

Stellungnahme

von Dr. Hilke Herchen

(Rechtsanwältin, Mitglied des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwalt Vereins)

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie

Kurzfassung von Dr. Hilke Herchen für die Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 7. November 2022 auf Basis der Stellungnahme vom 23. Mai 2022 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 20. April 2022.

Der Handelsrechtsausschuss hat zum Referentenentwurf am 23. Mai 2022 Stellung genommen. Dieser Stellungnahme schließe ich mich vollumfänglich an. Auf dieser Basis nehme ich zum wesentlichen Inhalt des Regierungsentwurfs (RegE) wie folgt Stellung:

Ziel des Gesetzes ist die Ermöglichung und Erleichterung von insbesondere grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahmen auf Basis und in Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie bei Herstellung bzw. Wahrung eines angemessenen Schutzniveaus für die Stakeholder, insbesondere die Anteilsinhaber, die Gläubiger und die Arbeitnehmer.

Das Umwandlungsgesetz arbeitet zum Schutz der Anteilsinhaber bei Umwandlungen mit verschiedenen Mechanismen, insbesondere: (i) Informations- und Berichtspflichten, (ii) externer Prüfung, (iii) Beschlussanfechtung, (iv) Abfindungsangeboten und Ausgleichszahlungen, die im Spruchverfahren überprüft werden können. Die Möglichkeit der Beschlussanfechtung wird durch den RegE konsequent weiter eingeschränkt und durch die Erweiterung der Abfindungsregelungen sinnvoll ersetzt. Darüber hinaus ist es zu begrüßen, dass der RegE die Möglichkeit zu Abfindung in Aktien statt in Bar ermöglicht. Dies dient auch dem Interesse der Anteilsinhaber (zu den Gläubigerschutzgesichtspunkten siehe unten). Im Einzelnen gibt es bei der Umsetzung noch gewisse Defizite, von denen einige hier hervorgehoben werden sollen.

Im Bereich des Gläubigerschutzes wirken insbesondere das Konzept der Sicherheitsleistung und der Kapitalschutz. Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen stellt das Gericht nach § 316 Abs. 2 Nr. 2 UmwG-E die Verschmelzungsbescheinigung erst aus, wenn die etwa festgesetzten erforderlichen Sicherheitsleistungen nachweislich geleistet wurden. Allerdings ist der Gläubigerschutz bei Spaltungen dadurch eingeschränkt, dass die Haftung der jeweiligen Rechtsträger für ihnen nicht zugewiesene Verbindlichkeiten der Höhe nach beschränkt wird (§ 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E). Für grenzüberschreitende Sachverhalte ist dies durch die Richtlinie vorgegeben; es ist konsequent, dass der Gesetzgeber dies auf nationale Sachverhalte ausdehnt. Auch hier gibt es jedoch im Detail der Regelungen einige Kritikpunkte.

Die Rechte der Arbeitnehmer werden in erster Linie durch Konsultations- und Transparenzregelungen gewahrt. Hins. der unternehmerischen Mitbestimmung wird für alle drei

Umwandlungsvarianten an dem – bei SE und grenzüberschreitender Verschmelzung bewährten Grundkonzept aus Verhandlungsmodell und Auffanglösung festgehalten; es gab jedoch einige signifikante Neuerungen durch Änderungen im MgVG sowie durch den Entwurf für das das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und bei grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG-E). Anders als bisher ist dabei für die Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens zur Regelung der Mitbestimmung nicht mehr relevant, ob die Gesellschaft nach anwendbarem Recht bisher schon tatsächlich der Mitbestimmung unterliegt, sondern es reicht aus, dass 4/5 der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl erreicht sind.

