

Betriebs Berater

43 | 2020

WettbewerbsR ... Gemeinnützigkeit ... Satzungsmäßigkeit ... SE-Sitzverlegung ... Recht ...

19.10.2020 | 75. Jg.
Seiten 2369–2432

DIE ERSTE SEITE

Dr. Tanja Schienke-Ohletz, RAin/StBin

Die Stiftungsreform – Was lange währt, wird endlich gut?

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Stefan Stolte, RA, und **Benjamin Weber**, RA

Rechtliche und steuerliche Erleichterungen für Stiftungen in der COVID-19-Pandemie | 2370

Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M. (EUR)

BB-Rechtsprechungsreport zum Wettbewerbsrecht 2019/2020 | 2375

Dr. Karl Brock, RA

Nationale Grenzen einer nach ausländischem Verschmelzungsrecht angeordneten Gesamtrechtsnachfolge | 2380

STEUERRECHT

Dipl.-Finw. **Harald Bott**, MR

BB-Rechtsprechungsreport Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht 2020 – Teil I | 2391

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Sebastian Heß, RA/FAStR/StB

BB-Gesetzgebungs-, Rechtsprechungs- und Verwaltungsreport zu bilanziellen Aspekten des Umwandlungssteuerrechts 2019/2020 | 2411

ARBEITSRECHT

Dr. Christoph Kurzböck, LL.M., RA/FAArbR, und **Kathrin Weinbeck**, RAin

Lösen die SE-Sitzverlegung bzw. der Wechsel des SE-Leitungssystems eine Wiederaufnahme der Verhandlungen mit dem Besonderen Verhandlungsgremium aus? | 2421

Dr. Hans-Peter Löw, RA

Sportpädagogik im Lichte des Antidiskriminierungsrechts | 2425

Schwerpunktheft
Stiftungsrecht

Dr. Christoph Kurzböck, LL.M., RA/FAArbR, und Kathrin Weinbeck, RAin

Lösen die SE-Sitzverlegung bzw. der Wechsel des SE-Leitungssystems eine Wiederaufnahme der Verhandlungen mit dem Besonderen Verhandlungsgremium aus?

Anmerkung zum Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg, 28.2.2020 – Az. 17 BV 20/19

Trotz der weitreichenden Gestaltungsoffenheit der SE ergeben sich aus den teilweise lückenhaften europäischen und nationalen Gesetzesvorschriften vereinzelt Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der Verpflichtung, ein Beteiligungsverfahren durchzuführen. Diese tauchen insbesondere bei der Gründung einer arbeitnehmerlosen SE immer wieder auf. Das ArbG Hamburg hatte sich mit Beschluss vom 28.2.2020 – 17 BV 20/19 mit der Frage zu beschäftigen, wann es zur Wiederaufnahme von Verhandlungen über die Arbeitnehmermitbestimmung kommen kann. Der Beitrag setzt sich mit der Entscheidung auseinander und gibt Praxisempfehlungen an die Hand.

I. Einleitung

Die Restrukturierung von Unternehmensgruppen hin zur SE-Gründung erfreut sich noch immer an großer Beliebtheit.¹ Anders als die nationalen Formen der Kapitalgesellschaften ermöglicht die Societas Europaea (SE) mit der sogenannten Verhandlungslösung eine auf das jeweilige Unternehmen maßgeschneiderte Formung der Arbeitnehmerbeteiligung.² Neben einer einheitlichen Konzernstruktur und Imagevorteilen – die SE impliziert Größe, Multinationalität als „Global Player“ und Fortschrittlichkeit – lockt daher auch die Flexibilität bei der Ausgestaltung der Arbeitnehmervertretung und Unternehmensmitbestimmung viele Unternehmen zu einer Reorganisation unter Gründung einer SE.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 30.3.2009 (Az.: I-4 Wx 248/08)³ bereits entschieden, dass der Registereintragung einer SE die fehlende Arbeitnehmerbeteiligung nicht gemäß Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) entgegensteht, soweit die maßgeblich an der Gründung beteiligten Gesellschaften erklären, weder Arbeitnehmer zu haben, noch solche jemals beschäftigen zu wollen. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist also nicht wesentliches Gründungsmerkmal einer SE.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat sich nun erstinstanzlich mit Beschluss vom 28.2.2020 (Az.: 17 BV 20/19) mit der in der Praxis immer wieder aufkommenden Folgefrage befasst, wann es zur Wiederaufnahme von Verhandlungen mit dem besonderen Verhandlungsgremium nach bereits erfolgter SE-Gründung kommt. Diese könnten ausgelöst werden durch die folgenden zwei Ereignisse:

- Eine Sitzverlegung der SE aus dem EU-Ausland nach Deutschland und
- der Wechsel vom monistischen in das dualistische Board-System.

