



Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE)

Zur Weiterentwicklung der Verhandlungslösung



Impressum

Herausgeber:



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

80538 München

Telefon: +49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax: +49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail: info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Erstellt von:

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Lehrstuhl für bürgerliches Recht, deutsches und europäisches

Handels- und Gesellschaftsrecht

Domerschulstraße 16

97070 Würzburg

<https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/teichmann/startseite/>

Zitat (Vollbeleg):

Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE) – Zur Weiterentwicklung der Verhandlungslösung, erstellt von Prof. Dr. Christoph Teichmann, München 2022, www.familienunternehmen.de

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	VII
A. Einführung	1
I. SE und unternehmerische Mitbestimmung	1
II. Koalitionsvertrag und Mitbestimmung	2
III. Verbreitung der SE in Deutschland und Europa.....	3
IV. Die SE als Rechtsform für Familienunternehmen.....	4
B. Unionsrechtlicher und nationaler Regelungsrahmen	7
I. SE-Verordnung	7
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	7
2. Wesentliche Inhalte	7
a) Gründungsverfahren	7
b) Unternehmensverfassung	8
3. Unionsrechtliche Kompetenzgrundlage	8
II. SE-Ausführungsgesetz (SEAG)	8
III. SE-Richtlinie	9
1. Entstehungsgeschichte	9
2. Verhandlungslösung und Vorher-Nachher-Prinzip	11
IV. SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)	12
C. Nähere Analyse des sogenannten Einfriereffekts	15
I. SE-Gründungsverfahren (Gesellschaftsrecht)	15
1. Numerus clausus der Gründungsformen.....	15
2. Primäre Gründungsverfahren.....	15
3. Sekundäre SE-Gründung und Vorratsgründung	16
II. Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung	17
1. Zwingende Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung	17
2. Inhaltliche Reichweite der SE-Beteiligungsvereinbarung.....	18
3. Vereinbarte Mitbestimmungsminderung	19

4.	Verhandlungen ohne Vereinbarung.....	20
a)	Beendigung durch Zeitablauf	20
b)	Verhandlungsverzicht durch Beschluss des BVG.....	20
5.	Fehlende Verhandlungen bei Gründung einer Vorrats-SE	21
III.	Gesetzliche Auffanglösung.....	22
1.	Anwendungsvoraussetzungen	22
2.	Mitbestimmungsniveau	22
IV.	Rechtslage nach Gründung der SE	23
1.	Mitbestimmung auf Basis einer SE-Beteiligungsvereinbarung	23
2.	Mitbestimmung kraft gesetzlicher Auffangregelung.....	24
3.	Neuverhandlung bei „strukturellen Änderungen“	25
a)	Erwägungsgrund 18 der SE-Richtlinie	25
b)	Begriff der „strukturellen Änderung“	25
c)	Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten.....	26
V.	Zwischenergebnis.....	26
D.	Reformoptionen der Gesetzgebung.....	29
I.	Evaluierung der Rechtstexte (2008 bis 2012)	29
II.	Fachdiskussion in Deutschland.....	31
III.	Europäische Reformperspektiven	33
1.	Reformbedarf	33
2.	Erfahrungen bei Verabschiedung der Mobilitätsrichtlinie (2019)	34
IV.	Nationale Gestaltungsoptionen.....	36
1.	Modernisierung des deutschen Unternehmensrechts.....	36
2.	Regelung zum „Einfriereffekt“ im SEBG	38
a)	Regelungsrahmen der SE-Richtlinie	38
b)	Reformvorschläge aus Arbeitnehmerperspektive	39
c)	Bewertung der Vorschläge.....	40
d)	Ausländische Regelungsvorbilder	42
e)	Auffassung der Expertengruppe zur Umsetzung der SE-Richtlinie	43

f) Einfriereffekt und Missbrauchstatbestand.....	44
g) Europäische Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch.....	45
h) Merkmal der Zweckwidrigkeit bei SE-Gründung.....	47
V. Vertrauensgrundsatz und Rückwirkungsverbot	47
Abkürzungsverzeichnis	49
Literaturverzeichnis	51

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Die Societas Europaea (SE) ist eine europäische Rechtsform, die in Deutschland auch von Familienunternehmen nicht selten verwendet wird. Die Wahl dieser Rechtsform unterstreicht die internationale Ausrichtung des Unternehmens und bietet die Möglichkeit, eine maßgeschneiderte Governance-Struktur für den grenzüberschreitenden Dialog mit der europäischen Belegschaft zu entwickeln. Im Gegensatz zur deutschen Aktiengesellschaft bietet die SE außerdem ein Wahlrecht zwischen dem dualistischen Leitungsmodell (Vorstand/Aufsichtsrat) und dem international verbreiteten monistischen Leitungsmodell (Verwaltungsrat oder „Board of Directors“).

Der europäische Rechtsrahmen der SE ist geprägt vom Vorrang der Verhandlungen. Anlässlich der Gründung wird ein international zusammengesetztes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer gebildet, dessen Aufgabe darin besteht, mit der Unternehmensleitung eine SE-Beteiligungsvereinbarung abzuschließen. Gegenstand der Verhandlungen sind alle Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, von Unterrichtung und Anhörung bis hin zur unternehmerischen Mitbestimmung.

Sollte keine Vereinbarung zustande kommen, gewährt die europäische „Vorher-Nachher-Lösung“ einen Bestandsschutz im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung. Wenn in der deutschen Gründungsgesellschaft Mitbestimmung galt, so bleibt dieses Mitbestimmungsniveau in der SE erhalten: Der proportionale Anteil an Arbeitnehmervertretern im Aufsichts- oder Verwaltungsrat der SE entspricht demjenigen in der Gründungsgesellschaft.

Die europäische Regelung sieht keine Erhöhung des proportionalen Anteils der Arbeitnehmervertreter bei späterem Wachstum der Belegschaft vor. Dies wird als „Einfriereffekt“ kritisiert, weil das Unternehmen dadurch mittel- oder langfristig möglicherweise unterhalb des deutschen Mitbestimmungsniveaus bleibt, wenn im Zeitpunkt der Gründung noch keine Drittelbeteiligung oder paritätische Mitbestimmung existierte. Die aktuelle Regierungskoalition hat angekündigt, diesem Einfriereffekt entgegenzutreten zu wollen.

Der Vorher-Nachher-Grundsatz des europäischen Rechts beruht ebenso wie der Vorrang der Verhandlungen auf europäischem Recht. Beides steht nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers. Auf nationaler Ebene könnte erwogen werden, den Missbrauchstatbestand zu konkretisieren, der sich in Form einer Generalklausel in der europäischen SE-Richtlinie findet. Die letztverbindliche Interpretation des Missbrauchsbegriffes obliegt dem Europäischen Gerichtshof, an dessen Rechtsprechung sich der deutsche Gesetzgeber daher orientieren sollte.

*International
aufgestellte
Familienunter-
nehmen vertrauen
auf Europäische
Aktiengesellschaft*

*Vorrang der
Verhandlungen mit
der internationalen
Belegschaft der SE*

*Grundprinzipien
unternehmerischer
Mitbestimmung
der SE nicht in
Hand nationaler
Gesetzgeber*

In Anlehnung an ausländische Vorbilder könnte das deutsche Recht eine Missbrauchsvermutung für Fälle aufstellen, in denen eine mitbestimmungsfrei gegründete SE binnen kurzer Zeit den mitbestimmungsrelevanten Schwellenwert des nationalen Rechts überschreitet. Dabei muss der Gegenbeweis, dass die SE-Gründung nicht der Mitbestimmungsumgehung diene, möglich bleiben. Ein Missbrauch ist insbesondere dann abzulehnen, wenn im Einvernehmen mit dem Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer über deren Beteiligungsrechte eine SE-Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wurde.

Im Lichte des verfassungs- und unionsrechtlichen Rückwirkungsverbots kann eine solche Gesetzesänderung nur SE-Gründungen erfassen, die nach Einführung der neuen Regelung durchgeführt werden. Der rechtsstaatlich gebotene Vertrauensschutz könnte allenfalls in einer Übergangsphase eingeschränkt sein, in der die konkrete gesetzliche Neuregelung bereits absehbar ist.

A. Einführung

I. SE und unternehmerische Mitbestimmung

Das vorliegende Rechtsgutachten befasst sich mit der unternehmerischen Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE). Die SE ist eine Rechtsform europäischen Rechts, die der Aktiengesellschaft vergleichbar ist und daher häufig auch „Europäische Aktiengesellschaft“ genannt wird. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in der SE-Verordnung, die durch eine Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung ergänzt wird (SE-Richtlinie). Zu den dort geregelten Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer gehört auch die unternehmerische Mitbestimmung, bei welcher die Arbeitnehmer einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans einer SE bestellen.

Diese Form der Mitbestimmung hat in Deutschland eine lange Tradition. Sie ist maßgeblich verankert im Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) und im Mitbestimmungsgesetz (MitbestG). Demnach muss der Aufsichtsrat in einer deutschen Aktiengesellschaft, wenn sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen; bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern beträgt dieser Anteil die Hälfte der Aufsichtsratssitze.

Auf die SE findet dieses nationale Mitbestimmungsrecht keine Anwendung. Sie hat ihr eigenes Regelwerk, das sich für den Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung im SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) findet. Zentrales Prinzip der Regelung ist die sogenannte Verhandlungslösung. Sie ist das Ergebnis eines langen rechtspolitischen Ringens um das geeignete Mitbestimmungsmodell für die SE. Viele EU-Mitgliedstaaten kennen keine Mitbestimmung oder organisieren die Mitbestimmung in anderer Weise als Deutschland.¹ Es gelang den Mitgliedstaaten daher nicht, sich für die SE auf ein einheitliches Modell zu einigen. Infolgedessen bietet nunmehr die Verhandlungslösung den Sozialpartnern die Möglichkeit, für jede einzelne SE ein Modell zu entwickeln, das auf die konkreten Gegebenheiten zugeschnitten ist.

Das Regelwerk der SE stellt sicher, dass im Zeitpunkt der SE-Gründung das Mitbestimmungsniveau der Gründungsgesellschaften erhalten bleibt, wobei das höchste Niveau den Ausschlag gibt (Vorher-Nachher-Grundsatz).² Es kann sich anschließend allerdings ein sogenannter „Einfriereffekt“ daraus ergeben, dass die SE nach ihrer Gründung nicht mehr dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt und das SE-Statut keine dynamische Anpassung der Mitbestimmung bei späterem Wachstum kennt. Ein Unternehmen kann auf diese Weise denjenigen Mitbestimmungszustand konservieren, der im Zeitpunkt der SE-Gründung besteht. Es ist nicht

*Deutsches
Mitbestimmungs-
recht findet auf
Societas Europaea
keine Anwendung*

1 Vgl. den Überblick der nationalen Mitbestimmungsmodelle bei *Seifert* in *Schlachter/Heinig*, *EnzEuR*, Band 7, S. 899 ff. (§ 20 Rn. 13 ff.).

2 Dazu näher unter B.III.2.

zuletzt diesem Effekt geschuldet, dass mittlerweile selbst im Premium-Segment des deutschen Börsenhandels (DAX) mehrere Unternehmen keinen mitbestimmten Aufsichtsrat mehr haben.³

Der erwähnte Einfriereffekt durch SE-Gründung kann sich auf die Drittelparität beziehen, wenn ein Unternehmen im Zeitpunkt der SE-Gründung mehr als 500 und nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Eingefroren werden kann aber auch die Abwesenheit von Mitbestimmung, wenn die Belegschaft im Zeitpunkt der SE-Gründung noch unterhalb des Schwellenwertes der Drittelparität liegt, den § 1 DrittelbG bei 500 Arbeitnehmern ansetzt. Denkbar ist auch ein freiwilliger Mitbestimmungsverzicht der Arbeitnehmer im Zuge der Verhandlungen, die bei der SE-Gründung stattfinden.⁴

Dieser Einfriereffekt hat nun auch die Aufmerksamkeit der Rechtspolitik gefunden. Der Koalitionsvertrag der aktuellen Regierungsparteien will die Unternehmensmitbestimmung so weiterentwickeln, dass es jedenfalls nicht mehr zu einer vollständigen Mitbestimmungsvermeidung in der SE kommen kann. Diese Ankündigung bietet vorliegend den Anlass, in einem größeren Kontext den Reformbedarf und die Reformperspektiven der SE im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung zu untersuchen.

II. Koalitionsvertrag und Mitbestimmung

Die Bewahrung und Weiterentwicklung der unternehmerischen Mitbestimmung ist den aktuellen Regierungsparteien ein besonderes Anliegen. Die im Koalitionsvertrag hierzu niedergelegten Passagen sprechen auch die europäische Rechtsform der SE an. So heißt es in dem auf die Mitbestimmung bezogenen Abschnitt (fett gedruckte Hervorhebung durch *Verfasser*):⁵

*„Deutschland nimmt bei der Unternehmensmitbestimmung eine weltweit bedeutende Stellung ein. Die bestehenden nationalen Regelungen werden wir bewahren. Missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts wollen wir verhindern. **Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt).** Wir werden die Konzernzurechnung aus dem*

3 Siehe nur *Mohr*, FAZ, 06.09.2021, S. 23.

4 Zu ihnen weiter unten C. II.

5 „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 72. Der Koalitionsvertrag ist u. a. auf der Homepage der Bundesregierung abrufbar: Koalitionsvertrag 2021 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>); zuletzt aufgerufen am 05.04.2022. Für eine erste Gedankenskizze zur Unternehmensmitbestimmung im Koalitionsvertrag vgl. *Mohamed*, ZIP 2022, 305 ff.; eingehender *Uffmann*, AG 2022, 427 ff.

