

Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas

ZHR 182 (2018) 495–503

I. Am 25. 4. 2018 hat die EU-Kommission das bereits für Ende 2017 angekündigte „Company Law Package“ vorgelegt. Es zielt auf Änderungen der Richtlinie vom 14. 6. 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts („GesRRL“),¹ mithin der Konsolidierungsrichtlinie, in der unter anderem die (innerstaatliche Verschmelzungen regelnde) Verschmelzungsrichtlinie, die (innerstaatliche Spaltungen² regelnde) Spaltungsrichtlinie und die Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen aufgegangen sind. Das Paket besteht aus zwei Teilen, von denen der eine den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht betrifft,³ der andere die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften.⁴ Das „Mobilitätspaket“ soll einen „klaren, berechenbaren und geeigneten Rechtsrahmen“ für die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften schaffen und zu diesem Zweck die auf die Richtlinie 2005/56/EG vom 26. 10. 2005 zurückgehenden Vorschriften der Art. 118 ff. GesRRL über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften novellieren und erstmals sekundärrechtliche Vorschriften über die – nach der Systematik des UmwG besser als grenzüberschreitender Formwechsel zu bezeichnende⁵ – grenzüberschreitende Umwandlung (Art. 86a ff.

1 RL (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 6. 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU Nr. L 169, S. 46.

2 Art. 135 ff. GesRRL erfassen jedenfalls die Aufspaltung und keinesfalls die Ausgliederung; umstritten ist, ob über Art. 159 GesRRL die Abspaltung oder nur ein Sonderfall der Aufspaltung in den Anwendungsbereich der GesRRL einbezogen wird, siehe dazu OLG Düsseldorf AG 2017, 900, 906; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019 (im Druck), § 8 Rdn. 39 m.w.N. Art. 160b Nr. 3 GesRRL-E geht nun von der Einbeziehung der Abspaltung aus.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM(2018) 239; dazu *Noack*, DB 2018, 1324 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 229 ff.; Ausschuss Anwaltsnotariat des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 934 ff.

4 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, COM(2018) 241; dazu *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 273 ff.; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857 ff.

5 Zur Frage, ob aus der Niederlassungsfreiheit auch ein Recht auf eine das Gründungsstatut währende Verlegung des Sitzungssitzes folgt, siehe – zu Recht vernei-

GesRRL-E) und die grenzüberschreitende Spaltung (Art. 160a ff. GesRRL-E) schaffen.

Das Vorhaben ist vor dem Hintergrund der schon erwähnten sekundärrechtlichen Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung sowie vor allem der EuGH-Rechtsprechung zu sehen, die aus der Niederlassungsfreiheit weitreichende Mobilitätsgarantien zugunsten der vom Schutzbereich des Art. 54 AEUV erfassten Gesellschaften hergeleitet und damit den Druck auf die Kommission, sekundärrechtliche Regelungen auch für den Formwechsel und für Spaltungen zu schaffen, merklich erhöht hat.⁶ Während die Richtlinie vom 26. 10. 2005 über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften dem *Sevic*-Urteil des EuGH vom 13. 12. 2005⁷ noch knapp zuvorgekommen war, weicht die Dramaturgie im Falle des grenzüberschreitenden Formwechsels davon ab. Denn bekanntlich hat die Große Kammer des EuGH bereits mit ihrem *Polbud*-Urteil vom 25. 10. 2017 und damit ein halbes Jahr vor Vorlage des Company Law Packages – und in Abweichung von den Schlussanträgen von Generalanwältin *Kokott*⁸ – aus der Niederlassungsfreiheit das Recht hergeleitet, auch unabhängig von einer Verlegung des tatsächlichen Sitzes den Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und so die identitätswahrende Umwandlung in eine Rechtsform des Rechts des Zuzugstaates herbeizuführen.⁹ Bereits zwanzig Jahre zuvor hatte die Kommission den Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie vorgelegt.¹⁰ Die Botschaft des *Polbud*-Urteils ist unmissverständlich, betont die Große Kammer doch ausdrücklich, dass es *sub specie* der Niederlassungsfreiheit „für sich allein keinen Missbrauch darstellt, wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen

nend – *Schön*, ZGR 2013, 333, 355 f. m.w.N.; relativierend *Müller-Graff*, FS Hellwig, 2010, S. 251, 265 ff.