Beides wird in der Praxis häufig praktiziert, sodass sich deren Beurteilung durch die Rechtsprechung großer kautelarjuristischer Aufmerksamkeit erfreuen darf.

II. Allgemeiner Problemaufriss

Voraussetzung der Registereintragung zur Gründung der SE ist gemäß Art. 12 Abs. 2 der SE-VO das Bestehen einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer.⁴ Der nationale Gesetzgeber hat dieses Beteiligungsverfahren mit dem Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG), unter Zugrundelegung der europarechtlichen Vorgaben umgesetzt. Die Entstehungsphase der SE wird durch dieses Verhandlungsverfahren stark in die Länge gezogen.⁵ § 1 Abs. 1 SEBG bestimmt zudem klar, dass für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE die in den nationalen Gründungsgesellschaften bestehenden Beteiligungsrechte maßgeblich sind. Der Status quo der Arbeitnehmerbeteiligung soll erhalten bleiben. Zur Sicherstellung dieser Beteiligungsrechte sieht § 4 SEBG die Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums (BVG) vor, dessen alleinige Aufgabe darin besteht, mit der Leitung der SE eine schriftliche Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE abzuschließen. Ergebnis dieser Vereinbarung kann einerseits die Arbeitnehmerbeteiligung nach den gesetzlichen Auffangregelungen, aber auch eine völlig individuell ausgehandelte Vereinbarung nach der sog. Verhandlungslösung sein.⁶ In der Regel ist von Unternehmensseite gewünscht, eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu verhindern. An dieser Stelle fällt auch oftmals die unternehmerische Entscheidung zur Gründung einer SE, denn die SE bietet den Vorzug, nicht von § 1 MitbestG oder § 1 DrittelbG erfasst zu sein. Das zum Zeitpunkt der SE-Gründung bestehende Mitbestimmungsniveau wird dann „eingefroren“⁷ und für die Zukunft

¹ Vgl. hierzu auch Grätz/Halm/Kurzböck, DK 2016, 429 ff.

² Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft sieht Verhandlungen mit dem BVG als Vertretung der Arbeitnehmer vor. Mögliche Inhalte einer Vereinbarung mit dem BVG ergeben sich aus § 21 SEBG.

³ OLG Düsseldorf, 30.3.2009 – I-4 Wx 248/08, ZIP 2009, 918.

⁴ Als weitere Möglichkeiten sieht Art. 12 Abs. 2 SE-VO vor, dass das BVG beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder diese abzubrechen bzw., dass die Verhandlungen durch Fristablauf ohne Ergebnis enden.

⁵ Nach § 20 SEBG dauern die Verhandlungen mit dem BVG grundsätzlich bis zu sechs Monate und können einvernehmlich bis auf 12 Monate ausgedehnt werden, was allerdings in der Praxis höchst selten geschieht.

⁶ So besteht z. B. die Möglichkeit den Aufsichtsrat zu verkleinern, da die Größenvorgaben des Mitbestimmungsgesetzes nicht gelten.

⁷ Zur Frage der dauerhaften Zementierung eines rechtswidrigen Mitbestimmungsstatuts durch Umwandlung vgl. Kurzböck/Weinbeck, BB 2019, 244 ff.

festgeschrieben, sog. „Vorher-Nachher-Prinzip“.⁸ Mitbestimmungsfreie Gesellschaften können den Status der Mitbestimmungsfreiheit durch eine SE-Gründung dauerhaft sichern, soweit diese noch vor Erreichen der mitbestimmungsrelevanten Arbeitnehmerzahl erfolgt. Konsequenz dieses Vorher-Nachher-Prinzips ist, dass nachfolgende Veränderungen, die unter Geltung der deutschen Mitbestimmungsgesetze eine Intensivierung oder Reduzierung der Mitbestimmung zur Folge hätten, für die SE grundsätzlich folgenlos bleiben.⁹