Mitbestimmungsgesetz auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen, sofern faktisch eine echte Beherrschung vorliegt.“

Unter dem Begriff „Mitbestimmung“ wird im weiteren Verlauf die unternehmerische Mitbestimmung deutscher Prägung verstanden, bei der die Arbeitnehmer ein Drittel oder die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats wählen. Die sogenannte betriebliche Mitbestimmung, die sich für deutsche Unternehmen im Betriebsverfassungsgesetz findet, bleibt weitgehend ausgeklammert⁶, da sie nicht Gegenstand des Koalitionsvertrages ist und auch in der rechtspolitischen Diskussion soweit ersichtlich weniger umstritten ist als die unternehmerische Mitbestimmung.

Der Koalitionsvertrag erwähnt nur den Fall einer „vollständigen Mitbestimmungsvermeidung“. Allerdings kann die Mitbestimmung in einer SE auch unterhalb der Parität des Mitbestimmungsgesetzes (also im Stadium der Drittelbeteiligung) festgeschrieben werden. Es ist anzunehmen, dass auch diese Fallgruppe in der rechtspolitischen Diskussion aufgegriffen werden wird. Sie soll daher in der weiteren Untersuchung gleichfalls Berücksichtigung finden.

III. Verbreitung der SE in Deutschland und Europa

Blickt man auf die Verteilung der SE in Europa, sticht Deutschland besonders hervor.⁷ So waren im Jahre 2018 von etwa 3.000 SE europaweit knapp 500 in Deutschland angesiedelt. Eine aktuelle Recherche in der ORBIS-Datenbank ergibt für den 06.05.2022 eine Gesamtzahl von 995 SE in Deutschland.

Deutschland liegt mit den Gründungszahlen seit vielen Jahren an zweiter Stelle hinter Tschechien. Der dortige SE-Boom schlägt sich aber überwiegend in inaktiven Vorratsgesellschaften nieder, während die in Deutschland gegründeten SE in großer Zahl ein operativ tätiges Unternehmen betreiben.⁸ Dies lässt sich daran erkennen, dass die überwiegende Zahl der tschechischen SEs weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Vergleicht man diejenigen Gesellschaften, die mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen, lag Deutschland 2018 mit 286 SEs deutlich vor Tschechien mit 95.

6 Für die einzelnen Betriebe einer SE bleibt es bei der Anwendung des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes. Auf Ebene der SE existiert regelmäßig ein SE-Betriebsrat, dessen rechtliches Rahmenwerk entweder auf einer SE-Beteiligungsvereinbarung oder auf den gesetzlichen Regeln der §§ 23 ff. SEBG beruht.

7 Ausführliche Statistiken zur SE finden sich auf der Website des Europäischen Gewerkschaftsbundes. Die nachfolgenden Angaben beziehen sich auf einen Foliensatz vom März 2018, der dort heruntergeladen werden kann (Facts & Figures / European Company (SE) / <https://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Facts-Figures>; zuletzt aufgerufen am 28.04.2022.

8 *Rosenbohm*, S. 126.

Im Jahr 2021 gab es nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung bereits 459 operative SE in Deutschland.⁹ Davon unterlagen 71 der unternehmerischen Mitbestimmung, während 388 SEs nicht mitbestimmt sind. In 79 Fällen wurde die SE als Komplementärin einer KGaA (SE & Co. KGaA) eingesetzt; dabei gab es in elf Fällen eine Mitbestimmung auf Ebene der KGaA, nicht jedoch in der SE selbst.

IV. Die SE als Rechtsform für Familienunternehmen

Obwohl börsennotierte Gesellschaften, wie etwa Allianz, BASF oder SAP das Bild der SE in der Öffentlichkeit prägen, ist die SE auch bei Familienunternehmen recht beliebt. Die empirische Studie von *Rosenbohm* aus dem Jahre 2013 gelangte zu dem Ergebnis, dass etwa die Hälfte der 2012 in Deutschland operativ tätigen SE ganz oder mehrheitlich in Familienbesitz standen.¹⁰ Dieser Trend dürfte sich fortgesetzt haben. Wenngleich eine Zuordnung zum Kreis der Familienunternehmen nicht immer eindeutig möglich ist, finden sich doch unter den in Deutschland registrierten SEs zahlreiche bekannte Familienunternehmen.

Kennzeichnend für ein Familienunternehmen im hier verstandenen Sinne ist der dominante Einfluss von familiär verbundenen Gesellschaftern, die dem Unternehmen über mehrere Generationen hinweg die Treue halten.¹¹ Das Bestreben, den Einfluss der Familie langfristig zu sichern, geht in diesen Unternehmen häufig mit dem Bekenntnis zu einer nachhaltigen Wertschöpfung einher. Üblich sind daher in Familiengesellschaften gesellschaftsvertragliche Gestaltungen, die den Fortbestand und den langfristigen Erfolg des Unternehmens über das Individualinteresse der einzelnen Gesellschafter stellen, die ihre Anteile regelmäßig nicht frei veräußern können.¹² Damit verbunden ist der Vorrang der Selbstfinanzierung, der mit Veräußerungs- und Abfindungsbeschränkungen einhergeht.¹³

Aus den Veröffentlichungen von praktisch tätigen Rechtsberatern wird erkennbar, worin die spezifischen Vorteile der SE für Familienunternehmen liegen.¹⁴ Das Wahlrecht zwischen dualistischer und monistischer Leitungsstruktur kommt Familienunternehmen besonders entgegen, weil die monistische Struktur mehr Flexibilität in der Corporate Governance bietet als das

9 Auf der Website der Hans-Böckler-Stiftung finden sich regelmäßig aktualisierte Daten zur Nutzung der SE in Deutschland. Das aktuelle Datenblatt von *Rosenbohm/Sick* (https://www.imu-boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_aktuell.pdf) befindet sich auf dem Stand vom 31.12.2021.

10 *Rosenbohm*, 2013, S. 133. Eine kursorische Recherche in der ORBIS-Unternehmensdatenbank bestätigt den Eindruck, dass sich dieser Trend in den nachfolgenden Jahren ungebrochen fortgesetzt hat.

11 Vgl. *Habersack*, 2020, S. 7 ff.

12 Siehe nur *Habersack*, 2020, S. 11 ff.

13 *Habersack*, 2020, S. 13 ff.

14 Auf die Eignung der SE für Familienunternehmen hat sehr früh schon *Heckschen*, FS Westermann, 2008, S. 999 ff. hingewiesen. Aus jüngerer Zeit in diesem Sinne beispielsweise *Grätz/Halm/Kurzböck*, Der Konzern 2016, 429 ff.; *Wicke*, RNotZ 2020, 25 ff.

deutsche Aktiengesetz.¹⁵ Ein Unternehmensgründer, der die Fäden in der Hand behalten will, kann Vorsitzender des Verwaltungsrats und zugleich geschäftsführender Direktor sein. Weitere Familienmitglieder oder externe Manager können als geschäftsführende Direktoren bestellt werden. Sie sind jedoch, anders als ein AG-Vorstand, dem Verwaltungsrat weisungsunterworfen und von ihm jederzeit abberufbar. Die Familie behält damit die Kompetenz für das operative Geschäft, die dem aktienrechtlichen Aufsichtsrat versagt bleibt.¹⁶ In den von *Rosenbohm* geführten Interviews ergab sich als weiteres Motiv für den Rechtsformwechsel das Bestreben, die europäische und internationale Ausrichtung des Unternehmens besser sichtbar zu machen.¹⁷

Die spezifische Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung spielt bei der Rechtsformwahl gleichfalls eine Rolle. Nur die SE bietet die Möglichkeit, mit allen in der Europäischen Union tätigen Arbeitnehmern in rechtlich geregelte Verhandlungen einzutreten. Das deutsche Mitbestimmungsrecht gewährt bekanntlich allein den in Deutschland tätigen Arbeitnehmern Mitspracherechte.¹⁸ Solange sich dies nicht ändert, bleibt die SE das Mittel der Wahl für die Einbindung einer internationalen Belegschaft. Soweit ersichtlich handelt es sich bei denjenigen in Deutschland tätigen Gesellschaften, die ausländische Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat aufgenommen haben, ausschließlich um SE. Im Kontext der Mitbestimmung liegt ein weiterer Vorteil der SE darin, dass dort die Größe des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats in der Satzung festgelegt werden kann (Art. 40 Abs. 3 und 43 Abs. 2 SE-VO), während die Mitgliederzahl im Mitbestimmungsgesetz zwingend vorgegeben ist.¹⁹

Das im Gründungsstadium existierende Mitbestimmungsniveau wird bei SE-Gründungen durch Familienunternehmen regelmäßig aufrechterhalten.²⁰ Zudem ist gerade in dieser Unternehmensgruppe das Verhältnis zu den Arbeitnehmern so beschaffen, dass die Verhandlungen über Beteiligungsrechte zumeist einvernehmlich verlaufen und in eine Vereinbarung münden.²¹ In den von *Rosenbohm* geführten Interviews bewerteten häufig sowohl Unternehmens- als auch Arbeitnehmervertreter die Verhandlungen überwiegend als konstruktiv und kooperativ.²² Dabei wurde oftmals intensiver über den Bereich der Information und Konsultation diskutiert als über

15 Zu den Gestaltungsmöglichkeiten des monistischen Modells *Teichmann*, BB 2014, 53 ff. Auch der Satzungsvorschlag von *Lutter/Kollmorgen/Feldhaus*, BB 2005, 2473 ff. für die „mittelständische SE“ sieht ein monistisches Leitungsmodell vor.

16 *Teichmann*, BB 2004, 53, 55; auch *Lutter/Kollmorgen/Feldhaus*, BB 2005, 2473, 2474, weisen auf diese Gestaltungsvariante hin.

17 *Rosenbohm*, S. 286.

18 Siehe nur *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 ff. sowie *Schütt*, S. 80 ff. Der Europäische Gerichtshof hat diese Beschränkung auf im Inland tätige Arbeitnehmer gebilligt (kritisch dazu *Habersack*, NZG 2017, 1021 ff.).

19 Laut *Rosenbohm*, S. 288, war dies in mehreren Fällen eines der Motive für die Wahl der SE als Rechtsform.

20 In den von *Rosenbohm* untersuchten Fällen überwog die Konservierung der Drittelbeteiligung gegenüber der Vermeidung jeglicher Mitbestimmung (ebda., S. 288).

21 In den von *Rosenbohm* betrachteten Fällen kam es durchweg zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung (*Rosenbohm*, S. 289).

22 *Rosenbohm*, S. 291.

die Mitbestimmung im Aufsichtsrat.²³ Nicht selten gewährt die SE-Beteiligungsvereinbarung dem SE-Betriebsrat am Ende sogar mehr Rechte als die gesetzliche Auffanglösung vorsieht.²⁴

23 *Rosenbohm*, S. 292.

24 *Rosenbohm*, S. 297; diesen Befund bestätigen *Rose/Köstler*, S. 27, auf Basis einer inhaltlichen Analyse von zahlreichen SE-Beteiligungsvereinbarungen.

B. Unionsrechtlicher und nationaler Regelungsrahmen

Die Reformperspektiven und -möglichkeiten des SE-Statuts lassen sich nur vor dem Hintergrund des Regelungsrahmens der SE sinnvoll untersuchen. Die rechtlichen Grundlagen für die Rechtsform der SE finden sich im Unionsrecht, stehen also nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers. Gewisse Spielräume für den nationalen Gesetzgeber könnten sich allerdings insoweit ergeben, als die europäischen Regeln durch nationales Recht umgesetzt und ergänzt werden müssen. Um den Gestaltungsspielraum einer eventuellen Reform genauer auszuloten, soll zunächst der allgemeine Rechtsrahmen der SE betrachtet werden. Auf Unionsebene sind hier die SE-Verordnung (*nachfolgend I.*) und die SE-Richtlinie (*nachfolgend III.*) zu nennen. Auf Ebene des deutschen Rechts kommen das SE-Ausführungsgesetz (*nachfolgend II.*) und das SE-Beteiligungsgesetz (*nachfolgend IV.*) hinzu.

I. SE-Verordnung

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Bei der SE handelt es sich um eine Rechtsform des europäischen Unionsrechts. Sie wurde 2001 mit der sogenannten SE-Verordnung (SE-VO) eingeführt, in der die Gründung und Funktionsweise der SE geregelt sind.²⁵ Kraft EU-Rechts ist eine Verordnung in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar (Art. 288 Abs. 2 AEUV); sie bedarf keiner Transformation in nationales Recht. Demgemäß sind die Vorschriften der SE-Verordnung auch in Deutschland geltendes Recht, ohne dass es der Umsetzung durch ein deutsches Gesetz bedarf.

2. Wesentliche Inhalte

a) Gründungsverfahren

Die SE-Verordnung regelt das Gründungsverfahren der SE und unterscheidet vier primäre Gründungswege: Die Verschmelzung zur SE, die Gründung einer Holding-SE, die Gründung einer Tochter-SE sowie die Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE (vgl. Art. 2 SE-VO). Eine sog. sekundäre Gründung ist in der Weise möglich, dass eine bereits existierende SE selbst eine Tochter-SE gründet (Art. 3 Abs. 2 SE-VO). Nicht explizit geregelt, aber in der Praxis weit verbreitet, ist die Gründung einer SE als „Vorratsgesellschaft“. Dabei handelt es sich um eine SE ohne aktive Geschäftstätigkeit.²⁶ Die Vorratsgesellschaft hat eine mögliche nachgelagerte Mitbestimmungsrelevanz, weil sie typischerweise keine Arbeitnehmer

²⁵ Verordnung (EG) 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 08.10.2001, Abl. L 294/1 v. 10.11.2001.