- 6 Näher zu Stand und Systematik der EuGH-Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften *Behme*, ZHR 182 (2018) 32 ff.; *Schön*, ZGR 2013, 333 ff.; *Habersack/Verse* (Fn. 2), § 3 Rdn. 12 ff., 34 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, § 7.
- 7 EuGH v. 13. 12. 2005, Rs. C-411/03 (*Sevic*), Slg. 2005, I-10805.
- 8 EuGH GA *Kokott*, ZIP 2017, 1319.
- 9 EuGH v. 25. 10. 2017, Rs. C-106/16 (*Polbud*), NZG 2017, 1308, Rdn. 32 ff.; näher dazu *Bayer/Schmidt*, ZIP 2017, 2225 ff.; *Behme*, ZHR 182 (2018) 32 ff.; *Kieninger*, NJW 2017, 3624 ff.; *Kindler*, NZG 2018, 1 ff.; *Kovács*, ZIP 2018, 253 ff.; *Mörsdorf*, ZIP 2017, 2381 ff.; *Schall*, ZIPW 2018, 176 ff.; *Schollmeyer*, ZGR 2018, 186 ff.; *Stiegler*, AG 2017, 846 ff.; *Wachter*, NZG 2017, 1312 ff.
- 10 Vorentwurf einer vierzehnten Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 22. 4. 1997, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 und in *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 6), S. 1289 ff.; dazu die Beiträge von *di Marco*, *Neye*, *Karsten Schmidt*, *Priester*, *Heinze*, *Hügel*, *Rajak*, *Wymeersch* und *Timmerman* in ZGR 1999, 3 ff.; ferner *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 6), § 30; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rdn. 835 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 31 f.; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000) 43 ff.; *Koppensteiner*, FS Lutter, 2000, S. 141, 147 ff.; *Leible*, ZGR 2004, 531 ff.

oder tatsächlichen – Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen“.¹¹ Mag auch der Schutz der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und damit auch des grenzüberschreitenden Formwechsels rechtfertigen können, so sei doch die im Recht des Wegzugsstaats vorgesehene Pflicht zur Liquidation der Gesellschaft nicht erforderlich, um die genannten Allgemeininteressen zu schützen.¹²

II. Die nun vorgeschlagenen sekundärrechtlichen Vorschriften über den grenzüberschreitenden Formwechsel, auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren, sollen dreierlei erreichen: Sie sollen den grenzüberschreitenden Formwechsel als Ausprägung der Niederlassungsfreiheit auch sekundärrechtlich anerkennen, den berechtigten Kern der *stakeholder*-Interessen ausformen und überdies ein rechtssicher handhabbares Umwandlungsverfahren gewährleisten. Das erste Ziel – legislative Anerkennung der primärrechtlich gewährleisteten Umstrukturierung – wird seitens der Kommission allerdings nur sehr halbherzig angestrebt, beschränken sich doch die vorgeschlagenen Neuregelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel (ebenso wie die zur grenzüberschreitenden Spaltung) im konzeptionellen Einklang mit den etablierten Regeln über die grenzüberschreitende Verschmelzung auf Kapitalgesellschaften. Personengesellschaften und Genossenschaften hingegen bleiben sekundärrechtlich außen vor, was schon deshalb verwundert, weil auch sie in den Schutzbereich der Art. 49, 54 AEUV fallen und ihnen damit ein verlässlicher verfahrensrechtlicher Rahmen für die Wahrnehmung ihrer Niederlassungsfreiheit und der von dieser erfassten grenzüberschreitenden Umstrukturierung vorenthalten wird.¹³

