 Erwägungsgrund Nr. 18 SE-RL (Satz 1).

35 Begr. RegE BR-Drs. 540/06, S. 32.

36 s. o. C.II.

37 Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 30. 9. 2005 – 417 T 15/05.

Abs. 2 SE-VO ist indessen teleologisch zu reduzieren und nicht anzuwenden, wenn weder die Gründungsgesellschaften, noch die zu gründende SE Arbeitnehmer hat und haben wird und die SE (zunächst) auch keine Geschäftstätigkeit aufnehmen wird³⁸ – also eine reine Vorratsgesellschaft für eine spätere Verwendung sein soll. Diese teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, das Fehlen einer Mitbestimmungslösung dauerhaft zu konservieren und das zeitlich und finanziell aufwendige Verhandlungsverfahren zu umgehen. Bei Erst-Gründung einer SE ist ein Verhandlungsverfahren nämlich nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO auch dann erforderlich ist, wenn in den an der Gründung beteiligten und betroffenen Unternehmen eine Mitbestimmung nicht besteht. Durch die Gründung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE, die mit Gründung zunächst keine unternehmerische Tätigkeit aufnimmt, und deren anschließende Aktivierung könnten die umfangreichen, dem Arbeitnehmerschutz dienenden Gründungsvorschriften umgangen werden. Nach § 1 Abs. 4 SEBG gelten zudem die Grundsätze zur Zielsetzung des SEBG auch im Falle struktureller Änderungen. 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 der Errichtung eines SE-Betriebsrates geführt wurden. Ein SE-Betriebsrat ist jedoch – abgesehen von den Fällen, in denen das BVG das Scheitern der Verhandlungen beschließt – stets zu installieren bzw. ein gleichwertiges Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer gemäß § 21 SEBG zu vereinbaren. Auf dieses Erfordernis wird bei der SE-Vorratsgründung lediglich deshalb verzichtet, weil keine Arbeitnehmer vorhanden sind und die SE keine Unternehmenstätigkeit ausüben wird. Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und das MgVG sehen eine Errichtung eines (SE-)Betriebsrates nicht vor, sondern beschränken sich auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene. § 18 Abs. 3 SEBG stellt daher in diesen Fällen gegenüber dem MgVG die speziellere Vorschrift dar.

Übertragen auf das obige Beispiel, wäre die betriebliche Mitbestimmung (Errichtung eines SE-Betriebsrates) weder Gegenstand der Verhandlungen mit einem BVG noch würde ein SE-Betriebsrat kraft Auffangregelungen zu errichten sein, ginge man von der (alleinigen) Anwendbarkeit des MgVG aus. Die SE bliebe somit – trotz Aufnahme einer Geschäftstätigkeit – ohne SE-Betriebsrat bzw. eine Regelung zur anderweitigen Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer gemäß § 21 SEBG. Die grenzüberschreitende Verschmelzung löst daher eine grundsätzlich Verpflichtung zur Verhandlung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der künftigen SE gemäß § 18 Abs. 3 SEBG aus, selbst wenn bislang kein Mitbestimmungsstatut in den beteiligten Gesellschaften besteht.

Klärungsbedürftig in diesem Zusammenhang ist noch die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Verhandlungsver-

fahren gemäß § 18 Abs. 3 SEBG durchzuführen wäre. In der Literatur wird aus Gründen der Praktikabilität und unter Berufung auf die Möglichkeit eines Statusverfahrens die Auffassung vertreten, dass die Verschmelzung vollzogen und eingetragene werden kann, bevor ein Verhandlungsverfahren begonnen bzw. abgeschlossen wurde.³⁹ Das kann nicht überzeugen. Zwar klingt diese Lösung verlockend und würde das Verfahren erheblich vereinfachen. Dem widerspricht jedoch bereits der Wortlaut des § 18 Abs. 3 SEBG. Darin ist von »geplanten« strukturellen Änderungen die Rede. Die Verhandlungen sind daher während des Planungsstadiums durchzuführen, nicht nach Durchführung der strukturellen Änderung.