²⁶ Siehe nur *Schmaus/Bangen*, ZIP 2019, 1360 ff. sowie *Teichmann* in: Leible/Reichert (Hrsg.), MHdB GesR, Band 6, IntGesR, 6. Aufl., 2022, § 43 Rn. 2 sowie Rn. 52.

beschäftigt und erst später mit einem Geschäftsbetrieb ausgestattet wird. Auf die damit verbundenen Rechtsfragen wird zurückzukommen sein.²⁷

b) Unternehmensverfassung

Ein weiterer Regelungsschwerpunkt der SE-Verordnung ist die Unternehmensverfassung. In Abweichung vom deutschen Aktienrecht kann eine SE zwischen dem dualistischen und dem monistischen Leitungsmodell wählen; gemäß Art. 38 SE-VO entscheidet hierüber die Satzung der Gesellschaft. Das dualistische Leitungsmodell entspricht weitgehend dem deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsmodell, während es im monistischen Leitungsmodell nur einen Verwaltungsrat und keinen Aufsichtsrat gibt. Die Mitgliederzahl von Aufsichtsrat und Verwaltungsrat wird durch die Satzung der SE bestimmt (Art. 40 Abs. 3 SE-VO und Art. 43 Abs. 2 SE-VO). Daher unterliegt eine SE nicht den zwingenden Mitgliederzahlen für mitbestimmte Aufsichtsräte, wie sie in § 7 MitbestG geregelt sind.

3. Unionsrechtliche Kompetenzgrundlage

Sollte aus rechtspolitischen Gründen eine Neufassung der SE-Verordnung angestrebt werden, so müsste diese im unionsrechtlichen Gesetzgebungsverfahren erfolgen. Dabei liegt eine besondere Hürde darin, dass die Kompetenzgrundlage, auf welche sich die SE-Verordnung stützt (Art. 352 AEUV), Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten voraussetzt.²⁸ Diese Einstimmigkeit ist schwer zu erzielen, weshalb der ursprünglichen Verabschiedung der SE-Verordnung jahrzehntelange Verhandlungen mit einer Vielzahl von Entwürfen und Kompromissvorschlägen vorangegangen waren.²⁹

II. SE-Ausführungsgesetz (SEAG)

Die SE-Verordnung hat in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung und bedarf daher keiner Umsetzung in nationales Recht (oben B.I.1.). Dass es dennoch ein deutsches SE-Ausführungsgesetz gibt, liegt an der Unvollständigkeit der SE-Verordnung.³⁰ Sie regelt keineswegs alle Rechtsfragen, die für eine funktionsfähige Rechtsform geklärt werden müssen. Stattdessen wird an vielen Stellen direkt auf das nationale Recht verwiesen; diese Verweisungen gelten

27 Siehe unten C.II.5.

28 Welche Kompetenzgrundlage für die Einführung supranationaler Rechtsformen heranzuziehen ist, war lange Zeit umstritten. Der Europäische Gerichtshof hat anlässlich der Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCE) klargestellt, dass die entsprechenden Verordnungen nur auf Art. 352 AEUV gestützt werden können (EuGH 02.05.2006 – C-436/03, Slg. 2006, I-3733 ff. – *Parlament/Rat.*) und damit Einstimmigkeit voraussetzen.

29 Die Idee einer supranationalen Rechtsform für europäische Unternehmen lässt sich bis in das Jahr 1957 zurückverfolgen; erst 2001 konnten SE-Verordnung und SE-Richtlinie verabschiedet werden (vgl. den Überblick von *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff., die an den Verhandlungen lange Jahre auf Seiten der Europäischen Kommission teilgenommen hatte; zur wechselvollen Historie auch *Lutter*, BB 2002, 1 ff.).

30 Zu Konzeption und Inhalt des SE-Ausführungsgesetzes *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169 ff.

kraft Unionsrechts und bedürfen ihrerseits keiner Bestätigung durch den nationalen Gesetzgeber.³¹ In einigen Fragen erteilt die SE-Verordnung dem nationalen Gesetzgeber jedoch einen Regelungsauftrag oder ermächtigt ihn, eigenständige Regelungen zu treffen. Dies betrifft beispielsweise das monistische Leitungsmodell, das dem deutschen Aktienrecht bis dahin fremd war und im SE-Ausführungsgesetz eine SE-spezifische Ausprägung erfahren hat.³²

III. SE-Richtlinie

1. Entstehungsgeschichte

Die gleichfalls 2001 verabschiedete SE-Richtlinie³³ behandelt die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE. In früheren Vorschlägen fanden sich die Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung noch im Verordnungstext. Erst im Jahre 1989 teilte die Europäische Kommission das ursprünglich einheitliche Regelwerk in zwei Teile und verlagerte die Arbeitnehmerbeteiligung in eine separate Richtlinie.³⁴ Damit sollte für diesen politisch sensiblen Bereich die Notwendigkeit der Einstimmigkeit umgangen werden. Von der Möglichkeit, die Richtlinie mit qualifizierter Mehrheit zu verabschieden, wurde aber nach lebhaftem Widerspruch der Mitgliedstaaten kein Gebrauch gemacht.³⁵ Sowohl SE-Verordnung als auch SE-Richtlinie stützten sich auf den damaligen Art. 308 EG-Vertrag (heute: Art. 352 AEUV) und fanden 2001 einhellige Zustimmung unter den Mitgliedstaaten, wenngleich dafür zahlreiche Kompromisse eingegangen werden mussten, unter denen die Qualität und Stimmigkeit der Rechtstexte erheblich zu leiden hatten.³⁶

Zum besseren Verständnis der gesetzgeberischen Konzeption, die sich in der heutigen SE-Richtlinie findet, bedarf es eines Blickes in die Entstehungsgeschichte der Regelung.³⁷ In den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts ging die Rechtspolitik fest davon aus, dass der Aufsichtsrat einer SE von Gesetzes wegen mitbestimmt sein sollte. Nach wissenschaftlichen Vorarbeiten einer Expertengruppe unter der Leitung des niederländischen Wissenschaftlers *Pieter Sanders* legte die Europäische Kommission daher im Jahre 1970 einen ersten offiziellen Entwurf für das SE-Statut vor, der ein originär europäisches Mitbestimmungsstatut enthielt.³⁸ Art. 137

31 Vgl. die Kommentierungen zu Art. 9 SE-VO in den einschlägigen Kommentaren (z. B. *Hommelhoff/Teichmann* in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar*, 2. Aufl., 2015, Art. 9 Rn. 43 ff.; *Veil* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, Art. 9 Rn. 52 ff.).

32 Die Kompetenzgrundlage hierfür findet sich in Art. 43 Abs. 4 SE-VO; vgl. im Einzelnen *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169, 176 ff.

33 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABL. EG L 294, 22 v. 10.11.2001.

34 Zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte *Mävers*, S. 210 ff. sowie 240 ff.

35 Hierzu *Kleinsorge*, RdA 2003, 343, 345.

36 Selbst *Marcus Lutter*, ein stets engagierter Befürworter der europäischen Rechtsform, versah das Attribut der „Rechtsfigur mit Zukunft“ daher zunächst mit einem Fragezeichen (*Lutter*, BB 2002, 1).

37 Hierzu monographisch *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, 2002; vgl. außerdem den Überblick bei *Kleinsorge*, RdA 2003, 343 ff.

38 Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften, ABL. EG, 10.10.1970, Nr. C 124/1.

Abs. 1 des Entwurfs lautete: „Die Arbeitnehmer der S.E. sind im Aufsichtsrat der Gesellschaft vertreten. Sie entsenden für je zwei von der Hauptversammlung gewählte Mitglieder des Aufsichtsrats ein Mitglied. Die Satzung kann eine höhere Zahl von Arbeitnehmern festlegen.“

Sanders hatte sich zuvor gegen eine einheitliche Mitbestimmungslösung ausgesprochen, weil er voraussah, dass hierüber unter den Mitgliedstaaten kein Konsens erreichbar sein würde.³⁹ Denn die Zahl der Mitgliedstaaten, die eine dem deutschen Recht vergleichbare unternehmerische Mitbestimmung kennen, ist überschaubar. Tatsächlich wehrten sich die Mitgliedstaaten mehrheitlich gegen den Vorschlag der Europäischen Kommission, der ihnen ein System der Mitbestimmung beschert hätte, das sie in ihrem nationalen Recht nicht kannten.⁴⁰ Erstaunlicherweise lehnten in Deutschland sowohl die Wirtschaft als auch die Gewerkschaften den Vorschlag ab, obwohl er die seinerzeit geltende deutsche Rechtslage abbildete. Die Wirtschaft wollte das Modell jedoch nicht in die SE übernehmen, während die Gewerkschaften eine weitergehende Mitbestimmung forderten.⁴¹

Damit war der Ton der nächsten Jahre und Jahrzehnte gesetzt. Die Europäische Kommission und die jeweiligen Ratspräsidentenschaften bemühten sich zwar um zahlreiche Kompromissvorschläge, die Quadratur des Kreises wollte aber nicht gelingen. Kein Mitgliedstaat war bereit, das Modell eines anderen Mitgliedstaats zu akzeptieren; und kein Vorschlag fand Gefallen bei Wirtschaft und Gewerkschaften, die jeweils gegenläufig Nachbesserungen im eigenen Sinne verlangten.⁴² Zu Beginn der 90er Jahre schien das Projekt endgültig an der unlösbaren Mitbestimmungsfrage gescheitert zu sein.

Die hier interessierende Frage des sogenannten Einfriereffekts spielte in all diesen Jahren keine Rolle. Das lag nicht daran, dass man dies übersehen hätte, sondern daran, dass der rechtspolitische Anspruch bis in die neunziger Jahre hinein darin bestand, für die SE ein eigenes autonomes Mitbestimmungsmodell zu regeln. Bei diesem Ansatz hätte sich das Problem des Einfrierens auf niedrigem Niveau nicht gestellt. Denn jede SE hätte kraft Rechtsform einen mitbestimmten Aufsichtsrat etabliert, dessen Zusammensetzung im SE-Statut selbst geregelt worden wäre. Hätten sich die Mitgliedstaaten auf ein solches Modell einigen können, wäre eine Mitbestimmungsvermeidung durch SE-Gründung nicht möglich gewesen.

39 Hierzu *Mävers*, S. 97 ff.

40 Zusammenfassend *Mävers*, S. 130.

41 Vgl. den Bericht bei *Mävers*, S. 123 ff.

42 Siehe hierzu jeweils die zusammenfassende Bewertung bei *Mävers*, S. 144 ff. (Vorschlag von 1975), S. 245 ff. (Vorschlag von 1989), S. 267 ff. (Vorschlag von 1991). Vgl. auch *Kleinsorge*, RdA 2003, 343, 344: „Kritisiert wurde ... die Ausgestaltung der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE, die einigen Mitgliedstaaten viel zu weit, anderen nicht weit genug ging.“

2. Verhandlungslösung und Vorher-Nachher-Prinzip

Der konzeptionelle Ansatz, für die SE ein europäisch-autonomes Mitbestimmungsmodell zu etablieren, hatte das Projekt nach mehr als drei Jahrzehnten in eine Sackgasse geführt. Erst im Jahre 1997 gelang es einer Expertengruppe unter Vorsitz des ehemaligen Kommissions-Vizepräsidenten *Etienne Davignon*, dem Projekt neues Leben einzuhauchen.⁴³ Zu den sechs Mitgliedern der Expertengruppe gehörten der ehemalige DGB-Vorsitzende *Ernst Breit* und der BDA-Vertreter *Rolf Thüsing*. Insoweit war gerade die deutsche Mitbestimmungstradition prominent vertreten.

In ihrem Bericht schlugen die Experten vor, auf ein europäisch geregeltes Mitbestimmungsmodell zu verzichten und stattdessen Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern zu ermöglichen.⁴⁴ Diese „Verhandlungslösung“ erlaubte den Durchbruch, sie ist auch in der heute gültigen SE-Richtlinie verankert. Erwägungsgrund 8 der Richtlinie erläutert, dass die konkreten Verfahren der Unterrichtung und Anhörung sowie gegebenenfalls der Mitbestimmung „vorrangig durch eine Vereinbarung zwischen den betroffenen Parteien“ festgelegt werden sollten. Die entsprechenden Rahmenbedingungen werden in der SE-Richtlinie näher geregelt.⁴⁵

So wird bei Gründung einer SE ein besonderes Verhandlungsgremium (BVG) eingerichtet (Art. 3 Abs. 2 SE-RL), das auf Seiten der Arbeitnehmer die Verhandlungen führt. Im BVG sind die Arbeitnehmer aller Gesellschaften repräsentiert, die an der SE-Gründung teilnehmen. Da die SE-Gründung stets ein grenzüberschreitendes Element aufweist, finden im BVG üblicherweise Arbeitnehmervertreter aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten zusammen. Schon aus diesem Grunde bedurfte der Verhandlungsprozess einer europäischen Rahmenregelung. Das BVG und die zuständigen Organe der beteiligten Gesellschaften (in einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts wäre dies der Vorstand) treten in Verhandlungen ein, die in den Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer münden können (Art. 4 SE-RL).

Die *Davignon*-Gruppe hatte auch die Möglichkeit erörtert, dass sich die Verhandlungsparteien nicht einigen sollten. Sie schlug für diesen Fall eine Auffanglösung vor. Ein Fünftel der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans, mindestens aber zwei Mitglieder, sollten von den Arbeitnehmern bestellt werden.⁴⁶ Dieser Vorschlag hätte für jede SE unabhängig vom Standort gegolten. Er stieß auf die bekannten Vorbehalte:⁴⁷ Denjenigen Mitgliedstaaten, die keine Mitbestimmung kannten, ging er zu weit; Deutschland ging er nicht weit genug.

*Rückblick:
Europäische Rechts-
form SE drohte,
am Dissens über
Mitbestimmung zu
scheitern*

43 Zu Vorgeschichte und Mandat der Expertengruppe *Mävers*, S. 294 ff.

44 *Davignon*-Bericht, BR-Drs. 572/97 vom 06.08.1997.