Umgekehrt geht der Kommissionsvorschlag substantiell über die *Polbud*-Grundsätze hinaus. Vor dem Hintergrund, dass das Gesellschaftskollisionsrecht bislang nicht angeglichen ist und nach Art. 54 AEUV „der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung als Anknüpfung ... gleich geachtet werden“, hat nämlich der EuGH die isolierte Verlegung des Sitzungssitzes davon abhängig gemacht, dass „das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist“.¹⁴ Primärrechtlich ist deshalb der grenzüberschreitende Formwechsel unter Verlegung allein des Sitzungssitzes nur dann möglich, wenn der Aufnahmemitgliedstaat auch für seine eige-

11 EuGH v. 25. 10. 2017, Rs. C-106/16 (*Polbud*), NZG 2017, 1308, Rdn. 40, unter Hinweis u.a. auf EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), NZG 2003, 1064, Rdn. 98.

12 EuGH v. 25. 10. 2017, Rs. C-106/16 (*Polbud*), NZG 2017, 1308, Rdn. 52 ff.

13 Krit. *Habersack/Verse* (Fn. 2), § 4 Rdn. 32, § 8 Rdn. 59; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 6), § 7 Rdn. 111, jew. m.w.N.

14 EuGH v. 25. 10. 2017, Rs. C-106/16 (*Polbud*), NZG 2017, 1308, Rdn. 33 f.

nen Gesellschaften einen inländischen Satzungssitz genügen lässt.¹⁵ So gesehen gewährleisten Art. 49, 54 AEUV nur, aber immerhin die Gleichbehandlung der nach dem Recht des Wegzugstaats gegründeten Gesellschaft mit einer nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats gegründeten Gesellschaft. Sieht man von der von der Kommission nun vorgeschlagenen materiellrechtlichen Lösung ab, könnte eine nicht unter dem Vorbehalt des Kollisionsrechts des Aufnahmestaats stehende Freiheit zur Satzungssitzverlegung allein durch Harmonisierung des Gesellschaftskollisionsrechts geschaffen werden, und auch dies nur, wenn sie auf Grundlage der (ggf. um Sonderanknüpfungen angereicherten) Gründungstheorie erfolgen würde.¹⁶

III. 1. Der Sache nach geht es bei dem in der *Polbud*-Entscheidung anerkannten und nach den Plänen der Kommission künftig in Art. 86a ff. GesRRL zu regelnden grenzüberschreitenden Formwechsel darum, Kapitalgesellschaften auch noch nach ihrer Gründung EU-weite Rechtsformwahlfreiheit zu gewähren. Lässt man sich einmal darauf ein, dass nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen (oder von vornherein so gegründet werden, dass der Verwaltungssitz in einem vom Gründungsstaat abweichenden Mitgliedstaat liegt) oder eine inländische Gesellschaft nach den Regeln über grenzüberschreitende Verschmelzungen auf eine Auslandsgesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz verschmolzen werden kann,¹⁷ dann wäre es nicht nur inkonsequent, sondern willkürlich, der inländischen Gesellschaft ausgerechnet die Möglichkeit, nach Gründung ihren Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, abzusprechen.¹⁸ Die Gesellschaft hätte es in der Hand gehabt, die Gründung unmittelbar im Aufnahmestaat zu vollziehen und den Verwaltungssitz von vornherein oder auch später in den Mitgliedstaat zu verlegen, nach dessen Recht sie tatsächlich gegründet worden ist. Sie könnte zudem Satzungs- und Verwaltungssitz in den Aufnahmestaat verlegen und nach erfolgtem Umzug den Verwaltungssitz in den ursprünglichen Gründungsstaat rück-

15 Dazu *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225, 2231 f.; *Kindler*, NZG 2018, 1, 4; ferner *Behme*, ZHR 182 (2018) 32, 53 f.