b) 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 durchgeführt, also die strengen Regelungen des SEBG zur Mitarbeiterbeteiligung beachtet wurden. Aufgrund des zwingenden Erfordernisses, einen SE-Betriebsrat zu errichten bzw. vergleichbare Regelungen zur Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer gemäß § 21 SEBG zu vereinbaren, bedarf es hierüber grundsätzlich keiner neuen Abstimmung. Ändert sich durch die grenzüberschreitende Verschmelzung auf die SE die Arbeitnehmerzahl, stellt sich jedoch die Problematik, dass möglicherweise nicht mehr alle Arbeitnehmer im SE-Betriebsrat repräsentiert sind. Der Gesetzgeber hat offensichtlich die Möglichkeit einer veränderten Zusammensetzung des SE-Betriebsrates infolge einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf eine bestehende SE nicht bedacht. In der Gesetzesbegründung verweist er lediglich auf Erwägungsgrund 12 der Verschmelzungsrichtlinie indem er ausführt: »Nicht erfasst sind die Regelungen über den SE-Betriebsrat, da die betriebliche Mitbestimmung ausdrücklich den Vorschriften der Mitgliedstaaten unterliegen soll.«⁴⁰ Da aber die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Gesellschaft auf eine SE eine strukturelle Änderung darstellt⁴¹, würden die Beschäftigten im Falle einer damit einhergehenden Beeinträchtigung von Beteiligungsrechten unterschiedlich behandelt, je nachdem ob es sich um eine nationale oder internationale Verschmelzung handelt. Bei der nationalen Verschmelzung fände § 18 Abs. 3 SEBG Anwendung. Es wäre ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, dessen Gegenstand sowohl die Unternehmensmitbestimmung als auch die betriebliche Mitbestimmung auf Ebene der SE wären. Ein bestehender SE-Betriebsrat könnte im Ergebnis z.B. neu zusammengesetzt werden. Das MgVG indessen regelt die betriebliche Mitbestimmung nicht. Durch die grenzüber-

38 AG Düsseldorf, Entscheidung vom 16. 1. 2006 – HRB 52618; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 m.w.N.

39 Vgl. Caspers/Schäfer, ZIP 2007, 653, 661.

40 Begr. RegE BR-Drs. 540/06, S. 32.

41 S. o. C.III.1.

schreitende Verschmelzung hinzukommende Arbeitnehmer wären nicht vom bestehenden SE-Betriebsrat repräsentiert. Wie bereits dargestellt bliebe für Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und das MgVG bei Beteiligung einer SE am Verschmelzungsvorgang praktisch kein Raum, wenn man stets § 18 Abs. 3 SEBG für vorrangig hält. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber jedoch eine sinnvolle Lösung in Gestalt des § 25 SEBG vorgesehen. Diese Vorschrift findet neben Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie und dem MgVG Anwendung, da die Vorschriften des SEBG auch die Arbeitnehmerbeteiligung der bereits gegründeten SE regeln.⁴² § 25 SEBG eröffnet die Möglichkeit einer Neuwahl des SE-Betriebsrates vor Ablauf seiner regulären Amtszeit – ohne erneutes Verhandlungsverfahren. Danach hat die Leitung der SE alle zwei Jahre, vom Tage der konstituierenden Sitzung des SE-Betriebsrates an gerechnet, zu prüfen, ob Änderungen der SE und ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe, insbesondere bei den Arbeitnehmerzahlen in den einzelnen Mitgliedstaaten, eingetreten sind. Ist eine andere Zusammensetzung des SE-Betriebsrates erforderlich, veranlasst dieser bei den in den jeweiligen Mitgliedstaaten zuständigen Stellen, dass die Mitglieder des SE-Betriebsrats in diesen Mitgliedstaaten neu gewählt oder bestellt werden. Auf diese Weise kann auf Veränderungen reagiert werden. Der SE-Betriebsrat kann anschließend die Neuwahl des SE-Betriebsrates initiieren. Die Veränderung der Arbeitnehmerzahl stellt für sich alleine keine strukturelle Änderung dar.⁴³ Mit § 25 SEBG soll auf diese Situation reagiert werden können. Im deutschen Betriebsverfassungsrecht ist eine solch weitreichende Regelung nicht vorgesehen.⁴⁴ Die Repräsentanz der Arbeitnehmer im SE-Betriebsrat ist durch § 25 SEBG im Falle von Veränderungen in ausreichendem