Im Folgenden seien einige einzelne Regelungen und Punkte besonders beleuchtet:

I. Verschmelzung

1. Erschwerung der Verfahrens durch überschießende Anforderungen an oder fehlende Verzichtsmöglichkeiten

- a) Verzicht auf Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung (Ziff. 14, § 60 S. 2 UmwG-E)

Nach dem RegE für § 60 S. 2 UmwG-E soll § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 3 in Verbindung mit § 8 Abs. 3 S. 1 und 2 mit der Maßgabe gelten, dass für den Verzicht auf Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung der Verzicht aller Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger erforderlich ist. Erfasst sind damit auch an der Verschmelzung beteiligte GmbHs. Laut der Begründung des Gesetzesentwurfs geschieht dies auf Grundlage von Art. 96 Abs. 4 GesRRL, wonach Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht nur entbehrlich seien, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf die Verschmelzungsprüfung verzichteten. Zum einen ist die in dem betreffenden Kapitel betroffene Gesellschaftsform aber allein die Aktiengesellschaft (Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Anhang I GesRRL). Zum anderen ist in Art. 96 Abs. 4 GesRRL nicht von "Rechtsträgern", sondern von "Gesellschaften" die Rede, weshalb die Umsetzung in § 60 S. 2 UmwG-E überschießend sein dürfte und geeignet ist, das Verfahren ohne Notwendigkeit zu behindern.

§ 60 S. 2 UmwG-E verweist nicht auf den neuen § 8 Abs. 3 UmwG-E. Hier ist dringend zu einer Klarstellung zu raten, dass auch die dort geregelten Ausnahmen von der Berichtspflicht uneingeschränkt gelten sollen: Es besteht kein Schutzbedürfnis der Aktionäre der Mutter, wenn eine 100-%ige Tochtergesellschaft auf sie verschmolzen wird.

- b) Verzicht auf die vorherige Einreichung des Verschmelzungsvertrages zum Handelsregister? (Ziff. 15 und 16, §§ 61 S. 1, 62 Abs. 4 UmwG-E)

In § 61 S. 1 UmwG-E sollte ergänzt werden, dass die Aktionäre darauf verzichten können, dass der Verschmelzungsvertrag vor der Einberufung der Hauptversammlung, die über die Zustimmung beschließen soll, zum Handelsregister eingereicht werden muss.

Nach überwiegender und zutreffender Ansicht ist die Regelung zur Einreichung nicht gläubigerschützend und ein Verstoß gegen Art. 92 Abs. 1 GesRRL nicht zu erkennen. Der Gläubigerschutz ist bereits durch die Veröffentlichung der Verschmelzung und das Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung ausreichend gewährleistet.

c) Verzicht auf die Auslegung der Unterlagen? (Ziff. 17, § 63 Abs. 1 UmwG-E)

Entsprechend den Anmerkungen zu §§ 61 S. 1, 62 Abs. 4 UmwG-E sollte zur Verfahrenserleichterung gerade für kleinere Unternehmen klargestellt werden, dass die Aktionäre auf die Auslegung der Unterlagen verzichten können.

2. Bare Zuzahlung, Gewähren von Ausgleich in Aktien (Ziff. 20, § 72a UmwG-E)

Nach § 72a Abs. 1 UmwG-E sollen die beteiligten Rechtsträger im Verschmelzungsvertrag erklären können, dass anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Aktien der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden. Diese Ergänzung ist grundsätzlich zu begrüßen. Das Konzept des RegE zur Umsetzung dieser alternativen Ausgleichsleistung führt allerdings zu schwerwiegenden Folgeproblemen und einer erheblichen Einschränkung des Potenzials der neuen Regelung.

a) Zeitpunkt der Festlegung der Art des Ausgleichs

Die Festlegung, ob anstelle einer Barzahlung zusätzliche Aktien gewährt werden, soll nach dem RegE bereits im Verschmelzungsvertrag stattfinden. Weil zu diesem Zeitpunkt die finale Höhe der Ausgleichspflichten allerdings noch nicht absehbar ist, kann es jedoch sachgerecht sein, erst nach Entscheidung über die Höhe der angemessenen Zuzahlung im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 4 UmwG-E i.V.m. § 11 SpruchG die Entscheidung darüber zu treffen, ob ein Liquiditätsabfluss oder alternativ die Aufbringung neuer Aktien zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs umsetzbar ist. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dies mit Überlegungen zur Risikoallokation zwischen Gesellschaft und Aktionären begründet: Für die Gesellschaft sei die Gewährung zusätzlicher Aktien wirtschaftlich vorteilhaft, wenn der Unternehmenswert im Moment der Übertragung der Aktien niedriger sei, als er dies unter Zugrundelegung eines von Beginn an angemessenen Umtauschverhältnisses gewesen wäre. Ein Ausgleich durch bare Zuzahlung sei hingegen für die Gesellschaft wirtschaftlich vorteilhafter als beispielsweise die Übertragung eigener Aktien, wenn der Wert des Unternehmens zwischen dem Bewertungsstichtag, der dem im Verschmelzungsvertrag festgelegten Umtauschverhältnis zugrunde liegt, und dem Zeitpunkt der Entscheidung im Spruchverfahren, gestiegen sein sollte.