Etwas anderes ergibt sich jedoch im Falle sogenannter „struktureller Änderungen“. Für diesen Fall ordnet § 18 Abs. 3 SEBG die Wiederaufnahme von Verhandlungen an. Auf Veranlassung des SE-Betriebsrats oder der Leitung der SE müssen dann Neuverhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer stattfinden. Eine Definition dieser strukturellen Änderungen bietet jedoch weder das europäische noch das nationale Recht. Lediglich Österreich hat die Fälle einer die Einberufung des besonderen Verhandlungsgremiums auslösenden „wesentlichen Änderung der Struktur“ in § 228 Abs. 2 ArbVG konkretisiert. Die in der deutschen Literatur vorherrschende Meinung fasst unter den Begriff der strukturellen Änderungen richtigerweise nur kooperative Akte mit gründungsähnlichem Charakter von außergewöhnlichem Gewicht.¹⁰ Zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage ist es bislang jedoch noch nicht gekommen. Insbesondere hinsichtlich der beiden einleitend dargestellten, in der Praxis relevanten Sachverhalte führt die Begrifflichkeit der strukturellen Änderung immer wieder zu Rechtsunsicherheit. Als Folgeproblematik stellt sich auch im Zusammenhang mit der Gründung einer arbeitnehmerlosen SE die Frage, ob in diesen Fällen Beteiligungsverhandlungen erstmals überhaupt aufzunehmen sind. Mit ebendiesen Fragen befasste sich nun das Arbeitsgericht Hamburg.

Dieses entschied mit Beschluss vom 28.2.2020, dass weder die Sitzverlagerung einer arbeitnehmerlosen Holding-SE, noch deren Wechsel von einer monistischen Verwaltungsrats- in die dualistische Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung dazu führt, dass die SE-Leitung zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums auffordern muss, und auch keine die Neuverhandlungspflicht auslösende strukturelle Änderung im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG vorliegt.

III. Sachverhalt

In dem Verfahren machte der Konzernbetriebsrat einer SE & Co. KG seiner Ansicht nach bestehende Beteiligungsrechte aus einer vorangegangenen SE-Gründung gegen eine Holding-SE als alleinige Kommanditistin der SE & Co. KG geltend.

Die SE & Co. KG und ihre Tochtergesellschaften beschäftigen gemeinsam rund 3000 Mitarbeiter. Alleinige Kommanditistin wurde die im Verfahren in Anspruch genommene Holding-SE, die ihren Sitz zunächst in London hatte. Zum Zeitpunkt ihrer Gründung im Jahr 2013 beschäftigte die Holding-SE keine Arbeitnehmer, weswegen auch kein SE-Beteiligungsverfahren gemäß § 4 Abs. 1 SEBG eingeleitet und durchgeführt wurde. Die beiden an der Gründung beteiligten Gesellschaften waren und sind eine bis heute arbeitnehmerlose Limited mit Sitz in London und eine ebenso bis heute arbeitnehmerlose GmbH mit Sitz in Hamburg. Als Komplementärin der SE & Co. KG wurde eine Management-SE als arbeitnehmerlose Vorratsgesellschaft gegründet, deren alleinige Anteilseignerin die Holding-SE ist. Im Gründungsverfahren dieser Management-SE erfolgte ebenfalls keine Aufforderung zur Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums,

folglich wurde auch kein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchgeführt.

Am 4.10.2017 verlegte die Holding-SE ihren Sitz schließlich von London nach Hamburg und wechselte von einer monistischen Verwaltungsrats- in eine dualistische Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung. Diese beiden Ereignisse nahm der antragstellende Konzernbetriebsrat zum Anlass, um seiner Ansicht nach bestehende SE-Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer gegenüber der Leitung der Holding-SE geltend zu machen.

Konkret beantragte er, dass die Holding-SE das Verfahren zur Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums nach dem SEBG in Gang setzen müsse. Der Antragsteller argumentierte, dass der Antragsgegnerin nach dem Gesellschaftsvertrag der SE & Co. KG eine beherrschende Stellung gegenüber den nachgeordneten Konzernunternehmen zukomme, weswegen ihr deren Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 3 SEBG zuzurechnen seien. Damit seien bei der Holding-SE als Kommanditistin und nicht bei der Komplementär-Management-SE Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung in entsprechender Anwendung des § 4 SEBG zu führen. Bereits die Registereintragung der Holding-SE ohne den Abschluss dieses Verfahrens widerspreche Art. 12 Abs. 2 SE-VO und sei deshalb rechtswidrig.

Die Antragsgegnerin vertrat dagegen die Ansicht, dass ihre Eintragung als arbeitnehmerlose Holding-SE – basierend auf einer Gründung durch zwei arbeitnehmerlose Gesellschaften in London nach britischem Recht – als rechtmäßig zu beurteilen sei: Aber auch nach deutschem Recht hätte eine Registereintragung ohne Durchführung eines Beteiligungsverfahrens in rechtmäßiger Weise stattfinden können, da keine zu beteiligenden Arbeitnehmer vorhanden waren. Ein Beteiligungsverfahren sei auch nicht nachzuholen. Für den Zeitraum bis zur Verlegung des Sitzes nach Hamburg im Jahr 2017 sei der Sachverhalt nach britischem Recht zu beurteilen. Dort bestünden gerade keine dem deutschen § 18 Abs. 3 SEBG vergleichbaren Regelungen für eine Wiederaufnahme des Beteiligungsverfahrens der Arbeitnehmer bei strukturellen Änderungen der SE. Das SEBG finde erst mit Verlegung ihres Sitzes nach Hamburg im Jahr 2017 Anwendung. Jedoch seien weder die Sitzverlegung, noch der Wechsel des Leitungssystems strukturelle Änderungen im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG. Eine Verpflichtung der SE-Leitung, nachträglich Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung zu veranlassen, sei daher vollumfänglich abzulehnen.