Maße geschützt. Der Intention des Gesetz- und Richtliniengebers, zum einen Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie bzw. das MgVG auch auf grenzüberschreitende Verschmelzungen auf eine SE anzuwenden, zum zweiten Fragen der betrieblichen Mitbestimmung aus dem Verfahren bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen herauszuhalten und zum dritten die Veränderung der Arbeitnehmerzahl bei der Zusammensetzung des SE-Betriebsrats zu berücksichtigen, wird auf diese Weise gerecht.

IV. Ergebnis

Wird eine ausländische Gesellschaft auf eine deutsche Vorrats-SE verschmolzen, handelt es sich um einen gründungsähnlichen Akt, sodass § 18 Abs. 3 SEBG als speziellere Vorschrift dem MgVG vorgeht. In den anderen Fällen ist das MgVG vorrangig. Kommt es im Zuge der Verschmelzung zu einer Beeinträchtigung der betrieblichen Mitbestimmung im SE-Betriebsrat, sieht § 25 SEBG die Möglichkeit einer Neuwahl des SE-Betriebsrates vor.

42 S. o. C.II.

43 Vgl. Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653, 658; Grobys, NZA 2005, 84, 91; Jacobs, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, § 18 SEBG, Rn. 12; Wisskirchen/Bissels/Dannhorn, DB 2007, 2258, 2262; Kienast, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, 13. Kapitel, Rn. 191; Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 18 SEBG Rn. 17 m.w.N.

44 Nach § 21a BetrVG bleibt ein Betriebsrat im Falle einer Betriebsspaltung im Amt und führt die Geschäfte weiter, bis neue Betriebsräte gewählt wurden bzw. bis zum Ablauf von sechs Monaten.

Bilanzierung von ABS-Transaktionen bei Special Purpose Entities

Von Dr. Caroline Flick, Frankfurt a.M.*

- A. Einführung
- B. Bilanzierung bei »True sale«-Transaktionen
- B.I. SPE als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der verbrieften Forderungen
 - B.I.1. Grundzüge der Bilanzierung
 - B.I.2. Bilanzierungsvariante a) Einheitliche Bewertung der ABS
 - B.I.3. Bilanzierungsvariante b) Getrennte Bewertung der risikolosen Anleihe und des CDS
 - B.I.4. Abwicklung der SPE
- B.II. SPE als rechtlicher, nicht aber wirtschaftlicher Eigentümer der verbrieften Forderungen
 - B.II.1. Originator als Erwerber sämtlicher ABS der SPE
 - B.II.2. Originator als Erwerber der Equity-Tranche
- C. Bilanzierung bei synthetischen Transaktionen
- D. Zusammenfassung

Special Purpose Entities werden insbesondere für die Abwicklung von Verbriefungs- bzw. ABS-Transaktionen gegründet, die für Banken und Unternehmen ein wichtiges Instrument der Refinanzierung darstellen. Neben der Frage nach einer etwaigen Konsolidierungspflicht der Special Purpose Entity stellt sich für die Special Purpose Entity

selbst die Frage nach der Bilanzierung der ABS-Transaktion in ihrem Jahresabschluss. Dabei ist es entscheidend, welche Form von Verbriefung die ABS-Transaktion darstellt, also ob eine »True sale«-Verbrieftung oder eine synthetische Verbriefung vorliegt. Bei »True sale«-Verbrieftungen erwirbt die Special Purpose Entity Forderungen, die sie am Kapitalmarkt durch die Ausgabe von Asset Backed Securities verbrieft. Unabhängig vom rechtlich wirksamen Kauf der Forderungen ist für die Bilanzierung hierbei auch zu untersuchen, ob das wirtschaftliche Eigentum an den Forderungen auf die Special Purpose Entity übergeht oder ob es bei der veräußernden Bank oder dem Unternehmen verbleibt.

* WP CPA Dr. Caroline Flick ist wissenschaftliche Assistentin an der Professur für BWL, insbesondere Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance an der Goethe-Universität Frankfurt am Main