Dem kann bereits im Ansatz nicht gefolgt werden: Die Gesellschaft hat keinen wirtschaftlichen Anreiz, die Frage der Ausgabe von Aktien anstelle einer baren Zuzahlung davon abhängig zu machen, wie die Unternehmensbewertung im relevanten Zeitraum ist. Auch für die Aktionäre die Frage wirtschaftlich im Ergebnis nicht relevant, wenn

der Wert der zur Verfügung gestellten Aktien dem Wert der baren Zuzahlung entspricht. Dies führt zu einem anderen Kritikpunkt an den vorgeschlagenen Regelungen:

b) Berechnungsmechanismus und -zeitpunkt für die Anzahl der Aktien

Nach § 10a Abs. 1 SpruchG in der Fassung des RegE soll die Zahl der Aktien, die anstelle der Barzuzahlung gewährt werden, durch eine Korrektur des ursprünglichen Umtauschverhältnisses ermittelt werden. Den Aktionären soll somit die Zahl von Aktien zugeteilt werden, die sie zusätzlich erhalten hätten, wenn von vornherein das Umtauschverhältnis auf Grundlage der damaligen Werte richtig bestimmt worden wäre. Erst durch dieses Korrekturmodell kann eine zwischenzeitlich eingetretene Wertveränderung der Gesellschaft die eine oder andere Art der Erfüllung der Ausgleichspflicht attraktiver werden lassen.

Ein deutlich einfacheres Konzept, das zudem die in a) dargestellten Einschränkungen der Flexibilität unnötig macht, liegt für börsennotierte Aktiengesellschaften darin, erst nachträglich den im Spruchverfahren ermittelten Barausgleichsbetrag einschließlich aufgelaufener Zinsen aufgrund des aktuellen Börsenkurses in Aktien umzurechnen. Eine Benachteiligung von Aktionären ist dabei ausgeschlossen, denn sie erhalten genau den gleichen Vermögenswert, den sie bei einer baren Zuzahlung erhalten würden, und sie können diesen Vermögenswert durch Veräußerung an der Börse jederzeit realisieren. Der Deutsche Anwalt Verein (DAV) hat sich in seinen Gesetzgebungsvorschlägen für dieses Konzept ausgesprochen (DAV-Stellungnahme Nr. 27/07, NZG 2007, 497, Ziff. II.2 e und f, Ziff. III.8; sowie DAV-Stellungnahme Nr. 35/2013, NZG 2013, 694 Rdn. 27 ff.). Das Konzept ist einfach, praktikabel und insgesamt auch für die Aktionäre vorzugswürdig.

c) Leistungsstörungen

In § 72a Abs. 3 UmwG-E sollte konkretisiert werden, wann anstelle der zugesagten Aktien wegen Unmöglichkeit der Aktiengewährung doch ein Ausgleich in bar zu gewähren ist. Der Verweis auf eine Orientierung an § 275 BGB in der Begründung des Gesetzesentwurfs genügt nicht. Für Fälle, in denen neuen Aktien zum Beispiel aus Kapitalchutzgründen nicht gewährt werden dürfen oder die Gesellschaft die Aktien schlicht nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums gewährt, sind keine Regelungen getroffen. Das sollte im Interesse der Aktionäre ergänzt werden.

d) Abschließender Charakter des Ausgleich?