45 Zum Ablauf der Verhandlungen in der Praxis *Müller-Bonanni*, in: Teichmann/Kraushaar (Hrsg.), *Mitbestimmungsvielfalt in Deutschland und Europa*, 2021, S. 23 ff.

46 *Davignon*-Bericht, Textziffer 83.

47 *Mävers*, S. 308 ff.

Die SE-Richtlinie geht daher einen anderen Weg. Bei einem Scheitern der Verhandlungen gilt in der SE eine Auffangregelung, die eine Wahrung des vorher existierenden Mitbestimmungsniveaus sicherstellt (Vorher-Nachher-Prinzip). Diese Auffangregelung zur Mitbestimmung findet sich in Teil 3 des Anhangs zur SE-Richtlinie. Sie führt im Ergebnis dazu, dass jedenfalls der proportionale Anteil, den die Arbeitnehmervertreter vor Gründung der SE im Aufsichtsrat einer deutschen Gründungsgesellschaft innehatten, in der späteren SE erhalten bleibt. Der entscheidende Vorschlag, dass die SE-Richtlinie den Inhalt der Auffanglösung nicht selbst regelt, sondern hierfür an das existierende Recht der Mitgliedstaaten anknüpft, stammte von der britischen Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 1998.⁴⁸

Die konkrete Auffangregelung hängt auch davon ab, nach welchem Gründungsverfahren die SE errichtet wurde.⁴⁹ Wurde die SE durch Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft gegründet, so finden „alle Komponenten der Mitbestimmung“ weiterhin Anwendung.⁵⁰ Erfolgte die Gründung nach einem der anderen drei primären Gründungsverfahren (Verschmelzung, Holding- oder Tochter-SE), schützt die Auffangregelung den proportionalen Anteil der Arbeitnehmervertreter, der sich nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften bemisst. Auf diese Weise setzt sich zumindest bei paritätisch mitbestimmten Gründungsgesellschaften typischerweise das deutsche Mitbestimmungsniveau durch.

IV. SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)

Eine Richtlinie ist für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Aufgrund dessen findet eine Richtlinie keine unmittelbare Anwendung und bedarf stattdessen der Umsetzung in nationales Recht. Die Formulierung des Art. 288 Abs. 3 AEUV lässt erwarten, dass die Mitgliedstaaten bei der Zielerreichung einen gewissen Spielraum genießen. Viele Richtlinien enthalten allerdings sehr detaillierte Regelungen, sodass dem nationalen Gesetzgeber kaum eine andere Möglichkeit bleibt, als den Text der Richtlinie weitgehend in nationales Recht zu übernehmen.⁵¹ So verhält es sich auch bei der SE-Richtlinie, die sehr detailliert die Zusammensetzung des BVG und den Ablauf des Verhandlungsverfahrens regelt.

In Deutschland wurde zur Umsetzung der SE-Richtlinie das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) erlassen. Es regelt die Bildung und Zusammensetzung des BVG (§§ 4 bis 10 SEBG), den Ablauf

48 Hierzu *Kleinsorge*, RdA 2003, 343, 345, und *Mävers*, S. 335.

49 Vgl. zu den Gründungsformen nachfolgend C.I.

50 Die Frage, ob mit „alle Komponenten der Mitbestimmung“ auch das gemäß MitbestG zwingende Vorschlagsrecht der Gewerkschaften gemeint ist, hat das Bundesarbeitsgericht dem Europäischen Gerichtshof unlängst zur Entscheidung vorgelegt (BAG, ZIP 2020, 2396; dazu *Teichmann*, ZIP 2021, 105 ff.; *Uffmann*, ZfA 2021, 258 ff.; *Ulber/Koch*, ZESAR 2021, 223 ff.).

51 Dazu etwa *Ruffert* in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 288 Rn. 8; *W. Schroeder* in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 288 Rn. 74.

des Verhandlungsverfahrens (§§ 11 bis 20 SEBG), den Inhalt der SE-Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG) und die Regeln über die Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes (§§ 22 bis 38 SEBG). Gemäß der Grundkonzeption des SEBG unterliegt eine SE damit im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung ihren eigenen Regeln; die inländischen Mitbestimmungsgesetze finden auf sie keine Anwendung (dazu explizit § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG).

C. Nähere Analyse des sogenannten Einfriereffekts

Zum Einfrieren eines niedrigen Mitbestimmungsniveaus kann es kommen, wenn eine Gesellschaft nationalen Rechts in die SE wechselt, die im Gründungszeitpunkt der SE noch nicht mitbestimmt oder nur drittelparitätisch mitbestimmt ist. Dies soll nachfolgend anhand des Gründungsverfahrens der SE näher betrachtet werden.

I. SE-Gründungsverfahren (Gesellschaftsrecht)

1. Numerus clausus der Gründungsformen

Die Gründung einer SE ist nur nach einem der von der SE-Verordnung ausdrücklich geregelten Gründungsverfahren möglich (sog. Numerus clausus der Gründungsformen⁵²). An jedem dieser Verfahren können nur bestimmte, von der SE-Verordnung ausdrücklich zugelassene Rechtsträger teilnehmen. Eine Gründung durch natürliche Personen ist nicht vorgesehen. Es muss also immer mindestens eine Gesellschaft nationalen Rechts bereits existieren, bevor eine SE gegründet werden kann (nachfolgend jeweils „beteiligte Gesellschaft(en)“ genannt). Daraus resultiert das hier interessierende Folgeproblem, dass in der bereits existierenden Gesellschaft möglicherweise Mitbestimmung praktiziert wird, die nach der Konzeption des SE-Regelwerkes grundsätzlich erhalten werden soll. Zum Gründungsverfahren der SE gehört außerdem jeweils ein grenzüberschreitendes Element.

2. Primäre Gründungsverfahren

Als primäre Gründungsverfahren kennt die SE-Verordnung die SE-Gründung durch Verschmelzung, die Gründung einer Holding-SE, die Gründung einer Tochter-SE und die Umwandlung in eine SE. Diese stehen nach den Vorgaben der SE-Verordnung jeweils nur bestimmten Rechtsformen offen und erfordern jeweils ein spezifisches grenzüberschreitendes Element:

- SE-Gründung durch Verschmelzung: Diese ist nur für Aktiengesellschaften möglich, die dem Recht von mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 1 SE-VO).
- Gründung einer Holding-SE: Dieses Gründungsverfahren steht Aktiengesellschaften und GmbHs offen, wenn mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder eine ausländische Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben (Art. 2 Abs. 2 SE-VO).

52 Vgl. hierzu *Casper*, AG 2007, 97 ff. sowie die Kommentierungen zu Art. 2 SE-VO in den einschlägigen SE-Kommentaren.

- Gründung einer Tochter-SE: Eine Tochter-SE können alle Rechtsformen gründen, die als „Gesellschaften“ im Sinne des Art. 54 Abs. 2 AEUV gelten.⁵³ Dies sind neben den Kapitalgesellschaften auch die Personengesellschaften. Allerdings müssen auch hier mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder eine ausländische Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben (Art. 2 Abs. 3 SE-VO).
- Umwandlung in eine SE: Die Umwandlung, bei der es sich um einen Formwechsel in die SE handelt, steht Aktiengesellschaften offen, die seit mindestens zwei Jahren über eine ausländische Tochtergesellschaft verfügen (Art. 2 Abs. 4 SE-VO).

In praktischer Hinsicht bietet das Verfahren der Umwandlung den einfachsten Weg in die SE. Hierfür wird lediglich eine Aktiengesellschaft deutschen Rechts benötigt, die seit mindestens zwei Jahren über eine ausländische Tochtergesellschaft verfügt. Zahlreiche in Deutschland ansässige SEs sind auf diesem Wege entstanden.⁵⁴ Er wird in der Beratungsliteratur gerade für Familienunternehmen empfohlen, die unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers in eine SE wechseln wollen.⁵⁵

3. Sekundäre SE-Gründung und Vorratsgründung

Von einer sekundären SE-Gründung spricht man üblicherweise, wenn eine bereits existierende SE ihrerseits eine Tochtergesellschaft in Form der SE gründet.⁵⁶ Diese Gründungsvariante findet sich in Art. 3 Abs. 2 SE-VO ausdrücklich angesprochen. Ein spezifisch grenzüberschreitender Bezug ist in diesem Fall nicht erforderlich. Der Unionsgesetzgeber geht offenbar davon aus, dass die SE als Gründungsgesellschaft den europäischen Bezug bereits kraft Rechtsform in sich trägt.

Die sekundäre Gründungsform wird in der Praxis nicht selten zur Gründung von Vorratsgesellschaften verwendet.⁵⁷ Dabei entsteht eine SE, die noch keine Geschäftstätigkeit ausübt. Derartige Vorratsgesellschaften werden in der deutschen Rechtspraxis auch bei anderen Rechtsformen häufig eingesetzt, insbesondere bei der GmbH.⁵⁸ Ihr Vorteil liegt darin, dass der Erwerber einer solchen Gesellschaft das Gründungsverfahren nicht selbst durchführen muss.

53 Art. 2 Abs. 3 SE-VO spricht von Gesellschaften „im Sinne des Artikels 48 Abs. 2 des Vertrags“; diese Regelung findet sich heute in Art. 54 Abs. 2 AEUV. Der Wortlaut der Regelung ist gleichgeblieben: „Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“

54 Nach den Erhebungen von *Schubert/von der Höh*, AG 2014, 439, 441, war die Umwandlungsgründung unter den primären Gründungsformen die weitaus beliebteste und wurde nur noch durch die Verwendung von Vorratsgesellschaften übertroffen. Ebenso *Rosenbohm*, S. 135.

55 Siehe etwa *Wicke*, RNotZ 2020, 25, 28; ebenso *Grätz/Halm/Kurzböck*, Der Konzern 2016, 429, 430.

56 *Maul* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 19.

57 *Maul* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 19. Nach den Erhebungen von *Schubert/von der Höh*, AG 2014, 439, 441, kam bei ca. 44 % aller SE-Gründungen eine Vorratsgesellschaft zum Einsatz.

58 Vgl. *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl., 2015, § 35 Rn. 32 ff. (S. 425 ff.).

Die Gesellschaft ist nach wenigen Handelsregisteranmeldungen – insbesondere zur Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstandes und zur Bestellung neuer Geschäftsführer – einsatzbereit und bietet von Anfang an den schützenden Rahmen der Haftungsbeschränkung.⁵⁹

Für Vorratsgründungen ist unabhängig von der Rechtsform in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass bei einer Aktivierung der Gesellschaft die Gründungsvorschriften zumindest sinngemäß erneut anzuwenden sind (sogenannte wirtschaftliche Neugründung).⁶⁰ Dies betrifft im GmbH-Recht insbesondere die Frage der effektiven Kapitalaufbringung, zu welcher der Geschäftsführer bei Aktivierung der Vorratsgesellschaft eine entsprechende Versicherung (analog § 8 Abs. 2 GmbHG) abgeben muss.⁶¹

In der SE gelten dieselben Grundsätze,⁶² allerdings kommt hier die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung mit ins Spiel. Während ansonsten bei jeder SE-Gründung ein Verhandlungsverfahren mit den Arbeitnehmern durchzuführen ist,⁶³ wird die Vorrats-SE zunächst ohne solche Verhandlungen gegründet, weil es hier an den Arbeitnehmern fehlt, mit denen verhandelt werden könnte. Die Gerichte haben dennoch die Eintragung der Vorrats-SE akzeptiert.⁶⁴ Die Gegenauffassung, wonach eine SE ohne Arbeitnehmer unzulässig sei,⁶⁵ konnte sich demgegenüber nicht durchsetzen. Zwar lässt sich dem Regelwerk der SE die Vorstellung entnehmen, dass bei der Gründung einer SE immer verhandelt werden müsse. Doch steht dies einer Vorratsgründung deshalb nicht entgegen, weil die Verhandlungen anlässlich der wirtschaftlichen Neugründung nachgeholt werden können.⁶⁶

II. Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung

1. Zwingende Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung

Die Leitungsorgane derjenigen Gesellschaften, die eine SE-Gründung planen, müssen hierüber die zuständigen Arbeitnehmervertretungen informieren (vgl. § 4 Abs. 2 SEBG). Sie müssen außerdem dafür sorgen, dass ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet werden kann (vgl. § 4 Abs. 1 SEBG), um über den Abschluss einer SE-Beteiligungsvereinbarung zu verhandeln.

59 Andernfalls drohen im Stadium der sog. „Vorgesellschaft“ Haftungsfallen in Form der Unterbilanz- oder Verlustdeckungshaftung (näher *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015, § 35 Rn. 96 ff.).

60 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015, § 35 Rn. 34.

61 Grundlegend BGHZ 153, 158, 162.

62 *Maul* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 28.

63 Dazu sogleich C.II.1.

64 Grundlegend OLG Düsseldorf, ZIP 2009, 918.

65 *Blanke*, ZIP 2006, 789 ff.

66 Die dogmatische Begründung ist umstritten. Einige Autoren plädieren für eine analoge Anwendung der §§ 4 ff. SEBG (z. B. *Maul* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, Art. 3 SE-VO Rn. 28 ff.), andere für eine Analogie zu § 18 Abs. 3 SEBG (so *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 18 SEBG Rn. 48 ff.).

Der Begriff der „Beteiligung“ umfasst in diesem Zusammenhang jedes Verfahren, durch das die Vertreter der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung in der Gesellschaft Einfluss nehmen können (§ 2 Abs. 8 SEBG). Dazu gehört neben der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer auch die Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft.