IV. Grundzüge des Urteils

Die mit dem Fall befassten Richter entschieden, dass der Eintritt der Holding-SE als Kommanditistin in die SE & Co. KG nicht zu einem Anspruch auf Wiederaufnahme oder erstmalige Aufnahme von Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung gemäß § 18 Abs. 3 SEBG analog oder aus § 4 SEBG analog führe. Eine Prüfung möglicher Ansprüche zum Zeitpunkt der Gründung der Holding-SE im Jahr 2013 unterlässt das Gericht mit dem Hinweis auf die damalige Geltung britischen Rechts. Für die Beurteilung möglicher Betei-

⁸ Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699, 1702.

⁹ Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699, 1702.

¹⁰ Vgl. Feldhaus/Vanscheidt, BB 2008, 2246, 2247; Krause, BB 2005, 1221, 1228; Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699, 1702; Rieble, BB 2006, 2018, 2022; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 277, 278; Ziegler/Gey, BB 2009, 1750, 1756; Jacobs, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2017, SEBG, § 18, Rn. 12 m. w. N.

gungsansprüche sei allein der Zeitpunkt des Eintritts der SE in die SE & Co. KG maßgeblich, nicht der damalige Status quo.

Aber auch das Bestehen einer Verpflichtung, das Beteiligungsverfahren zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen, lehnt das Gericht ab. Das erklärte Ziel des SEBG sei es gemäß dem Erwägungsgrund 18 der SE-RL,¹¹ mithilfe des Vorher-Nachher-Prinzips die Rechte der Arbeitnehmer, die vor der Gründung der SE bestanden haben, einzufrieren und als Grundlage für die Ausgestaltung der Rechte innerhalb der SE zu machen. Dieser Status quo dürfe nicht durch die Gründung der SE eingeschränkt oder abgeschafft werden.¹² Ein europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung sei ausdrücklich nicht geschaffen worden.¹³ Der bei der Gründung der SE bestehende Besitzstand der Beteiligungsrechte werde gesichert, wobei spätere, rein tatsächliche Änderungen keine Auswirkungen auf die Mitbestimmung hätten, soweit sie nicht zugleich einen gründungsähnlichen Akt darstellen. Für das Entstehen einer (erneuten) Verhandlungspflicht sei sowohl gemäß der SE-VO als auch gemäß der SE-RL und dem sie umsetzenden SEBG lediglich der Zeitpunkt der Gründung selbst oder das Vorliegen einer nachträglich eintretenden strukturellen Änderung maßgeblich. Losgelöst von diesen Ereignissen sieht das Gericht dagegen keine Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen zu einem zusätzlichen Zeitpunkt.

1. Sitzverlegung als strukturelle Änderung im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG

a) Problemstellung und Rechtsansichten

Nach § 18 SEBG sind die Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in zwei Fällen wiederaufzunehmen:

- frühestens nach zwei Jahren, soweit die Verhandlungen gemäß § 16 Abs. 1 SEBG abgebrochen oder nicht aufgenommen wurden (vgl. § 18 Abs. 1 SEBG) und die Wiederaufnahme der Verhandlung beantragt wurde oder
- im Falle geplanter struktureller Änderungen, die dazu geeignet sind, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern (vgl. § 18 Abs. 3 SEBG).

Während die erste Variante einen klaren Tatbestand formuliert, lässt sich über die Auslegung des Begriffs der „strukturellen Änderung“ in § 18 Abs. 3 SEBG trefflich streiten. Der Begriffsbestimmungskatalog des § 2 SEBG enthält keine Legaldefinition der strukturellen Änderung, sodass dessen Bestimmung der Rechtsfortbildung obliegt.

Dabei sprechen die überzeugenderen Argumente gegen die Einordnung vorbezeichneter Streitgegenständlicher Sachverhalte unter den Tatbestand der strukturellen Änderung.