Nach § 72a Abs. 7 S. 1 UmwG-E ist die Geltendmachung weiterer Schäden nicht ausgeschlossen. Diese Regelung führt zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen (und damit mittelbar auch für die Anteilsinhaber selbst). Die in der Entwurfsbegründung beispielhaft aufgeführten verpassten Wertsteigerungen oder entgangene Gewinnanteile aus Bezugsrechten auf Aktien, die nicht bezogen werden konnten, sollten aber gerade in den

Ausgleichsregelungen und der Verzinsung abgedeckt sein, insbesondere, wenn man sich hins. des Zeitpunkts der Festlegung der Anzahl der Aktien auf das System einlässt, wie es in lit. b) vorgeschlagen ist. Die Leistung der Zuzahlung sollte daher abschließend und die einzige Rechtsfolge sein.

3. Durchführung der Schaffung der neuen Aktien, Kapitalaufbringung (Ziff. 20, § 72b UmwG-E)

§ 72b UmwG-E deckt sich im Prinzip mit den früheren Vorschlägen des Deutscher Anwalt Verein (DAV), die neuen Aktien für die Gewährung des Ausgleichs im Wege der Sachkapitalerhöhung zu schaffen. Neben der Sachkapitalerhöhung wäre aber auch die Gewährung von Aktien aus bedingtem Kapital gangbar, wofür eine entsprechende Änderung des § 192 Abs. 2 AktG nötig würde, was aus praktischen Gründen zu empfehlen ist.

Soweit der Gegenstand der Sacheinlage im RegE benannt wird ("Anspruch der anspruchsberechtigten Aktionäre auf Gewährung zusätzlicher Aktien"), bedarf dies sicherlich einer Schärfung. Zur Gewährleistung des Kapitalschutzes ist es im Interesse der Gläubiger zwingend notwendig, bei Ausgabe neuer Aktien werthaltige Einlagen zu leisten. Ebenso wie eigene Aktien der Gesellschaft nicht eingebracht werden können, kann auch der Anspruch auf Gewährung von Aktien keine Einlage darstellen.

Richtig wäre hier, den Anspruch der berechtigten Aktionäre auf Barzuzahlung als Sacheinlagegegenstand zu bestimmen. Auch bei diesem Konzept stellt sich freilich weiterhin die Frage, was im Fall mangelnder Werthaltigkeit des Ausgleichsanspruchs gelten soll. Nach teilweise vertretener Ansicht soll § 15 UmwG den allgemeinen Kapitalschutzschriften bedingungslos vorgehen, die herrschende Meinung hält am vorrangigen Kapitalschutz fest und begrenzt den Anspruch auf bare Zuzahlung auf das freie Vermögen der Gesellschaft. Ob das auch für den Ausgleich durch zusätzliche Aktien richtig ist, ist zweifelhaft. Gleichwohl empfiehlt es sich, für die Ausgabe der Zusatzaktien im Wege der Sachkapitalerhöhung an dem Erfordernis einer Wertprüfung nach den allgemeinen Regeln für Sachkapitalerhöhungen festzuhalten. Sonst sind die Aktionäre potenziell dem Risiko einer Differenzhaftung und umgekehrt die Gläubiger dem Risiko der unzureichenden Kapitalaufbringung ausgesetzt.

4. Verschmelzungen in den ersten zwei Jahren nach Gründung (Ziff. 22, § 76 UmwG-E)

Die Streichung von § 76 Abs. 1 UmwG ermöglicht nun auch eine Verschmelzung von Aktiengesellschaften in den ersten zwei Jahren nach ihrer Gründung. Das ist zu begrüßen. Allerdings wird mit der Streichung das Schutzkonzept der Kapitalerhaltung in der jungen Aktiengesellschaft, wie es auch in den Nachgründungsvorschriften der §§ 52 f. AktG Ausdruck findet, durchbrochen. Soweit an §§ 52 f. AktG festgehalten wird, sollte auch der Schutz im Umwandlungsrecht nicht vollständig entfallen. Möglich wäre etwa,

zumindest den Verzicht auf die Verschmelzungsprüfung während der ersten zwei Jahre auszuschließen.