16 Zu entsprechenden Bestrebungen siehe *Habersack/Verse* (Fn. 2), § 4 Rdn. 33; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 6), § 7 Rdn. 112 f., § 30 Rdn. 32; *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225, 2234; für Anknüpfung an Verwaltungssitz *Kindler*, NZG 2018, 1, 5.

17 Siehe dazu die Nachw. in Fn. 6.

18 So bereits *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1486 f.; *Schön*, ZGR 2013, 333, 358 ff.; aus Sicht der beratenden Praxis *Kiem*, ZHR 180 (2016) 289, 301 f.; a.A. – *de lege ferenda* für zwingenden Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz – *Kindler*, NZG 2018, 1, 6; *ders.*, ZHR 179 (2015) 330, 370 ff.; *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 62; *ders.*, ZHR 180 (2016) 696. – *Sub specie* der Art. 49, 54 AEUV gilt das im Text Gesagte nur unter der Voraussetzung, dass der Aufnahmestaat für die nach seinem Recht gegründete Gesellschaften es ausreichen lässt, dass sie über einen inländischen Satzungssitz verfügen, siehe unter II.

verlegen. Gewonnen wäre mit diesen „Tricksereien“ nichts. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, dass die Kommission nun in Art. 86a ff. GesRRL – wenn auch leider nur für Kapitalgesellschaften – die aus der Niederlassungsfreiheit entwickelten EuGH-Grundsätze über eine Angleichung der nationalen Umwandlungsrechte umzusetzen beabsichtigt.

2. Wenig überraschend orientiert sich die Kommission, was das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels anbelangt, an den Grundsätzen über die grenzüberschreitende Verschmelzung, die freilich ihrerseits fortentwickelt werden sollen.¹⁹ Was den Schutz der Gesellschafter und der Gläubiger anbelangt, so wartet der Richtlinienvorschlag mit nicht wenigen substantiellen Verschärfungen der für die grenzüberschreitende Verschmelzung schon bislang in Art. 118 ff. GesRRL enthaltenen Schutzvorkehrungen auf, die durch Parallelvorschriften auf den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung erstreckt werden sollen, so dass künftig ein einheitliches Schutzniveau für grenzüberschreitende Umstrukturierungen bestünde.²⁰ Die neuen Schutzinstrumente lehnen sich an die Vorkehrungen des deutschen Umwandlungsrechts an, was der politischen Akzeptanz des Richtlinienvorschlags nicht zum Nachteil gereichen muss.²¹ Als *pars pro toto* sei das in Art. 86j, 126a, 160l GesRRL-E vorgesehene Barabfindungsrecht genannt, das Gesellschaftern zustehen soll, die nicht für die Umstrukturierung gestimmt haben,²² und zwar unabhängig davon, ob ein Widerspruch gegen die Maßnahme erklärt worden ist.²³ Die Überprüfung der Abfindung soll auf Antrag eines Gesellschafters, der das Angebot angenommen hat, durch ein nationales Gericht erfolgen. Dies erinnert an das hiesige Spruchverfahren, sollte jedoch durch Anordnung der *erga omnes*-Wirkung der gerichtlichen Entscheidung und durch eine für alle Gesellschafter einheitliche Antragsfrist ergänzt werden.²⁴

3. Politisch brisant und ursächlich dafür, dass der 1997 vorgelegte Vorentwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie keine Aussicht auf Realisierung hatte, ist der Umstand, dass es bislang nicht gelungen ist und wohl auch künftig nicht gelingen wird, die Verfassung der Kapitalgesellschaften im Allgemeinen und

19 Näher dazu *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 273 ff.

20 Näher *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577, 1581 f.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 273 ff.; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 860 f.

21 Übereinstimmende Bewertung bei *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577, 1582.

22 Für Verschmelzung und (nicht verhältniswahrende) Spaltung ist darüber hinaus die Überprüfung des Umtauschverhältnisses vorgesehen; zu den damit verbundenen Schwierigkeiten siehe Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 865, 866 f.