Die Regelung des § 18 Abs. 3 SEBG stützt sich auf Erwägungsgrund 18 der SE-RL mit dem Ziel, die Rechte der Arbeitnehmer im Wege einer Vorher-Nachher-Betrachtung zu sichern. Das soll nicht nur bei Neugründungen, sondern auch bei strukturellen Änderungen einer bereits gegründeten SE gelten.¹⁴ Mit dieser Formulierung werden Neugründungen und strukturelle Veränderungen auf eine Stufe gestellt,¹⁵ was für eine restriktive Auslegung des Begriffes spricht.¹⁶ Dahinter ist die gesetzgeberische Intention zu vermuten, dass nur Vorgänge mit gründungsähnlichem Charakter von außergewöhnlichem Gewicht erfasst sein sollen.¹⁷ Dazu zählt die bloße Verlegung des Gesellschaftssitzes bereits nach dem Wortlaut nicht.¹⁸

Aus der Entwurfsbegründung zum SEBG¹⁹ geht hervor, dass unter die Begrifflichkeit der strukturellen Änderung beispielsweise Fusionen oder Abspaltungen nach der Gründung der SE fallen. Insbesondere

die Aufnahme eines mitbestimmten Unternehmens mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern durch die SE stellt demnach eine strukturelle Änderung dar. Soweit bestehende Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern gemindert werden können, ist also auch immer das Vorliegen einer strukturellen Änderung und ein damit verbundener Anspruch auf Durchführung eines Beteiligungsverfahrens zu prüfen. Dies ist der Fall, wenn eine mitbestimmungsfreie SE eine mitbestimmte deutsche AG aufnimmt.²⁰

In der österreichischen Umsetzung der SE-RL wurde dem Rechtsanwender mit § 228 Abs. 2 ArbVG ein Katalog zur Verfügung gestellt, der verschiedene Arten von strukturellen Änderungen konkretisiert.²¹ Nach österreichischem Rechtsverständnis stellen sowohl die streitgegenständliche Sitzverlegung als auch der Wechsel des Verwaltungssystems eine strukturelle Änderung dar. Dem deutschen SEBG ist eine konkrete Aufzählung von Strukturänderungen dagegen fremd. In der Gesetzesbegründung lässt sich kein Nachweis dafür finden, dass der österreichische Katalog für die Auslegung des Begriffes im deutschen Recht heranzuziehen wäre.²²

Rein phonetisch nähern sich der Begriff der „strukturellen Änderung“ im Sinne des SEBG und der „wesentlichen Strukturänderungen“ aus § 37 Abs. 1 des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG) zwar an. Inhaltlich sind die beiden Begrifflichkeiten jedoch nicht austauschbar. Aus Erwägungsgrund 40 zur EBR-RL²³ ergibt sich, dass der Begriff der strukturellen Änderung enger auszulegen ist als der Begriff der wesentlichen Strukturänderungen.

Schließlich wird auch teilweise vertreten, dass sich der Gesellschaftsstatus der SE verändere, soweit diese auf Grund einer Verlagerung des Gesellschaftssitzes einem anderen mitgliedstaatlichen Ausführungsgesetz zur SE-VO unterliegt und in Folge dessen Beteiligungsrechte gemindert werden könnten.²⁴ Diese Ansicht überzeugt bereits aus systematischen Erwägungen nicht. Die Rechtspersönlichkeit der SE wird durch die Verlegung des Sitzes einer SE auch nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nicht verändert (vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 SE-VO) und die nationalen Vorschriften der Betriebsverfassung werden durch das SEBG gerade nicht berührt und bleiben unabhängig davon bestehen (vgl. § 47 Abs. 1 SEBG). Das neue besondere Verhandlungsgremium im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG würde überdies an einem Wegfall der Rechte aus dem BetrVG nichts ändern können.²⁵ Dagegen spricht auch die Systematik der Festlegung des Mitbestimmungsumfangs in der SE. Diese knüpft nicht an das im Gründungs- oder

11 RL 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001, Amtsblatt Nr. L 294 vom 10/11/2001 S. 0022 – 0032 (SE-RL).

12 Erwägungsgrund 3 der SE-RL.

13 Erwägungsgrund 5 der SE-RL.

14 Kleinsorge/Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Nomos-BR, 3. Aufl. 2018, § 18 SEBG, Rn. 3.

15 Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278.

16 Henssler, in: Habersack/Henssler, MitbestR, 4. Aufl. 2018, § 18 SEBG, Rn. 8; Jacobs, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2017, § 18 SEBG, Rn. 12.

17 Feldhaus/Vanscheidt, BB 2008, 2247; Krause, BB 2005, 1228; Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1702; Henssler, in: Habersack/Henssler, MitbestR, 4. Aufl. 2018, § 18 SEBG, Rn. 8 m. w. N.