II. Spaltung

1. Kein Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeiten für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers (Ziff. 26, § 125 UmwG-E)

Nach dem RegE soll es bei der Ausgliederung dabei bleiben, dass der Ausschluss der Klagemöglichkeit gegen die Beschlüsse nach § 14 Abs. 2 UmwG (unter gleichzeitiger Eröffnung des Spruchverfahrens nach § 15) für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nicht gilt. Begründet wird dies damit, dass bei der Ausgliederung die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nicht Empfänger der zu gewährenden Anteile am aufnehmenden Rechtsträger sind und deshalb auch eine im Spruchverfahren zu verfolgende bare Zuzahlung für sie nicht in Betracht komme. Der ihnen drohenden Vermögenseinbuße, wenn dem übertragenden Rechtsträger keine dem Wert der ausgegliederten Vermögensteile entsprechende Gegenleistung in Gestalt der ihm zu gewährenden Anteile am übernehmenden Rechtsträger zufließt, könnten die Anteilsinhaber des übertragenden, ausgliedernden Rechtsträgers also nur im Wege der Beschlussmängelklage entgegentreten, sofern man eine solche Klage für zulässig hält. Das steht eigentlich in Widerspruch zu dem begrüßenswerten Anliegen des RegE, auf Bewertungsrügen gestützte Klagen gegen Umwandlungsbeschlüsse möglichst umfassend auszuschließen und die betroffenen Anteilsinhaber auf das Spruchverfahren zu verweisen. § 14 Abs. 2 i.V.m. § 15 UmwG sollte deshalb auch bei der Ausgliederung sowohl für die Anteilsinhaber des übertragenden als auch des aufnehmenden Rechtsträgers gelten. Das Argument, die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers seien bei der Ausgliederung nicht Empfänger der zu gewährenden Anteile, überzeugt nicht. Auch die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers erhalten bei Verschmelzung und Spaltung keine neuen Anteile. Gleichwohl wird ihnen nach dem RegE die Möglichkeit eröffnet, Kompensation durch Geldausgleich im Wege des Spruchverfahrens zu verfolgen.

2. Beschränkung der (Nach)Haftung nach § 133 UmwG (Ziff. 29, § 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E)

Nach § 133 Abs. 3 S. 1 UmwG-E ist zukünftig die Haftung des Rechtsträgers, dem Verbindlichkeiten im Spaltungsplan nicht zugewiesen sind, auf das ihm "zugeteilte Nettoaktivvermögen" beschränkt. Das bedeutet eine signifikante Einschränkung des Gläubigerschutzes, ist allerdings für grenzüberschreitende Spaltungen durch die Richtlinie vorgeschrieben. Das Konzept dann auch auf nationale Spaltungen auszudehnen, ist konsequent.

Der Begriff "zugeteiltes Nettoaktivvermögen" ist unklar. Er entspricht zwar der deutschen Sprachfassung der Richtlinie, jedoch weicht schon die Terminologie in der

Gesetzesbegründung (dort "am Tag des Wirksamwerdens der Spaltung vorhandenes Nettoaktivvermögen") davon wieder ab. In der englischen Fassung der Richtlinie ist von "net assets allocated to that company" die Rede. Inhaltlich ist der im RegE verwendete Begriff jedenfalls wenig passend, weil es nicht nur um das Vermögen geht, das dem aufnehmenden Rechtsträger zufließt, sondern – beim übertragenden Rechtsträger – natürlich gerade das Vermögen meint, das dem übertragenden Rechtsträger verblieben ist. Das sollte im Gesetzestext klargestellt werden. Es geht nur um die Abgrenzung von sonst vorhandenem Vermögen.

III. Formwechsel

1. Gewährung von Aktien anstatt barer Ausgleichszahlung? (Ziff. 50, § 248a UmwG-E)

Nach § 248a UmwG-E soll auch beim Formwechsel die Möglichkeit bestehen, eine Ausgleichszahlung in Aktien statt durch Barzahlung zu gewähren. Allerdings kann hier eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses nur in Ausnahmefällen relevant sein (z.B. wegen des Ausgleichs in Bezug auf Sonderrechte), weil es beim Formwechsel keine Änderung der Beteiligungsverhältnisse gibt. Für diese Sonderfälle scheint die Gewährung von Aktien nicht unbedingt angemessen und der Aufwand dafür dürfte im Regelfall zu hoch sein, so dass die Regelung gestrichen werden sollte.