23 Insoweit zu Recht krit. Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 860.

24 Für einheitliche Antragsfrist und zumindest Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die Allgemeinverbindlichkeit der gerichtlichen Entscheidung anzuordnen, Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 860.

die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer unionsweit zu harmonisieren.²⁵ Der Entwurf von 1997 sah lediglich Informationsrechte der Arbeitnehmer vor und war deshalb aus Sicht der Mitgliedstaaten, die, wie Deutschland, Mitbestimmungsrechte kennen und mit diversen Besitzstandsgarantien versehen, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Der nun vorgelegte Kommissionsvorschlag orientiert sich für den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung an dem für die SE geltenden und praxiserprobten Mitbestimmungsmodell, auf das bereits die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung zurückgegriffen hatte und das sich nun in Art. 133 GesRRL findet. Die hiesigen Erfahrungen mit dem um eine Auffangregelung ergänzten Verhandlungsmodell sind, das wird man bei aller Detailkritik, die seitens der an solchen Verhandlungen Beteiligten vorgebracht wird, nicht schlecht, und so verwundert es auch nicht, dass seitens gewerkschaftsnaher Autoren zwar weitere Maßnahmen zur Ausweitung und Sicherung der Mitbestimmung angemahnt werden, der Richtlinienvorschlag indes im Grundsatz akzeptiert wird.²⁶ Diese grundsätzliche Akzeptanz basiert im Übrigen auf zwei weiteren – hier nur zu erwähnenden – Schutzmechanismen, nämlich zum einen auf dem für den grenzüberschreitenden Formwechsel²⁷ in Art. 86f GesRRL-E vorgesehenen gesonderten Bericht über die Auswirkungen der Umwandlung auf die Arbeitnehmer, zum anderen auf einer recht weit gehenden und über Art. 133 Abs. 7 GesRRL hinausgehenden²⁸ Konservierung des nach Vollzug des Formwechsels geltenden Mitbestimmungsniveaus; nach Art. 86l Abs. 7 GesRRL-E soll nämlich die nach dem grenzüberschreitenden Formwechsel²⁹ mitbestimmte Gesellschaft Maßnahmen ergreifen müssen, die sicherstellen, „dass die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Falle nachfolgender grenzüberschreitender oder innerstaatlicher Verschmelzungen, Spaltungen oder Umwandlungen während drei Jahren nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung ... geschützt werden“.

Was den Mitbestimmungsstatus nach grenzüberschreitendem Formwechsel anbelangt, so unterwirft zwar Art. 86l Abs. 1 GesRRL-E die „aus der grenz-

25 Für einen knappen Überblick zu den divergierenden Mitbestimmungsrechten siehe Habersack/Henssler/*Habersack*, *MitbestR*, 4. Aufl. 2018, Einl. *MitbestG* Rdn. 77f.; für die vor 2005 beigetretenen Mitgliedstaaten *Baums/Ulmer*, *Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten*, 2004; zu aktuellen Übersichten siehe www.worker-participation.eu.

26 *Kluge*, *Mitbestimmung* 3/2018, 55; *Bonse*, *Mitbestimmung* 3/2018, 34, 36 f.

27 Für grenzüberschreitende Verschmelzung und grenzüberschreitenden Formwechsel finden sich Parallelbestimmungen in Art. 124a, 160h GesRRL-E.

28 Dieser schützt bislang nur vor nachfolgenden innerstaatlichen Verschmelzungen; näher dazu Habersack/Henssler/*Habersack* (Fn. 25), § 30 *MgVG* Rdn. 1 ff.

29 Für grenzüberschreitende Verschmelzung und grenzüberschreitenden Formwechsel finden sich Parallelbestimmungen in Art. 133 Abs. 7, 160n Abs. 7 GesRRL-E.