Die Regelung des § 4 SEBG indiziert bereits, dass bei jeder SE-Gründung zwingend Verhandlungen einzuleiten und durchzuführen sind. Bestätigt wird diese Annahme durch Art. 12 Abs. 2 SE-VO. Nach dieser Vorschrift darf nämlich die SE erst dann im Handelsregister eingetragen werden, wenn eine Beteiligungsvereinbarung geschlossen wurde oder das Verhandlungsverfahren ohne Zustandekommen einer Vereinbarung ordnungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen wurde. Die SE erwirbt erst mit der Eintragung im Handelsregister ihre Rechtspersönlichkeit (Art. 16 Abs. 1 SE-VO). Daher muss nach der Konzeption von SE-Verordnung und SE-Richtlinie mit einer SE-Gründung immer auch ein Verhandlungsverfahren einhergehen.

2. Inhaltliche Reichweite der SE-Beteiligungsvereinbarung

Wenn sich die Verhandlungspartner einig werden, münden die Verhandlungen in den Abschluss einer SE-Beteiligungsvereinbarung (§ 13 Abs. 1 SEBG). Zu deren Inhalt kann auch eine Vereinbarung über die Mitbestimmung gehören (§ 21 Abs. 3 SEBG). Darin manifestiert sich der Grundgedanke, den die *Davignon*-Gruppe seinerzeit formuliert hatte und der sich heute in Erwägungsgrund 8 der Richtlinie findet, dass nämlich das konkrete Verfahren der Mitbestimmung „vorrangig durch eine Vereinbarung zwischen den betroffenen Parteien“ festgelegt werden soll. Die Vereinbarung kann die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestimmen. Dies ergibt sich explizit aus § 21 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SEBG. Welche weiteren mitbestimmungsrelevanten Regelungen in einer SE-Beteiligungsvereinbarung getroffen werden können, ist im Einzelnen umstritten.⁶⁷

Für die vorliegende Untersuchung genügt die Feststellung, dass sowohl der Umfang der Mitbestimmung (Drittelbeteiligung oder Parität) als auch eine spätere Anpassung an eine wachsende Belegschaft in der SE-Beteiligungsvereinbarung geregelt werden können. Zum Inhalt einer jeden Vereinbarung gehört eine Regelung über die Fälle, in denen die SE-Beteiligungsvereinbarung neu ausgehandelt werden soll, sowie das dabei anzuwendende Verfahren. Diesen Punkt nennt § 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG als zwingenden Inhalt der Vereinbarung.⁶⁸ Allerdings entscheiden die Verhandlungspartner selbst, für welche Fälle sie eine Neuverhandlung anordnen. Gemäß § 21 Abs. 4 SEBG soll die Vereinbarung zwar regeln, dass vor „strukturellen

67 Streitig ist beispielsweise, ob die Vereinbarung eine Aussage zur Größe des Aufsichtsrats treffen kann (*Brandes* in: *Leible/Reichert*, *MHdb GesR*, Band 6, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., 2022, § 51 Rn. 45 ff.).

68 Die Aufzählung der regelungsbedürftigen Punkte in § 21 Abs. 1 S. 1 SEBG wird gemeinhin als zwingend angesehen. Die Vereinbarung muss hierzu also eine Regelung treffen (vgl. *Feuerborn* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, § 21 SEBG Rn. 22).

Änderungen“ der SE erneut Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE aufgenommen werden. Allerdings handelt es sich hier um eine Soll-Vorschrift.⁶⁹ Die Beteiligungsvereinbarung ist also auch dann wirksam, wenn die in § 21 Abs. 4 SEBG vorgesehene Regelung nicht getroffen wird.⁷⁰

3. Vereinbarte Mitbestimmungsminderung

In der SE-Beteiligungsvereinbarung kann grundsätzlich auch ein Mitbestimmungsniveau festgelegt werden, das weniger Mitbestimmungsrechte bietet als das vor SE-Gründung geltende Mitbestimmungsrecht. Eine solche „Minderung der Mitbestimmungsrechte“ liegt insbesondere vor, wenn der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan geringer ist als der höchste in den beteiligten Gesellschaften bestehende Anteil (§ 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG). Der höchste Anteil ist typischerweise derjenige des deutschen Rechts, da jedenfalls eine paritätische Mitbestimmung in keinem anderen EU-Staat existiert. Insoweit spiegelt die Vorschrift einen rechtspolitischen Kompromiss zwischen dem Grundsatz der Parteiautonomie und dem Bestandsschutzinteresse derjenigen Rechtsordnungen, die ein hohes Mitbestimmungsniveau kennen.

Die Minderung der Mitbestimmungsrechte bedarf im BVG einer Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit:⁷¹ Der Mitbestimmungsminderung müssen zwei Drittel der Mitglieder zustimmen, die wiederum zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten (§ 15 Abs. 3 S. 1 SEBG). Das qualifizierte Mehrheitserfordernis setzt voraus, dass ein bestimmter Prozentsatz der betroffenen Arbeitnehmer bereits Mitbestimmungsrechte genießt. Bei einer SE-Gründung durch Verschmelzung müssen dies mindestens 25 Prozent der Arbeitnehmer sein (§ 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SEBG). Bei der Gründung einer Holding- oder Tochter-SE müssen es 50 Prozent der Arbeitnehmer sein (§ 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 SEBG).

Bemerkenswert ist die Regelung im Fall der Umwandlung in eine SE. Hier ist ein Beschluss, der Mitbestimmungsminderung zur Folge hätte, nicht gestattet (§ 15 Abs. 4 SEBG). Dahinter steht die Überlegung, dass sich die Belegschaft bei einer bloßen Umwandlung nicht verändert. Bei den anderen Gründungsformen treffen mehrere Gesellschaften aufeinander, die möglicherweise unterschiedliche Mitbestimmungsformen und -traditionen mitbringen. Daher ist dort im Vereinbarungswege auch eine Lösung gestattet, die für einen Teil der Belegschaft eine Mitbestimmungsminderung bedeuten würde. Bei der Umwandlung hingegen soll eine

69 Der Grund liegt darin, dass es für diesen Passus in der SE-Richtlinie keine Entsprechung gibt (vgl. *Feuerborn* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, § 21 SEBG Rn. 75).

70 *Feuerborn* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, § 21 SEBG Rn. 75.

71 Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass im BVG Arbeitnehmer aus verschiedenen Staaten vertreten sein können, und erhöht zwischen diesen Gruppen den Einigungsdruck (siehe nur *Kleinsorge*, RdA 2003, 343, 349).

Mitbestimmungsminderung nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nicht möglich sein.⁷²

4. Verhandlungen ohne Vereinbarung

Die nach dem SEBG geführten Verhandlungen müssen nicht zwingend zu einer SE-Beteiligungsvereinbarung führen. Für eine Eintragung der SE kann es auch genügen, dass die Verhandlungen auf andere Weise zum Abschluss gekommen sind.

a) Beendigung durch Zeitablauf

Denkbar ist zunächst der Ablauf der gesetzlich vorgegebenen Verhandlungsdauer. § 20 Abs. 1 SEBG sieht für die Verhandlungen sechs Monate vor; dieser Zeitraum kann einvernehmlich um weitere sechs Monate verlängert werden (§ 20 Abs. 2 SEBG). Wenn dieser Zeitraum ergebnislos verstrichen ist, kann die SE eingetragen werden (vgl. Art. 12 Abs. 2 SE-VO).

Bei einem ergebnislosen Ablauf der gesetzlichen Verhandlungsdauer finden statt einer Beteiligungsvereinbarung die gesetzlichen Regeln Anwendung. Diese „Auffanglösung“ soll sicherstellen, dass die Arbeitnehmer ein Mindestmaß an Beteiligungsrechten auch dann genießen, wenn keine Vereinbarung zustande gekommen ist.⁷³ Auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene ist zwingend ein SE-Betriebsrat einzusetzen (§ 23 SEBG). Für die Mitbestimmung gilt das bereits erwähnte Vorher-Nachher-Prinzip: Das vorher existierende Mitbestimmungsniveau wird in der SE zumindest hinsichtlich des Anteils der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan fortgesetzt.

b) Verhandlungsverzicht durch Beschluss des BVG

Eine weitere Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung der Verhandlungen liegt darin, einen entsprechenden Beschluss im BVG zu fassen. Das BVG kann beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen. Dafür ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder erforderlich, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten (§ 16 Abs. 1 SEBG).

Wenn das BVG einen Beschluss über die Nichtaufnahme von Verhandlungen oder über den Abbruch der Verhandlungen gefasst hat, finden die gesetzlichen Regeln keine Anwendung (§ 16 Abs. 2 SEBG). Die SE bliebe dann dauerhaft mitbestimmungsfrei.⁷⁴ Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass das BVG unter Verzicht auf ernsthafte Verhandlungen unmittelbar

72 Vgl. insoweit die Entstehungsgeschichte der besonderen Regelungen zur SE-Umwandlung (Teichmann, ZIP 2014, 1049, 1053 ff.).

73 Dazu sogleich C.III.

74 Feuerborn in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 16 SEBG Rn. 11.

die Auffanglösung zur Anwendung bringt.⁷⁵ Praktische Relevanz hat dieser Fall soweit ersichtlich nicht erlangt.

Bei einer SE-Gründung durch Umwandlung darf ein solcher Beschluss allerdings nicht gefasst werden, wenn den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen (§ 15 Abs. 5 SEBG). An dieser Vorschrift zeigt sich erneut der besondere Mitbestimmungs-Bestandsschutz bei der Gründungsform der Umwandlung.

5. Fehlende Verhandlungen bei Gründung einer Vorrats-SE

Die Einleitung der Verhandlungen setzt voraus, dass ein besonderes Verhandlungsgremium gebildet werden kann. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 SEBG muss für je zehn Prozent der in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer ein Mitglied für das BVG gewählt oder bestellt werden. Daraus ergibt sich eine Mindestzahl von zehn Mitgliedern, sodass ein BVG jedenfalls dann nicht gebildet werden kann, wenn in den an der Gründung beteiligten Gesellschaften weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind.⁷⁶

Bei der Gründung einer Vorrats-SE finden jedenfalls dann keine Verhandlungen statt, wenn weder die zu gründende SE noch die an der Gründung beteiligten Gesellschaften insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen.⁷⁷ In diesem Fall sind die Verhandlungen später nachzuholen, wenn die Vorratsgesellschaft wirtschaftliche Aktivitäten aufnimmt.⁷⁸

Umstritten ist, ob Verhandlungen stattfinden müssen, wenn zwar die Vorrats-SE ohne Arbeitnehmer gegründet wird, die an der Gründung beteiligten Gesellschaften aber mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. Nach dem Wortlaut der Regelungen müsste in diesem Fall ein BVG gebildet werden.⁷⁹ Denn dieses besteht typischerweise immer aus Vertretern der Arbeitnehmer, die in den beteiligten Gesellschaften tätig sind, da die künftige SE vor ihrer Eintragung noch nicht als Arbeitgeber fungieren kann. Allerdings haben Verhandlungen über eine SE, die anschließend keine Arbeitnehmer beschäftigt, wenig Sinn. Einige Autoren plädieren daher für eine teleologische Reduktion der einschlägigen Normen, die dazu führt, dass auch in diesem Fall erst dann Verhandlungen aufgenommen werden, wenn die SE wirtschaftlich aktiviert wird.⁸⁰

75 *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 16 SEBG Rn. 9.

76 *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 1 SEBG Rn. 8.

77 Dazu bereits oben C.I.3.

78 Siehe bereits die Nachweise in Fn. 66.

79 Dies wird auch von vielen Autoren so vertreten (siehe nur *Henssler* in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, Einl. SEBG Rn. 78; *Oetker* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, § 1 SEBG Rn. 17).

80 *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 1 SEBG Rn. 9 ff.

III. Gesetzliche Auffanglösung

1. Anwendungsvoraussetzungen

Die gesetzliche Auffanglösung ist für diejenigen Fälle vorgesehen, in denen keine SE-Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wird. Sie bietet ein Mindestmaß an Beteiligungsrechten im Bereich von Unterrichtung und Anhörung und ggf. auch für die Mitbestimmung. Sie findet unter folgenden Voraussetzungen Anwendung (§ 34 Abs. 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 SEBG): Der gesetzliche Zeitraum für die Verhandlungen ist abgelaufen, ohne dass eine Vereinbarung getroffen werden konnte; oder die Parteien haben explizit vereinbart, dass die gesetzlichen Regelungen greifen sollen.

Weitere Voraussetzung für die Anwendung der gesetzlichen Mitbestimmungsregeln ist die vorherige Geltung von Mitbestimmungsrecht für einen relevanten Anteil der Arbeitnehmer. Hier unterscheidet das Gesetz wiederum nach der Art des Gründungsverfahrens: Wurde die SE durch Umwandlung gegründet, so gelten die gesetzlichen Mitbestimmungsregeln nur dann, wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Mitbestimmung existierte (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Bei einer durch Verschmelzung gegründeten SE ist Voraussetzung, dass vor der SE-Gründung zumindest 25 Prozent der Arbeitnehmer Mitbestimmungsrechte hatten (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 a SEBG) oder das BVG einen entsprechenden Beschluss gefasst hat (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 b SEBG). Bei der Gründung einer Holding- oder Tochter-SE beträgt der entsprechende Schwellenwert 50 Prozent (§ 34 Abs. 1 Nr. 3 SEBG).

2. Mitbestimmungsniveau

Der Bestandsschutz von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer ist ein zentrales Anliegen der SE-Richtlinie. Erwägungsgrund 18 hält fest: „Die vor der Gründung von SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE (Vorher-Nachher-Prinzip) sein.“ Die Auffangregelung zur Mitbestimmung (Teil 3 des Anhangs der SE-Richtlinie) legt daher fest, dass sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE „nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der SE bemisst.“ Das Niveau der gesetzlichen Mitbestimmung orientiert sich also grundsätzlich am Anteil der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsrat vor der SE-Gründung.