Es ist unklar, ob das vom europäischen Gesetzgeber gewollt war

IV. Grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen

1. Anwendung auf Personengesellschaften? (Ziff. 57, § 306 UmwG-E)

Wie bisher (vgl. § 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG) bezieht der Gesetzgeber Personengesellschaften nur insoweit in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. UmwG-E ein, als es sich bei der übernehmenden oder neuen Gesellschaft um eine Personenhandelsgesellschaft mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern handelt (§ 306 Abs. Nr. 2 UmwG-E). Dahinter steht die Befürchtung einer Umgehung der Mitbestimmung durch Verschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft als Zielgesellschaft. Dies sollte jedoch nicht durch eine Beschränkung der Gesellschaftsformen erreicht werden, die sich an grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen beteiligen können. Vielmehr wäre es an der Zeit, auch für andere Personengesellschaften einen verbindlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen vorzugeben.

Der Vorwurf der ungenügenden Berücksichtigung von Personengesellschaften trifft allerdings nicht in erster Linie den deutschen Gesetzgeber, sondern bereits den europäischen Richtliniengeber. Solange die Richtlinie das Thema ausblendet und die Vorschriften der Staaten untereinander nicht synchronisiert sind, würde auch eine überschießende Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber nur bedingt weiterhelfen. Daher wäre

zumindest perspektivisch ein eine entsprechende Initiative auf europäischer Ebene wünschenswert.

2. Missbrauchskontrolle (Ziff. 57 , § 316 UmwG-E)

Die in Abs. 3 vorgesehene "Missbrauchskontrolle" gehört zu den problematischeren Neuerungen, weil sie zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen kann, wenn sie zu weit interpretiert wird. Allerdings ist der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 127 Abs. 8 GesRRL zur Umsetzung verpflichtet. Die Begriffstrios "missbräuchlich" - "betrügerisch" – "kriminell" bietet eine gewisse Gewähr dafür, dass die Gerichte die Norm eng auslegen werden. In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es ausdrücklich, missbräuchliche Zwecke seien die "Ausnahme vom Regelfall" und allein die Absicht, in den Genuss günstiger rechtlicher Regeln zu kommen, begründe für sich genommen noch keinen Missbrauch. Außerdem nimmt die Entwurfsbegründung Bezug auf den durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geprägten unionsrechtlichen Missbrauchs begriff, was ebenfalls für ein restriktives Verständnis spricht.

Völlig gebannt ist die Gefahr einer protektionistischen, mit der Niederlassungsfreiheit kollidierenden Lesart damit nicht. Vor allem aber bedeutet diese Unklarheit eine erhebliche Unsicherheit für die Unternehmen, im letzten Moment mit ihrem Anliegen zu scheitern. Die Begründung des Regierungsentwurfs selbst weckt Zweifel, indem sie als konkretes Beispiel für eine missbräuchliche Gestaltung den Fall anführt, dass zwar ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet wird, die Unternehmensleitung aber erkennbar keine Verhandlung über eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer führen will, obwohl die Arbeitnehmerzahl eines der beteiligten Unternehmen vier Fünftel eines Schwellenwertes der deutschen Mitbestimmungsgesetze erreicht hat. Der Missbrauchstatbestand darf nicht dazu dienen, die 4/5tel-Regelung – abhängig von der Haltung des zuständigen Registergerichts –im Einzelfall zu verschärfen und das nach wie vor mögliche und zulässige "Einfrieren" der Mitbestimmung zu unterlaufen.

3. Grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme? § 332 UmwG-E

Über die Regelungen der Richtlinie hinaus, soll nach § 332 UmwG-E unter gewissen Voraussetzungen auch die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme ermöglicht werden. Das ist zu begrüßen, denn dafür besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis. Allerdings wird mangels Harmonisierung durch die GesRRL in Kauf zu nehmen sein, dass trotz der Regelungen im deutschen Umwandlungsrecht eine grenzüberschreitende rechtssichere Spaltung zur Aufnahme nur möglich ist, wenn eine entsprechende - überschießende - Regelung auch im jeweils anderen EU-Mitgliedsstaat getroffen ist. Darauf sollte hingewirkt werden.