18 So auch Feuerborn, in: Kölner Komm. AktG, 3. Aufl. 2019, Rn. 22.

19 BT-Drs. 15/3405, 50 a. E.

20 Hohenstatt/Müller-Bonanni, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG, Rn. 9.

21 Die Neuverhandlungen auslösende strukturelle Änderung wird in Österreich gemäß § 228 Abs. 2 ArbVG als „wesentliche Änderung der Struktur“ bezeichnet.

22 Oetker, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 18 SEBG, Rn. 20 m. w. N.

23 RL 2009/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009, Amtsblatt Nr. L 122/28.

24 Oetker, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 18 SEBG, Rn. 25; Kleinsorge, RdA 2002, 343, 351.

25 Hohenstatt/Müller-Bonanni, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG, Rn. 10.

Sitzstaat einer der beteiligten Gesellschaften geltende Mitbestimmungsrecht an. Vielmehr richtet sich diese nach dem zum Zeitpunkt der Gründung vorhandenen Bestand der Mitbestimmung.²⁶

b) Urteilsgründe

Nach Ansicht der Hamburger Richter führt die Sitzverlegung von London nach Hamburg nicht zu einer Verpflichtung der SE-Leitung zur Aufnahme von (Neu-)Verhandlungen. Der Begriff der strukturellen Änderung erfasse nach richterlicher Ansicht nur Vorgänge mit gründungsähnlichem Charakter. Rein tatsächliche Änderungen hätten keine Auswirkungen auf die Mitbestimmung, soweit nicht zugleich ein gründungsähnlicher Akt vorliege. Die Sitzverlegung sei dabei schon deshalb nicht umfasst, da sie identitätswahrend ist (vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 SE-VO). Auch auf eine bereits bestehende Mitbestimmungsvereinbarung hätte eine Sitzverlegung keinen Einfluss, sie würde fortgelten. Somit seien im Falle der Sitzverlegung auch keine Minderungen von Beteiligungsrechten ersichtlich, welche zu berücksichtigen wären.

Dieser Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen, da die Verlegung des Sitzes der SE keine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur derselben zur Folge hat: Kennzeichnend für die Sitzverlegung ist die Identitätswahrung der SE, s. Art. 8 Abs. 1 S. 2 der SE-VO, so dass die Struktur der Gesellschaft durch die Sitzverlegung erhalten bleibt.

2. Wechsel des Verwaltungssystems als strukturelle Änderung i. S. d. § 18 Abs. 3 SEBG

a) Strukturelle Änderung

Ob der Wechsel vom dualistischen zum monistischen Verwaltungssystem (und umgekehrt) als strukturelle Änderung klassifiziert werden soll oder nicht, ist in der Literatur ebenfalls umstritten. Schon alleine nach dem Wortlaut des Vorgangs könnte es jedoch schwerfallen, ein deutlicheres Beispiel für eine strukturelle Änderung innerhalb einer Gesellschaft zu finden.²⁷

Die Organisationsverfassung der SE wird mit einem Wechsel des Leitungssystems dramatisch verändert. Es handelt sich um einen Vorgang, der gründungsähnlichen Charakter aufweist. Insbesondere hat der Wechsel des Verwaltungssystems auch eine Änderung auf die Aufsicht und Führung des Konzerns zur Folge. Kontrolle und Unternehmensführung sind Teile einer Gesellschaft, deren Änderung immer ein besonderes Gewicht aufweist.

b) Minderung der Beteiligungsrechte

Allerdings lösen strukturelle Änderungen nur dann eine Pflicht zur Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG aus, wenn diese Änderungen auch geeignet sind, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern.

Als Beteiligungsrechte werden im SEBG alle Rechte verstanden, die den Arbeitnehmern und ihren Vertretern im Bereich der Unterrichtung, Anhörung, Mitbestimmung und der sonstigen Beteiligung zustehen (vgl. § 2 Abs. 9 SEBG).

Die Trias Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung sind deshalb so erheblich, weil es nicht erst zu einer Minderung der Mitbestimmungsrechte des Arbeitnehmers kommen muss. Bereits eine Minderung der Anhörungs- oder Unterrichtsrechte genügt, um den Tatbestand der „Minderung von Beteiligungsrechten“ zu verwirklichen. So sind alle Verfahren, durch welche die Vertreter der Arbeitnehmerschaft auf die Beschlussfassung der Gesellschaft Einfluss nehmen können, erfasst.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Ansprüche aus dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) bei der SE-Gründung gänzlich außer Betrachtung bleiben, vgl. § 47 Abs. 1 SEBG.²⁸ Mithin sind diese Rechte auch nicht vom Tatbestand der (minderungsfähigen) Beteiligungsrechte des § 18 Abs. 3 SEBG erfasst.