überschreitenden Umwandlung hervorgehende Gesellschaft³⁰ der „gegebenfalls im Zuzugmitgliedstaat“ geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelung. Art. 86l Abs. 2 GesRRL-E regelt indes drei Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen nach Maßgabe von Art. 86l Abs. 3 GesRRL-E das in der SE-Ergänzungsrichtlinie geregelte Mitbestimmungskonzept, bestehend aus Verhandlungsverfahren und dieses ergänzender Auffangregelung, zur Anwendung gelangen soll. Während Ausnahmetatbestände zwei und drei konzeptionell schlüssige Ausprägungen des Vorher-Nachher-Prinzips sind und darauf abstellen, dass das Recht des Zuzugmitgliedstaats nicht mindestens den gleichen Umfang an Arbeitnehmermitbestimmung (Art. 86l Abs. 2 lit. a) GesRRL-E) oder für Arbeitnehmer in Betrieben, die sich nach Sitzverlegung in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorsieht (Art. 86l Abs. 2 lit. b) GesRRL-E), hält der an erster Stelle und ohne Buchstabennummerierung geregelte Ausnahmetatbestand einer näheren Überprüfung nicht Stand.³¹ Danach nämlich sollen Verhandlungsverfahren und Auffangregelung schon dann zur Anwendung gelangen, wenn die ihren Sitz verlegende Gesellschaft in den sechs Monaten vor Veröffentlichung des Umwandlungsplans eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die vier Fünfteln des nach dem Recht des Wegzugmitgliedstaats für das Eingreifen der Mitbestimmung maßgebenden Schwellenwerts entspricht. Eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland mit mehr als 400, aber weniger als 501 Arbeitnehmern hätte danach also das Verhandlungsverfahren durchzuführen, obgleich sie ohne den grenzüberschreitenden Formwechsel mitbestimmungsfrei bliebe.

Dieser Vorschlag distanziert sich sowohl von der aktuellen Rechtslage bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, für die Art. 133 Abs. 2 GesRRL ein Verhandlungsverfahren nur bei existierender Mitbestimmung vorschreibt, als auch von der Rechtslage bei der SE-Gründung, für die Art. 12 Abs. 2 SE-VO i.V.m. der SE-Ergänzungsrichtlinie ausnahmslos ein Verhandlungsverfahren fordert. Obgleich der grenzüberschreitende Formwechsel in systematischer Hinsicht der Gründung der SE im Wege des Formwechsels einer AG gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO entspricht (bei der, wie erwähnt, ein Verhandlungsverfahren auch dann durchzuführen ist, wenn die sich umwandelnde AG mitbestimmungsfrei ist), sollte sich die europäische Regelung für den grenzüberschreitenden Formwechsel am Modell des Art. 133 GesRRL orientieren und deshalb ein Verhandlungsverfahren nur dann vorsehen, wenn die ihren Sitz verlegende Kapitalgesellschaft nach den Regeln des Wegzugsstaats

30 Der Kommissionsvorschlag scheint hier wie insbesondere auch in Art. 86s GesRRL-E von einer Neugründung der Gesellschaft auszugehen und verkennt damit das den (grenzüberschreitenden) Formwechsel kennzeichnende Kontinuitätsprinzip; siehe dazu sogleich im Text; zu Recht krit. Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 863.

31 Krit. auch *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577, 1581; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 861 f.

der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt.³² Dafür spricht neben dem den grenzüberschreitenden Formwechsel kennzeichnenden Kontinuitätsprinzip³³ nicht zuletzt die Tatsache, dass bei – in Ermangelung bestehender Mitbestimmungsrechte hochwahrscheinlichem – Scheitern der Verhandlungen die dann eingreifende Auffangregelung ohnehin zur Mitbestimmungsfreiheit der Gesellschaft führen wird und die grenzüberschreitende Sitzverlegung deshalb durch das obligatorische Verhandlungsverfahren ohne Not und Nutzen mit einem erheblichen Formalaufwand belastet wird.³⁴ Von der Umwandlungsgründung der SE unterscheidet sich der grenzüberschreitende Formwechsel nach Art. 86a ff. GesRRL-E durch den Verzicht auf das Mehrstaatlichkeitserfordernis in Form einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft; diese in Art. 2 Abs. 4 SE-VO geregelte Voraussetzung einer SE-Umwandlungsgründung macht es für die SE-Gründung immerhin nachvollziehbar, auf Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu bestehen.