Die Beschränkung der grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme auf inländische Gesellschaften mit weniger als 400 Arbeitnehmern (§ 332 Nr. 1 UmwG-E) sollte

entfallen. Es ist zwar richtig, dass die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme nicht den effektiven Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung bei den beteiligten Gesellschaften beeinträchtigen sollte und insoweit mangels Harmonisierung durch die GesRRL im deutschen Recht Vorsorge getroffen werden muss. § 3 DrittelbG knüpft aber die unternehmerische Mitbestimmung nicht an die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, sondern nur an die Anzahl der in inländischen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer an, so dass § 332 UmwG-E zumindest klarstellend regeln sollte, dass es nur auf die Anzahl der in inländischen Betrieben der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer ankommt.

Für eine solche Erweiterung der Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme besteht aus Sicht des DAV auch und gerade bei größeren Gesellschaften das in der Entwurfsbegründung richtig beschriebene praktische Bedürfnis. Gerade bei diesen Gesellschaften wird die vorgesehene Spaltung häufig nur Betriebsteile im Ausland betreffen, und sie kann ermöglicht werden, ohne dass dies Einfluss auf die unternehmerische Mitbestimmung im Inland hätte.

V. Schutz der Rechte der Arbeitnehmer

Wegen der befürchteten Anreize für eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ wurde das aus dem SEBG und auch bisher schon für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltende Prinzip der Verhandlungslösung für das Mitbestimmungsregime weitgehend übernommen. Es gibt drei Verhandlungstatbestände; wenn einer von ihnen eingreift, greift das im Übrigen geltende Sitzstaatprinzip nicht, sondern es muss über die Mitbestimmung verhandelt werden. Die Verhandlungspflicht greift künftig bereits dann, wenn die formwechselnde bzw. sich spaltende Gesellschaft bzw. eine der verschmelzenden Gesellschaften in den sechs Monaten vor Offenlegung des Plans eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigte, die mindestens 4/5 des im nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehenen Schwellenwerts für die Mitbestimmung entspricht (Art. 86l II Var. 1, 133 II Var. 1, 160l II Var. 1 GesRRL/§ 5 Nr. 1 MgVG-E, § 5 Nr. 1 MgFSG-E). Das führt allerdings dazu, dass nicht mitbestimmte Gesellschaften erst gezwungen werden, langwierige und teure Verhandlungen zu führen; sofern dann mangels Einigung die Auffanglösung greift, führt diese jedoch zur Mitbestimmungsfreiheit (vgl. 86l III lit. g, 160l III lit. g jeweils i.V.m. Anhang Teil 3 lit. a SE-RL bzw. Art. 133 III lit. h i.V.m. Anhang Teil 3 lit. b SE-RL/§ 23 I MgVG-E, §§ 25 Nr. 2, 26 I MgFSG-E). Das ist jedoch als Konsequenz aus den Regelungen der Richtlinie wohl hinzunehmen.

Problematisch und wenig nachvollziehbar erscheint, dass die Schutzmechanismen für die grenzüberschreitende Verschmelzung in einigen Punkten von denen für Spaltungen und Formwechsel abweichen. So kann etwa bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung das BVG beschließen, dass ohne weitere Verhandlungen gleich die Auffanglösung angewendet wird (Art. 133 IV lit. a GesRRL/§ 23 I 1 Nr. 3 MgVG). Für Spaltungen und Formwechsel gilt dies nicht.

Bei grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen gilt dagegen als weitere Besonderheit, dass sichergestellt werden muss, dass die Mitbestimmungsregelung, die vorher galt, bis zum Geltungsbeginn einer vereinbarten Regelung oder der Auffanglösung weitergilt („Überbrückungspflicht“, Art. 86l IV lit. c, 160l IV lit. c GesRRL/§ 31 MgFSG-E).

1 gez. Hilke Herchen