Zur Begründung der Verhandlungspflicht reicht es aus, wenn eine Minderung der Rechte möglich ist. Auch die Eignung zur Minderung ist entsprechend weit auszulegen.²⁹ Für eine Minderung der entsprechenden Rechte müssen dabei dem Arbeitnehmer nach der strukturellen Änderung weniger Beteiligungsrechte zustehen als vorher. Nicht erheblich ist somit der hypothetische Vergleich zu einer mitbestimmten (deutschen) Gesellschaft.³⁰

Diskussionswürdig könnten in diesem Zusammenhang jedoch final die erfassten Arbeitnehmer erscheinen. Diesbezüglich muss man nach zwei Gruppen unterscheiden. Auf der einen Seite stehen die Arbeitnehmer, welche bereits vor der strukturellen Änderung vom SE-Betriebsrat vertreten worden sind. Auf der anderen Seite stehen diejenigen Arbeitnehmer, welche erst ausgelöst durch die strukturelle Änderung bei der Neubildung des besonderen Verhandlungsgremiums zu berücksichtigen sind.

Unproblematisch erfasst sind die Arbeitnehmer, welche sich bereits vor der strukturellen Änderung in der SE befunden haben,³¹ wenngleich für diese Arbeitnehmergruppe keine Minderung der Beteiligungsrechte vorstellbar ist, nachdem die Mitbestimmungsvereinbarung verbindlich ist³² und das Vorher-Nachher-Prinzip³³ die bestehenden Beteiligungsrechte schützt.

Unter diesen Umständen ist sogar die Gruppe der neu hinzukommenden Arbeitnehmer zuvorderst vom Schutzbereich der Norm erfasst³⁴ und beide Gruppen der Arbeitnehmer sind schutzwürdig.

c) Urteilsgründe

Im Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg wird der Tatbestand des § 18 Abs. 3 SEBG bei einem Wechsel des Verwaltungssystems ebenfalls verneint. Zwar sei der Wechsel des Verwaltungssystems grundsätzlich als strukturelle Änderung einzuordnen. Eine Minderung der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte sei jedoch nicht ersichtlich. Die Autoren teilen die Auffassung des Gerichts, dass eine strukturelle Änderung bei einem Wechsel des Verwaltungssystems zumindest nicht generell auszuschließen ist, da mit diesem Wechsel in die gesellschaftsrechtliche Organisationsverfassung eingegriffen werde. Die Beurteilung, ob der Wechsel dazu geeignet ist, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, kann jedoch nur anhand des konkreten Einzelfalles erfolgen.

V. Fazit und Handlungsempfehlung

Das Arbeitsgericht Hamburg bestätigt mit seinem Beschluss die überwiegend in der Literatur herrschende Ansicht. Eine teure und auf-

²⁶ Vgl. auch *Wollburg/Banerjee*, ZIP 2005, 277, 283.

²⁷ *So Sagan*, in: Boecken u. a. (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, Rn. 19; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), *SE-Recht*, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG, Rn. 10 aE.

²⁸ *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), *SE-Recht*, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG, Rn. 14.

²⁹ *Feuerborn*, in: *Köln Komm. AktG*, 3. Aufl. 2019, Rn. 31.

³⁰ *Jacobs*, in: *MüKoAktG*, 4. Aufl. 2017, § 18 SEBG, Rn. 14.

³¹ *Evers/Bodenstedt*, in: *Manz/Mayer/Schröder*, *Europäische Aktiengesellschaft SE*, 3. Aufl. 2019, § 18 SEBG, Rn. 13 aE.

³² *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), *SE-Recht*, 2. Aufl. 2016, § 18 SEBG, Rn. 13.

³³ Erwägungsgrund 18 der SE-RL.

³⁴ Ebenda.

wändige Verpflichtung zur Beteiligungsverhandlung mit dem besonderen Verhandlungsgremium wurde in dem vorliegenden Fall vollumfänglich abgelehnt.

Höchstrichterlich sind die Fragen rund um die Fälle einer strukturellen Änderung mit der Folge einer Verpflichtung zur Wiederaufnahme der Verhandlungen dennoch nicht geklärt. Es bleibt daher noch immer ein gewisses Restrisiko bestehen, dass ein kostspieliges und zeitintensives Beteiligungsverfahren nachträglich oder erneut aufgenommen werden muss, insbesondere bei einem Wechsel des Leitungssystems. Auch wenn die besseren Argumente im dargestellten Sachverhalt gegen die Annahme einer strukturellen Änderung durch einen Sitzwechsel sprechen, bleibt die Frage weiterhin juristisch spannend und praktisch risikobehaftet, insbesondere im Hinblick auf das völlig gegenläufige österreichische Verständnis dieses Tatbestandmerkmals. Um das verbleibende Risiko zu vermeiden, sollte insbesondere bei der arbeitnehmerlosen SE-Gründung bereits im Vorfeld auch deren arbeitsrechtliche Seite juristisch stets kritisch geprüft werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die Folgeproblematik einer etwaigen Zurechnung von Arbeitnehmern einer Tochtergesellschaft. Nur dann kann eine rechtswirksame SE-Gründung sichergestellt werden. Da im SE-Recht hinsichtlich der Beteiligung von Arbeitnehmern im Unterschied zum nationalen Recht die völlige Verhandlungsflexibilität wesentliche Vorteile bietet, sollte von dieser Möglichkeit auch immer Gebrauch gemacht werden. Da der Gesetzgeber selbst offen lässt, welche genauen strukturellen Änderungen die Neuverhandlungspflicht auslösen, empfiehlt es sich, den Begriff in