Für den Fall der Umwandlung heißt es darüber hinaus in § 35 Abs. 1 SEBG, dass die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, die vor der Umwandlung bestanden hat.⁸¹ Erneut zeigt sich das besondere Bestandsschutzinteresse bei der Gründungsform der Umwandlung,⁸² wobei im

81 Dies entspricht der Vorgabe in Teil 3 lit. a) des Anhangs der SE-Richtlinie.

82 Vgl. bereits oben bei Fn. 72.

Einzelnen umstritten ist, was unter die „Regelung der Mitbestimmung“ fällt.⁸³ In jedem Fall geht es um den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, der auch nach der Umwandlung erhalten bleiben muss.

Bei den übrigen drei Gründungsvarianten (Verschmelzung, Holding-SE, Tochter-SE) haben die Arbeitnehmer das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu bestellen, der sich nach dem höchsten Anteil bemisst, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat (§ 35 Abs. 2 SEBG).⁸⁴ Diese speziell für die SE geschaffene Regelung verdrängt das nationale Mitbestimmungsrecht (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG).⁸⁵

IV. Rechtslage nach Gründung der SE

Mit vollzogener Eintragung ist die SE als neuer Rechtsträger entstanden, für den ausschließlich die Regeln von SE-Verordnung und SE-Richtlinie (transformiert im SEBG) gelten. Die nationalen Schwellenwerte der Mitbestimmung sind ohne Bedeutung, weil das nationale Mitbestimmungsrecht auf die SE keine Anwendung findet (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Maßgeblich ist nunmehr entweder der Inhalt der SE-Beteiligungsvereinbarung oder das für die SE kraft Gesetzes geltende Mitbestimmungsrecht der §§ 35 ff. SEBG.

1. Mitbestimmung auf Basis einer SE-Beteiligungsvereinbarung

Wurde bei SE-Gründung eine SE-Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen, so sind die Rechtsregeln der Mitbestimmung dieser Vereinbarung zu entnehmen. Typischerweise wird die Vereinbarung dasselbe Mitbestimmungsniveau regeln, das sich auch bei Anwendung der gesetzlichen Auffanglösung ergeben hätte. Denn beiden Seiten ist in aller Regel bewusst, dass bei einem Scheitern der Verhandlungen ohnehin die Auffanglösung zum Tragen käme. Beide Seiten, sowohl die Unternehmensvertreter als auch das BVG, nutzen die Auffanglösung, um Forderungen, die dahinter zurückbleiben, abzulehnen.⁸⁶ Ungeachtet dessen können die Arbeitnehmer hin und wieder auch Zugeständnisse erreichen, die über die gesetzliche Auffanglösung hinausgehen.⁸⁷

Aus § 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG folgt, dass die Vereinbarung auch die Fälle definieren muss, in denen neue Verhandlungen aufzunehmen sind. Es läge nahe, das Wachstum der Belegschaft

83 Vgl. hierzu *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 35 SEBG Rn. 9 ff.

84 Die Regelung entspricht der Vorgabe in Teil 3 lit. b) des Anhangs der SE-Richtlinie.

85 Die Regelung stützt sich auf Art. 13 Abs. 2 der SE-Richtlinie, wonach einzelstaatliche Vorschriften zur Mitbestimmung auf die SE keine Anwendung finden.

86 So die zusammenfassende Erkenntnis von *Rosenbohm*, S. 297, auf Basis von strukturierten Interviews.

87 Soweit ersichtlich gelingt dies eher im Bereich von Unterrichtung und Anhörung als bei der unternehmerischen Mitbestimmung (*Rosenbohm*, S. 297; *Rose/Köstler*, S. 139).

als einen dieser Fälle zu definieren. Die tatsächliche Erfahrung zeigt allerdings, dass dies nur höchst selten geschieht.⁸⁸ Regelmäßig wird lediglich auf § 18 Abs. 3 SEBG verwiesen, der eine Wiederaufnahme von Verhandlungen bei „strukturellen Änderungen“ vorsieht.⁸⁹ Teilweise wird der unbestimmte Rechtsbegriff der strukturellen Änderungen in der Vereinbarung näher definiert, das organische Wachstum der Belegschaft taucht allerdings dabei als Anwendungsfall soweit ersichtlich nicht auf.⁹⁰

Vor diesem Hintergrund ergibt sich auch bei einem erfolgreichen Abschluss einer SE-Beteiligungsvereinbarung in aller Regel der oben angesprochene Einfriereffekt: Das im SE-Gründungszeitpunkt existierende Mitbestimmungsniveau wird in der Vereinbarung verankert. Eine Aufwertung bei späterem Wachstum wird nicht vereinbart, sodass es auch bei eventuellem Wachstum der Belegschaft bei dem Mitbestimmungsniveau bleibt, das im Gründungszeitpunkt festgeschrieben wurde. In Familienunternehmen dürfte dies auch mit der besonderen Eigentümerstruktur zusammenhängen,⁹¹ deren Besonderheiten nicht selten auch von den Arbeitnehmern geschätzt und respektiert werden. Bemerkenswert ist insoweit das Beispiel einer SE-Beteiligungsvereinbarung, die für den Fall, dass die Familienbeteiligung unter 25 Prozent sinkt, die Einführung einer Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat vorsieht.⁹²

2. Mitbestimmung kraft gesetzlicher Auffangregelung

Die gesetzliche Auffangregelung orientiert sich an der Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zum SE-Gründungszeitpunkt (§ 35 SEBG). Eine Aufstockung der Mitbestimmung bei einem späteren Überschreiten der nationalen Schwellenwerte ist im SE-Recht nicht geregelt. Das nationale Mitbestimmungsrecht findet auf die SE keine Anwendung (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Eine SE, die bei ihrer Gründung nicht mitbestimmt war, bleibt daher selbst dann mitbestimmungsfrei, wenn ihre Belegschaft nachfolgend die Zahl von 500 oder gar 2.000 Arbeitnehmern übersteigt. Eine SE, für die bei der Gründung die Drittelparität galt, bleibt drittelparitätisch mitbestimmt, selbst wenn sie später die Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern überschreiten sollte.

88 Vgl. die Auswertung von tatsächlich abgeschlossenen SE-Beteiligungsvereinbarungen bei *Rose/Köstler*, S. 41 ff.

89 Dazu sogleich C.IV.3.

90 *Rose/Köstler*, S. 43. Einige Autoren halten eine privatautonome Definition des Begriffes „strukturelle Änderung“ für unzulässig, wollen aber die Regelung eines freiwilligen Tatbestandes der Neuverhandlung zulassen (*Forst*, 10 Jahre SE, 2014, S. 50, 83). Eine über das Gesetz hinausgehende Regelung wäre also möglich, findet aber soweit ersichtlich rechtspraktisch nicht statt.

91 So die Vermutung von *Rosenbohm*, S. 287.

92 *Rose/Köstler*, S. 26.

3. Neuverhandlung bei „strukturellen Änderungen“

a) Erwägungsgrund 18 der SE-Richtlinie

Immerhin findet sich im SEBG eine Regelung, die für den Fall von „strukturellen Änderungen“ eine Wiederaufnahme der Verhandlungen vorschreibt. Sind „strukturelle Änderungen der SE geplant, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern“, so können sowohl die SE-Leitung als auch der SE-Betriebsrat erneute Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer verlangen (§ 18 Abs. 3 SEBG). Darüber hinaus findet sich in § 1 Abs. 4 SEBG die allgemeine Aussage, dass die Regelungsprinzipien des Gesetzes (insb. Sicherung der Beteiligungsrechte) auch im Falle von strukturellen Änderungen gelten.

Die SE-Richtlinie sieht zwar keine derartige Regelung vor. Der deutsche Gesetzgeber kann sich zur Rechtfertigung von § 18 Abs. 3 SEBG aber auf Erwägungsgrund 18 stützen, der ausdrücklich davon spricht, dass das Vorher-Nachher-Prinzip „nicht nur für die Neugründung einer SE, sondern auch für strukturelle Änderungen einer bereits gegründeten SE und für die von den strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften gelten“ solle. Die Vorschrift wird daher zu Recht von der überwiegenden Auffassung als richtlinienkonform angesehen.⁹³ Einige andere EU-Mitgliedstaaten haben vergleichbare Regelungen in ihre Umsetzungsgesetze aufgenommen.⁹⁴

b) Begriff der „strukturellen Änderung“

Lebhaft diskutiert wird der konkrete Anwendungsbereich der Vorschrift.⁹⁵ Gerichtsentscheidungen sind hierzu, soweit ersichtlich, noch nicht ergangen. Dabei geht es vor allem um die Auslegung des Begriffes der „strukturellen Änderung“. Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass jedenfalls gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen unter diesen Begriff fallen, also beispielsweise die Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft.⁹⁶ Weiterhin können Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns unter den Begriff fallen, etwa der Hinzuerwerb einer bedeutenden Tochtergesellschaft, welche die wirtschaftliche Struktur des Konzerns erheblich verändert.⁹⁷ Nach überwiegender Meinung ist das organische Wachstum der Belegschaft keine

93 Siehe nur (jeweils mit weiteren Nachweisen): *Feuerborn* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2021, § 18 SEBG Rn. 17; *Forst*, in: 10 Jahre SE, 2014, S. 50, 80; *Teichmann*, FS Hellwig, 2010, S. 347, 357 f.

94 Vgl. *Löw/Stolzenberg*, BB 2017, 245.

95 Zusammenfassend *Brandes* in: *Leible/Reichert*, MHdb GesR, Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2022, § 51 Rn. 77 ff.; *Forst*, in: 10 Jahre SE, 2014, S. 50, 80 ff.; *Löw/Stolzenberg*, BB 2017, 245 ff., *Witschen*, ZGR 2016, 644 ff.

96 Dieses Beispiel findet sich schon in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/3405, S. 50); weiterhin *Löw/Stolzenberg*, BB 2017, 245; *Teichmann*, FS Hellwig, 2010, S. 347, 363.

97 *Teichmann*, FS Hellwig, 2010, S. 347, 365. Die Frage ist umstritten. So wollen *Henssler* in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, § 18 SEBG Rn. 18 und *Löw/Stolzenberg*, BB 2017, 245, 246, die Aufnahme eines neuen Betriebsteils nur „im absoluten Ausnahmefall“ als strukturelle Änderung werten.

„strukturelle Änderung“.⁹⁸ Die Einstellung eines neuen Mitarbeiters lässt sich vom Wortsinne her schlechterdings nicht als „strukturelle“ Änderung des Unternehmens verstehen.⁹⁹ Umgekehrt wäre auch eine Verringerung der Arbeitnehmerzahlen unter die mitbestimmungsrelevanten Schwellenwerte keine strukturelle Änderung, die eine Neuverhandlung rechtfertigen würde.¹⁰⁰

c) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten

Als weiteres Tatbestandsmerkmal muss die strukturelle Änderung geeignet sein, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Daher müssten beispielsweise in einer SE, die bereits der paritätischen Mitbestimmung unterliegt, bei einer strukturellen Änderung, die daran nichts ändert, keine neuen Verhandlungen eingeleitet werden. Anders würden die Dinge liegen, wenn die strukturelle Änderung zu einem Verlust von Mitbestimmungsrechten führen könnte – etwa wenn die SE auf eine andere SE verschmolzen wird, bei der ein niedrigeres Mitbestimmungsniveau gilt.

Eine „Minderung“ liegt hingegen nicht allein deshalb vor, weil durch die strukturelle Änderung möglicherweise eine Arbeitnehmerzahl erreicht wird, die im Stadium der Gründung zu einem höheren Mitbestimmungsniveau geführt hätte.¹⁰¹ Anders als der Missbrauchstatbestand des § 43 S. 1 SEBG erfasst § 18 Abs. 3 SEBG nicht den Fall des „Vorenthaltens“ von Beteiligungsrechten. Es geht also nicht darum, in einem hypothetischen Vergleich festzustellen, ob ein Zustand entsteht, der bei der Gründung zu einer anderen Auffanglösung geführt hätte. Eine Minderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn das in der SE bestehende Niveau der Beteiligungsrechte durch die strukturelle Änderung reduziert wird (Vorher-Nachher-Vergleich).¹⁰²

V. Zwischenergebnis

Der Einfriereffekt lässt sich sowohl bei Abschluss einer SE-Beteiligungsvereinbarung als auch bei Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung beobachten. Er ergibt sich typischerweise dann, wenn bei Gründung der SE der Schwellenwert der paritätischen Mitbestimmung noch

98 Siehe nur *Brandes* in: Leible/Reichert, *MHdb GesR*, Band 6, Internationales Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2022, § 51 Rn. 77; *Feuerborn* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, § 18 SEBG Rn. 35; *Jacobs* in: *Münchener Kommentar zum AktG*, § 18 SEBG Rn. 12; *Löw/Stolzenberg*, *BB* 2017, 245, 246; *Teichmann*, *FS Hellwig*, 2010, S. 347, 367 ff.

99 Selbst diejenigen Autoren, die ein Belegschaftswachstum unter den Begriff der „strukturellen Änderung“ subsumieren wollen, meinen damit offenbar Fälle, in denen dies über die konkrete Einstellung hinaus zu Veränderungen im Unternehmen führt (vgl. *Freis* in *Nagel/Freis/Kleinsorge*, *SEBG, SCEBG, MgVG*, 3. Aufl., 2018, § 18 SEBG Rn. 11 („wenn die Neueinstellung erstmalig zu grenzüberschreitenden Angelegenheiten führt“)).

100 *Henssler* in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, 4. Aufl., 2018, § 18 SEBG Rn. 21.

101 *Teichmann*, *FS Hellwig*, S. 347, 362; zusammenfassend jüngst *Uffmann*, *AG* 2022, 427, 435.