Frei von Sachgründen ist freilich, dies sei eingeräumt, auch der sich zwischen dem Modell der SE-Umwandlungsgründung und dem Modell der grenzüberschreitenden Verschmelzung bewegend „4/5-Ansatz“ des § 86l Abs. 2 GesRRL-E nicht: Immerhin ließe sich argumentieren, dass eine deutsche Kapitalgesellschaft mit mehr als 400 Arbeitnehmern mit gewisser Wahrscheinlichkeit alsbald den Schwellenwert des § 1 DrittelbG erreichen wird, so dass die Arbeitnehmer bereits eine Anwartschaft auf unternehmerische Mitbestimmung erworben haben, die es nun trotz grenzüberschreitender Sitzverlegung zu sichern gilt. Nachdem es der Kommissionsvorschlag allerdings insoweit an einer konsistenten Linie vermissen lässt – für die grenzüberschreitende Spaltung sieht Art. 160n Abs. 7 GesRRL-E die „4/5-Lösung“ vor, während es für die grenzüberschreitende Verschmelzung bei Art. 133 Abs. 1, 2 GesRRL bleiben soll – und die Gesellschaft den Trumpf hat, dass beim Scheitern von Verhandlungen die Mitbestimmungsfreiheit winkt, dürften die besseren Gründe doch gegen das „4/5-Modell“ und für das Modell des Art. 133 Abs. 2 GesRRL sprechen. Die Kommission sollte insoweit auch bedenken, dass es schwerlich als „Missbrauch“ angesehen werden kann, wenn eine bislang mitbestimmungsfreie Gesellschaft die primärrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit in Anspruch nimmt und ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.³⁵ Anders gewendet: Zumal unter Berücksichtigung der in Art. 86l Abs. 7 GesRRL-E vorgesehenen weitgehenden Konservierung des

32 So auch *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577, 1581; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 861 f.

33 Siehe dazu bereits Fn. 30.

34 So auch Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857, 861 f., dort auch weitere bedenkenswerte Änderungsvorschläge zu Art. 86l GesRRL-E.

35 Näher zur Frage, inwieweit sich Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach *Polbud* rechtfertigen lassen, *Behme*, ZHR 182 (2018) 32, 53 ff.

einmal erreichten Mitbestimmungsstatuts erscheint die Primärrechtskonformität der „4/5-Lösung“ durchaus fraglich.

IV. Das Mobilitätspaket vom 25. 4. 2018 ist im Grundsatz zu begrüßen. Mit ihm kann verwirklicht werden, was seit mehr als 20 Jahren im Entwurfsstadium steckengeblieben ist, nämlich eine sekundärrechtliche Regelung des grenzüberschreitenden Formwechsels und damit die Abrundung der schon bislang bestehenden Mobilitätsgarantien. Die Frage der Mitbestimmung blockiert die Rechtsangleichung nicht mehr, nachdem für die SE-Gründung mit dem Verhandlungsverfahren und der dieses flankierenden Auffangregelung ein auch für andere Umstrukturierungen geeignetes Konzept entwickelt werden konnte. Neben zahlreichen Einzelaspekten³⁶ gibt allerdings die fehlende Abstimmung mit dem Primärrecht und damit ein durchaus grundsätzlicher Aspekt Anlass zur Kritik. Diese fehlende Abstimmung äußert sich zum einen in der Ausklammerung der Personengesellschaften und Genossenschaften, zum anderen in einer überschießenden, weil nicht nur Bestandsschutz gewährleistenden Mitbestimmungsregelung.

Mathias Habersack

36 Verdienstvoll die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857 ff.