der SE-Beteiligungsvereinbarung genau zu konkretisieren und darunterfallende Sachverhalte katalogisiert aufzuzählen.

Dr. Christoph Kurzböck, LL.M. (Lyon), RA/FAArbR, Associate Partner bei Rödl & Partner Nürnberg. Er berät in- und ausländische Unternehmen in allen individual- und kollektivrechtlichen Fragestellungen des nationalen und internationalen Arbeitsrechts, insbesondere an der Schnittstelle zum Insolvenz- und Gesellschaftsrecht. Zu seinen Spezialgebieten gehören der Beschäftigtendatenschutz sowie die Beratung von Geschäftsführern, Vorständen und leitenden Angestellten in dienstvertraglichen Angelegenheiten. Einen weiteren Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet die arbeitsrechtliche Begleitung von Re- und Umstrukturierungsmaßnahmen.



Kathrin Weinbeck, RAin, ist in der gesellschafts- und erbrechtlichen Praxis von Rödl & Partner in Regensburg tätig und ist Mitglied der Praxisgruppe Nachfolgeberatung. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist zum einen die Beratung mittelständischer Unternehmen in allen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen, etwa im Rahmen von Gesellschaftsgründungen, Umstrukturierungen, der dienstrechtlichen Beratung von Gesellschaftsorganen sowie im Bereich der Corporate Governance. Weiterhin befasst sie sich schwerpunktmäßig mit der Erbfolge- und Nachfolgeberatung für Familienunternehmer sowie vermögende Privatpersonen.



Dr. Hans-Peter Löw, RA

Sportpädagogik im Lichte des Antidiskriminierungsrechts

Zugleich eine Besprechung von BAG vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19

Diskriminierungsfreie Einstellungsverfahren sind nach wie vor eine große Herausforderung für die Arbeitgeber (*Ohlendorf/Schreier*, BB 2008, 2458). Während aber in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) formale Anforderungen im Vordergrund standen, hat sich der Schwerpunkt in den letzten Jahren darauf verlagert, welche inhaltlichen Anforderungen diskriminierungsfrei gestellt werden dürfen. Wesentlich geht es dabei um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung insbesondere wegen der Kriterien Alter und Geschlecht zulässig ist.

Eine kürzlich ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ergänzt die bisherige Rechtsprechung um einen interessanten Aspekt. Es ging um die Frage, ob eine freie Waldorfschule einen männlichen Bewerber für eine Stelle als Sportlehrer deshalb ablehnen darf, weil die Schule den Sportunterricht monoedukativ durchführt und Schüler nur von männlichen Sportlehrkräften und Schülerinnen nur von weiblichen Sportlehrkräften unterrichten lässt (BAG, 19.12.2019 – 8 AZR 2/19). Das Urteil gibt Veranlassung zur vertieften Betrachtung einiger interessanten Rechtsfragen.

I. Die Entscheidung

Der Beklagte ist ein Schulverein, dem durch die bayerische Staatsregierung die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Waldorfschule erteilt worden war. Der Unterricht sollte nach dem Genehmigungsbescheid nach den Lehrplänen der Waldorfschule erfolgen. Er darf nicht hinter den öffentlichen Realschulen und Gymnasien zurückstehen.

Im Juni 2017 veröffentlichte der Beklagte eine Stellenausschreibung, unter anderem für eine „Fachlehrerin Sport (w)“. Zwischen den Parteien war nicht streitig, dass der Beklagte eine Sportlehrkraft für die Mädchen der Jahrgangsstufen 5–12 suchte. Der Kläger, ein ausgebildeter Sportlehrer mit mehrjähriger Berufserfahrung, bewarb sich auf die Stelle und erhielt eine Absage mit der Begründung, man suche eine weibliche Lehrkraft. Die darauf von dem Kläger erhobene Klage auf Entschädigung haben Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht abgewiesen. Die Revision des Klägers war erfolgreich.