102 *Feuerborn* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, § 18 SEBG Rn. 32; *Henssler* in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, 4. Aufl., 2018, § 18 SEBG Rn. 12; *Jacobs* in: *Münchener Kommentar zum AktG*, § 18 SEBG Rn. 14.

nicht erreicht wird. Das im Gründungsstadium geltende Mitbestimmungsniveau findet sich dann häufig in der SE-Beteiligungsvereinbarung verankert oder ergibt sich, bei ergebnislosen Verhandlungen, aus der gesetzlichen Auffangregelung.

Eine Anpassung des Mitbestimmungsniveaus bei organischem Wachstum der Belegschaft ist regelmäßig in den SE-Beteiligungsvereinbarungen nicht vorgesehen. Auch die gesetzliche Auffangregelung sieht keine solche Anpassung vor. Zwar regelt § 18 Abs. 3 SEBG Neuverhandlungen für den Fall von strukturellen Änderungen, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Das organische Wachstum der Belegschaft fällt allerdings nach weitaus herrschender Meinung bereits nicht unter den Begriff der strukturellen Änderung. Zudem führt das Wachstum der SE als solches nicht zu einer Minderung von Beteiligungsrechten, weshalb § 18 Abs. 3 SEBG auch aus diesem Grunde nicht eingreift.

D. Reformoptionen der Gesetzgebung

Das SE-Statut, bestehend aus SE-Verordnung und SE-Richtlinie, wurde 2001 verabschiedet und ist 2004 endgültig in Kraft getreten. Seitdem wurden mehrere tausend SE in Deutschland und in anderen Staaten der Europäischen Union gegründet, sodass hinreichende Erfahrungswerte vorliegen, um die Stärken und Schwächen des Regelungsmodells zu bewerten. Der Einfrier-effekt darf dabei nicht isoliert betrachtet werden. Er gehört in den weiteren Kontext der Erfahrungen, die mit der SE gesammelt werden konnten, wobei hier nur diejenigen Aspekte aufgegriffen werden sollen, die sich auf die unternehmerische Mitbestimmung beziehen.

Sowohl die SE-Verordnung als auch die SE-Richtlinie enthalten eine Schlussvorschrift, in welcher die Europäische Kommission aufgefordert wird, zu gegebener Zeit die Auswirkungen der Rechtstexte und eventuellen Änderungsbedarf zu evaluieren. Dies ist in den Jahren 2008 bis 2012 geschehen (*nachfolgend I.*). Parallel dazu haben Verhandlungslösung und Vorher-Nachher-Prinzip in der deutschen Fachdiskussion über die Jahre ein lebhaftes Echo gefunden. Einige zentrale Reformvorschläge, die sich aus dieser Diskussion ergeben, sollen gleichfalls betrachtet werden (*nachfolgend II.*).

Für die weiteren Reformperspektiven ist danach zu unterscheiden, ob der europäische Gesetzgeber oder der deutsche Gesetzgeber tätig werden. Eine Revision des SE-Statuts auf europäischer Ebene könnte eine Reihe von Punkten aufgreifen, die in den vergangenen Jahren diskutiert wurden (*nachfolgend III.*). Allzu realistisch erscheint ein EU-einheitliches Vorgehen allerdings nicht. Daher wird im Sinne einer „kleinen Lösung“ auch zu prüfen sein, welche Vorkehrungen der deutsche Gesetzgeber autonom treffen kann, um zumindest dem in der Koalitionsvereinbarung angesprochenen Einfrierereffekt etwas entgegenzusetzen (*nachfolgend IV.*).

Abschließend wird zu fragen sein, ob und inwieweit eine Revision der Rechtsgrundlagen auf SEs erstreckt werden könnte, die bereits gegründet worden sind. Dabei sind die rechtsstaatlichen Prinzipien des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots zu beachten, die auch auf europäischer Ebene Gültigkeit haben (*nachfolgend V.*).

I. Evaluierung der Rechtstexte (2008 bis 2012)

Gemäß Art. 69 SE-VO sollte die Europäische Kommission spätestens fünf Jahre nach Inkraft-treten der Verordnung (1. Oktober 2004, vgl. Art. 70 SE-VO) dem Rat und dem Europäischen Parlament einen Bericht über die Anwendung der Verordnung sowie gegebenenfalls Vorschläge für eine Änderung vorlegen. Ein vergleichbarer Evaluierungsauftrag findet sich in Art. 15 SE-Richtlinie. Die Europäische Kommission gab zu beiden Rechtsakten jeweils eine Studie in

Auftrag, die klären sollte, welche Erfahrungen mit der SE gesammelt werden konnten. Die Studie zur SE-Richtlinie wurde 2008,¹⁰³ diejenige zur SE-Verordnung wurde 2009 veröffentlicht.¹⁰⁴

Beide Abschlussberichte liefern eher eine Bestandsaufnahme der praktischen SE-Verwendung in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten als eine kritische Überprüfung des geltenden Rechtsrahmens.¹⁰⁵ Immerhin erwähnt der Bericht zur SE-Richtlinie das Phänomen der Vorrats-Gesellschaft als einer SE ohne Arbeitnehmer.¹⁰⁶ Der Verfasser bezieht keine Stellung zu der Frage, ob derartige Konstruktionen nach geltendem Recht zulässig seien,¹⁰⁷ deutet aber an, dass die SE-Richtlinie in diesem Punkt möglicherweise ergänzungsbedürftig ist¹⁰⁸.

Die Europäische Kommission äußerte sich in einer Mitteilung von 2008 zunächst zur Evaluierung der SE-Richtlinie.¹⁰⁹ Sie bezieht sich darin auf den Expertenbericht sowie auf eine Umfrage unter den Mitgliedstaaten und den europäischen Sozialpartnern. Auf dieser Basis kam die Kommission zu dem Schluss, dass es noch verfrüht sei, um konkrete Änderungen der Richtlinie vorzuschlagen. Die Themen des Einfrierens und der Vorratsgesellschaften standen der Kommission dabei durchaus vor Augen. Einige Mitgliedstaaten hätten darauf hingewiesen, so die Kommission, dass die Richtlinie keine Bestimmungen für das Verfahren bei Änderungen in der SE nach ihrer Gründung enthalte.¹¹⁰ Allerdings habe die Zeit nach dem Inkrafttreten der Richtlinie, die erst seit 2007 in allen Mitgliedstaaten umgesetzt war, nicht ausgereicht, um ausreichend praktische Erfahrungen bei der Anwendung der Richtlinie zu sammeln.¹¹¹ Die Kommission verwies daher in ihrem Bericht zur Richtlinie auf die bevorstehende Überprüfung der SE-Verordnung und wollte zunächst die Ergebnisse dieser Evaluation abwarten.¹¹²

Nach Auswertung des Berichts, den ein Team von Ernst & Young zur Umsetzung der SE-Verordnung erstellt hatte, legte die Europäische Kommission hierzu 2010 ihren Evaluierungsbericht vor. Dort hält sie fest, dass etwaige Überlegungen zu Änderungen des SE-Statuts dem Umstand Rechnung tragen müssten, „dass das SE-Statut das Ergebnis eines nach langwierigen

103 *Valdés Dal-Ré*, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees (abrufbar auf www.worker-participation.eu).

104 *Ernst & Young*, Study on the Operation and the Impacts of the Statute for a European Company, 2009 (abrufbar auf www.worker-participation.eu).

105 In diesem Sinne kritisch gegenüber dem *Ernst & Young*-Bericht *Kiem*, CFL 2011, 134, 137.

106 *Valdés Dal-Ré*, (o. Fn. 103), S. 102.

107 "Without entering into a discussion of the regular nature or not of this type of SE, ..." (a. a. O., S. 102).

108 "One can doubt whether the directive in its present form sufficiently covers the issue." (a. a. O., S. 102).

109 *Europäische Kommission*, Mitteilung zur Überprüfung der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, KOM(2008)591 endgültig.

110 *Europäische Kommission* (o. Fn. 109), S. 7.

111 *Europäische Kommission* (o. Fn. 109), S. 9.

112 *Europäische Kommission* (o. Fn. 109), S. 10.

Verhandlungen gefundenen heiklen Kompromisses ist“.¹¹³ Hinter dieser diplomatischen Formulierung dürfte die Sorge stehen, mit Reformvorschlägen zur Unternehmensmitbestimmung erneut jahrelange Diskussionen unter den Mitgliedstaaten auszulösen, wie dies schon bei der erstmaligen Verabschiedung der SE-Verordnung der Fall war. Bekanntlich zog sich das Gesetzgebungsverfahren damals von ersten offiziellen Vorschlägen in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts bis zum Anfang des neuen Jahrtausends, was überwiegend der Uneinigkeit in Fragen der Mitbestimmung geschuldet war.¹¹⁴

Offenbar befürchtete die Kommission, sich mit eventuellen Reformvorschlägen „zwischen die Stühle der diversen Interessengruppen zu setzen“.¹¹⁵ Es überrascht daher nicht, dass sie 2012 in ihrem Aktionsplan zum Gesellschaftsrecht erneut auf konkrete Änderungsvorschläge verzichtete. Diese Zurückhaltung begründet sie mit dem Hinweis, die „Herausforderungen“ einer erneuten Diskussion würden die „erwarteten Vorteile“ nicht aufwiegen.¹¹⁶ Seitdem wurden von Seiten der Europäischen Kommission keine weiteren Anläufe für eine Reform des SE-Statuts unternommen.¹¹⁷

*EU-Kommission
nach Evaluierung:
Reform der SE
würde mühsam
errungenen
Kompromiss in
Frage stellen*

II. Fachdiskussion in Deutschland

Die seinerzeit anstehende Evaluierung der Rechtstexte löste eine Vielzahl von Stellungnahmen in der Fachliteratur aus. Dort finden sich zahlreiche Reformvorschläge, die neben anderen Bereichen auch den teilweise als ungenügend empfundenen Regelungsrahmen der Mitbestimmung betreffen.¹¹⁸

Mit Blick auf das Verhandlungsverfahren wurde beispielsweise angeregt, Art. 12 Abs. 2 SE-VO zu streichen.¹¹⁹ Die Verknüpfung der SE-Eintragung mit dem Abschluss der Verhandlungen verzögere die Eintragung, ohne welche die SE keine Rechtspersönlichkeit erlangt. Die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Haftungsrisiken sind einer der wesentlichen Gründe dafür, dass sich das Instrument der Vorratsgesellschaft als Alternative durchgesetzt hat. Der ordnungsgemäße Abschluss des Verhandlungsverfahrens könne auch auf andere Weise

113 Europäische Kommission, Evaluierungsbericht, KOM(2010) 676 endgültig, S. 11.

114 Monografisch dargelegt in *Mävers*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, 2002.

115 In diesem Sinne *Kiem*, CFL 2011, 134, 139.

116 Europäische Kommission, Aktionsplan, KOM(2012) 740 final, S. 16.

117 Mit Ausnahme einer pandemiebedingten Änderung, die den Gesellschaften im Krisenjahr 2020 eine Verschiebung ihrer Hauptversammlungen ermöglichen sollte (VO (EU) 2020/699 des Rates v. 25.05.2020 über befristete Maßnahmen in Bezug auf die Hauptversammlungen Europäischer Gesellschaften (SE) und die Generalversammlungen Europäischer Genossenschaften (SCE), ABL. EU v. 27.05.2020, L 165/25).

118 Siehe namentlich die Stellungnahmen des *Arbeitskreises Aktien- und Kapitalmarktrecht (AAK)*, ZIP 2009, 698 f., ZIP 2010, 2221 ff., ZIP 2011, 1841 ff.; weiterhin *Casper*, ZHR 173 (2009), 181 ff. (Gesellschaftsrecht), *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222 ff. (Mitbestimmung) und zusammenfassend *Kiem* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, Art. 69 SE-VO Rn. 8 ff.

119 *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2009, 698.

sichergestellt werden. Dafür sei es nicht nötig, das Eintragungsverfahren unnötig in die Länge zu ziehen. Außerdem wurde vorgeschlagen, eine direkte Anwendung der Auffanglösung zu gestatten, wenn die Unternehmensleitung dafür optieren sollte.¹²⁰ Auch diese Änderung könne das Gründungsverfahren erheblich beschleunigen und bedeute im Ergebnis keinen schlechteren Arbeitnehmerschutz, da auf diese Weise die Vorher-Nachher-Lösung unmittelbar zur Anwendung gelangt.

Hinsichtlich der Verhandlungslösung wurde vielfach darauf hingewiesen, dass eine Vereinbarung über einen SE-Betriebsrat etwas qualitativ anderes sei als eine Vereinbarung über die Mitbestimmung. Die Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft ist Teil der Corporate Governance und betrifft daher einen Themenbereich, für den in erster Linie die Aktionäre zuständig sind. Tatsächlich wird die Vereinbarung aber zwischen Vorstand und BVG ausgehandelt. Diese Zuständigkeit kann im Einzelfall zu Interessenkonflikten führen, weil der Vorstand damit über die Zusammensetzung des Gremiums verhandelt, das ihn später überwachen soll. Aus diesem Grund wurde vielfach eine verbesserte Einbindung der Aktionäre in das Verhandlungsverfahren angeregt.¹²¹

Reformbedürftig erscheint auch die Regelung über die Reichweite der Parteiautonomie bei Abschluss einer SE-Beteiligungsvereinbarung. In der Literatur herrscht keine Einigkeit darüber, welche mitbestimmungsrelevanten Inhalte eine solche Vereinbarung regeln kann.¹²² Das Gesetz sollte daher klarstellend regeln, dass die Vereinbarung eine Regelung über die Größe des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans treffen kann, da dieser Aspekt mittelbare Relevanz für die unternehmerische Mitbestimmung hat.¹²³ Auch über die Kategorie der nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zustimmungspflichtigen Geschäfte, die gleichfalls Mitbestimmungsrelevanz hat, sollte in der Vereinbarung eine Regelung möglich sein.¹²⁴

Wenig zufriedenstellend ist sodann die Regelung der Mitbestimmung im monistischen Leitungsmodell. Entscheidet sich eine paritätisch mitbestimmte Gesellschaft für das monistische Modell, so entfällt der Aufsichtsrat und es bleibt nur noch der Verwaltungsrat, der funktional dem aktienrechtlichen Vorstand entspricht. Angesichts der Funktionen des Verwaltungsrats (strategische Oberleitung der Gesellschaft, Weisungsrecht gegenüber geschäftsführenden

120 *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2009, 698, 699.

121 Eingehend zu diesem Punkt *Noack*, 10 Jahre SE, 2014, S. 96 ff.; weiterhin *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2009, 698, 699, sowie ZIP 2010, 2221, 2222 ff.; *Kiem* in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., 2021, Art. 12 SE-VO Rn. 62.

122 Für ein enges Verständnis der Parteiautonomie tritt namentlich *Habersack*, AG 2006, 345 ff., ein, während *Teichmann*, AG 2008, 797 ff. für die Beteiligungsvereinbarung einen weiteren Spielraum sieht. Zusammenfassend und mit weiteren Nachweisen *Brandes* in: *Leible/Reichert*, *MHdb GesR*, Band 6, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., 2022, § 51 Rn. 42 ff.

123 *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2010, 2221, 2226.

124 *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2010, 2221, 2226.

Direktoren) führt die Übertragung der Parität auf dieses Organ zu einer qualitativen Intensivierung der Mitbestimmung. Dies widerspricht regelmäßig dem Willen der Aktionäre, die durch die Festlegung der SE-Satzung über das Leitungsmodell entscheiden. In der Praxis gibt es daher soweit ersichtlich keine einzige SE, die der vollen Parität unterliegt und sich zugleich für das monistische Modell entschieden hätte. Angesichts dessen ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, die Mitbestimmung funktional in der Weise an das monistische Modell anzupassen, dass geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder davon ausgenommen sind.¹²⁵

III. Europäische Reformperspektiven

1. Reformbedarf

Das 2001 eingeführte Regelwerk der SE ist ein Spiegel der jahrzehntelangen Entstehungsgeschichte. Zu Recht hat die Europäische Kommission in ihren Evaluierungsberichten die von der Wirtschaft beklagte Komplexität des Verhandlungsverfahrens auch damit erklärt, dass „die Annahme der Richtlinie das Ergebnis eines schwierigen Kompromisses zwischen den Mitgliedstaaten war, für den über 30 Jahre an Verhandlungen notwendig waren“.¹²⁶

Eine Reform dieser Regelung müsste zahlreiche Details des Verhandlungsverfahrens verbessern und die Auffanglösung so verändern, dass keine unerwünschten Effekte der Mitbestimmungsvermeidung auftreten. Eine Verbesserung des Verhandlungsverfahrens könnte folgende Punkte umfassen: Die Entkoppelung von Eintragung und Verhandlungsverfahren; die effektivere Einbindung der Anteilseigner in die Mitbestimmungsvereinbarung; einen klaren Rahmen für Neuverhandlungen bei mitbestimmungsrelevanten Veränderungen im Unternehmen. Als Ergänzung müsste die Auffanglösung so gestaltet werden, dass sie auch für Neuverhandlungen in einer bereits existierenden SE passt. Sinnvoll könnte es sogar sein, nicht mehr bei jeder SE-Gründung zwingend verhandeln zu lassen, sondern Verhandlungen erst dann durchzuführen, wenn die SE eine hinreichende Größe erreicht hat.

Der sicherste Weg, um mitbestimmungsfreie SE zu vermeiden, wäre allerdings die Einführung eines europäischen Modells der Arbeitnehmerbeteiligung. Dies ist jedoch erklärtermaßen nicht die Zielrichtung der SE-Richtlinie in ihrer aktuellen Fassung. Diese ist von dem Eindruck der jahrzehntelangen Verhandlungen geprägt, in deren Verlauf eine Einigung auf einheitliche mitbestimmungsrechtliche Regelungen stets gescheitert ist:

125 So etwa *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 369 ff. (mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der bestehenden Regelung); *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767, 787 ff.; *Teichmann*, BB 2004, 53, 56; für die Gegenauffassung vgl. *Köstler*, ZGR 2003, 800, 804.

126 *Europäische Kommission*, Mitteilung zur Überprüfung der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, KOM(2008)591 endgültig, S. 10.

„Angesichts der in den Mitgliedstaaten bestehenden Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung an der Beschlussfassung in Gesellschaften ist es nicht ratsam, ein auf die SE anwendbares einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung vorzusehen.“¹²⁷

Ob die Diskussion nach den zurückliegenden Erfahrungen anders verlaufen würde, ist eine offene Frage. Immerhin lässt sich feststellen: Wenn eine SE kraft EU-Rechts immer einer unternehmerischen Mitbestimmung unterläge, wäre zumindest demjenigen, der damit allein das Ziel der Mitbestimmungsvermeidung verbindet, jeder Anreiz zur Gründung genommen. Allerdings hat gerade die deutsche Rechtspolitik in der langen Entstehungsgeschichte der SE eine solche Lösung immer dann abgelehnt, wenn sie auf ein europäisches Modell hinauszulaufen drohte, das unterhalb der paritätischen Mitbestimmung des deutschen Mitbestimmungsgesetzes liegt.¹²⁸ Diese deutsche Lösung ist jedoch in ganz Europa eine singuläre Erscheinung.¹²⁹ Selbst diejenigen Staaten, die Mitbestimmung kennen, verfolgen andere Modelle, bei denen die Arbeitnehmervertreter jeweils weniger als die Hälfte der Sitze des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans besetzen. Eine dritte Gruppe von Mitgliedstaaten kennt im eigenen nationalen Recht keine Mitbestimmung und hat es in den langen Jahren der Verhandlungen über das SE-Statut immer abgelehnt, auf ihrem Territorium eine europäische Rechtsform mit zwingender Mitbestimmung einzuführen.

2. Erfahrungen bei Verabschiedung der Mobilitätsrichtlinie (2019)

Ein Anschauungsbeispiel, wie die Diskussion über Umgehungsprobleme unter den heutigen Bedingungen verlaufen könnte, liefert die kürzlich verabschiedete Mobilitätsrichtlinie. Diese Richtlinie reformierte 2019 das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung und führte darüber hinaus den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung ein.¹³⁰ Bei solchen grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen stellt sich in derselben Weise wie bei der SE die Frage nach dem Schicksal der unternehmerischen Mitbestimmung. Der EU-Gesetzgeber hat daher im Jahre 2005 die Verhandlungslösung der SE nahezu unverändert in die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung übernommen.¹³¹ Das deutsche Umsetzungsgesetz (MgVG) gleicht deshalb in wesentlichen Teilen dem SEBG.¹³² Auch hier lässt

127 Erwägungsgrund 5 der SE-Richtlinie.

128 Vgl. oben B.III.1 zur Entstehungsgeschichte der SE-Richtlinie, auch *Mohamed*, ZIP 2022, 305, 307, bezweifelt daher die Erfolgsaussichten einer Änderung der europäischen Rechtstexte; ebenso *Uffmann*, AG 2022, 427, 436.

129 Vgl. bereits oben Fn. 1 den Überblick von *Seifert*.

130 RL 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321 v. 12.12.2019, S. 1-44.

131 RL 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 v. 25.11.2005, S. 1-9.

132 Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden vgl. *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 ff., *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89 ff.

sich seit vielen Jahren beobachten, dass die Mitbestimmung auf dem Niveau festgeschrieben wird, das im Zeitpunkt der grenzüberschreitenden Umwandlung bestanden hat.¹³³

Vor diesem Hintergrund war das Mitbestimmungsthema stets „the elephant in the room“, wenn über eine Rechtsgrundlage für grenzüberschreitende Formwechsel oder Spaltungen diskutiert wurde.¹³⁴ Keinesfalls sollten die neuen Umwandlungsformen für Zwecke der Mitbestimmungsvermeidung genutzt werden. Die Europäische Kommission schlug daher in ihrem Richtlinienentwurf vor, dass Verhandlungen über die Mitbestimmung schon dann geführt werden müssen, wenn eine Gesellschaft bereits 4/5 des nationalen Schwellenwertes für die Mitbestimmung erreicht hat.¹³⁵ Eine deutsche Kapitalgesellschaft müsste also bereits dann Verhandlungen führen, wenn sie nur 400 Arbeitnehmer hat. Dadurch soll vermieden werden, dass Unternehmen kurz vor Erreichen der Mitbestimmungsschwelle einen grenzüberschreitenden Formwechsel oder eine grenzüberschreitende Spaltung durchführen und sich damit dauerhaft der Mitbestimmung entziehen.

Der Pferdefuß des Vorschlags lag darin, dass bei einer Verhandlung, die schon vor dem Erreichen der Mitbestimmungsschwelle beginnt, keine Auffanglösung bereitsteht. Diese Lücke wurde im Gesetzgebungsverfahren gesehen und thematisiert. Man hätte beispielsweise regeln können, dass die Gesellschaft erst dann Verhandlungen aufnehmen muss, wenn sie nach Vollzug der grenzüberschreitenden Umwandlung zu einem späteren Zeitpunkt in einem Mitgliedstaat den dort geltenden mitbestimmungsrelevanten Schwellenwert überschreitet.¹³⁶ Der Deutsche Bundesrat schlug daher vor, das Mitbestimmungsrecht des Wegzugsstaates anzuwenden, wenn die Gesellschaft innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach der Umwandlung den dort geltenden nationalen Schwellenwert erreicht.¹³⁷

Andere Autoren sahen die Lösung darin, auf europäischer Ebene eine Mitbestimmungsregelung zu treffen, die für jedes transnationale Unternehmen einen Mindeststandard an Mitbestimmungsrechten definiert.¹³⁸ Im Gesetzgebungsverfahren zur Mobilitätsrichtlinie hat sich das Europäische Parlament diese Forderung zu eigen gemacht.¹³⁹ Es konzipierte das folgende europäische Mitbestimmungsmodell als Auffanglösung für fehlgeschlagene Verhandlungen.¹⁴⁰

133 Vgl. etwa *Oetker* in Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020, RL 2017/1132 Art. 133 Rn. 7.

134 Vgl. hierzu den Bericht über die Gespräche in der Expertengruppe, welche die Europäische Kommission bei Konzeption der Richtlinie beraten hat: *Teichmann*, FS Hopt, 2020, S. 1255 ff.

135 Dazu *Selent*, NZG 2018, 1171 ff.

136 Vgl. hierzu *Teichmann*, FS Hopt, 2020, S. 1255, 1267 f.

137 BR-Drs. 179/1/18, S. 10 f.

138 Siehe nur *Kluge*, Mitbestimmung, Nr. 3, 2018, S. 55 (Die Zeitschrift „Mitbestimmung“ ist auf der Website der Hans Böckler Stiftung abrufbar: www.boeckler.de); kritisch zu diesen Gewerkschaftsforderungen *Uffmann*, AG 2022, 427, 429.

139 Zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 395, 405 ff.

140 European Parliament, Dokument A8-0002/2019, PE625.524v03-00 vom 09.01.2019: Art. 86l Abs. 3 lit. g (Formwechsel); Art. 133 (Verschmelzung), und Art. 160n (Spaltung).

Ab einem Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern sitzen zwei Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan, ab 250 Arbeitnehmern ein Drittel und ab 1.000 Arbeitnehmern die Hälfte. Außerdem forderte das Parlament eine umfassende Nachverhandlungspflicht, wenn die umgewandelte Gesellschaft innerhalb von sechs Jahren nach der Umwandlung eine mitbestimmungsrelevante Schwelle des Wegzugsstaates überschreitet.¹⁴¹

Diese Vorschläge wurden zwar im Parlament mit einer breiten parteiübergreifenden Mehrheit verabschiedet. In der Endfassung der Richtlinie tauchen sie jedoch nicht auf. Ganz offensichtlich fand sich unter den Mitgliedstaaten, die der Richtlinie mit qualifizierter Mehrheit zustimmen mussten, für diesen Vorschlag keine Mehrheit. Bei einer Neufassung der SE-Richtlinie, die sogar Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten erfordert, würde sich aller Voraussicht nach dasselbe Ergebnis einstellen.

IV. Nationale Gestaltungsoptionen

Erfolgversprechender erscheint daher eine Lösung, die sich auf die nationalen Gestaltungsmöglichkeiten besinnt. Die SE verdankt ihre Attraktivität nicht zuletzt dem Umstand, dass das deutsche Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht auf die Bedürfnisse grenzüberschreitend aktiver Unternehmen nicht optimal zugeschnitten ist. Eine dahingehende Modernisierung des deutschen Rechts würde die Motivation, in eine SE zu wechseln, deutlich reduzieren (*nachfolgend 1.*). Sollte dies rechtspolitisch nicht durchsetzbar sein, bleibt als „kleine Lösung“ eine Anpassung des SE-Beteiligungsgesetzes, die sich allerdings innerhalb der Vorgaben der SE-Richtlinie bewegen müsste (*nachfolgend 2.*).

1. Modernisierung des deutschen Unternehmensrechts

Die SE wird mittlerweile von zahlreichen deutschen Unternehmen der nationalen Rechtsform der Aktiengesellschaft vorgezogen.¹⁴² Dieser Trend würde möglicherweise abflachen, wenn der deutsche Gesetzgeber das nationale Mitbestimmungsrecht an die internationalen Entwicklungen anpassen würde. Die Motive, die für die Gründung einer SE sprechen, würden weitgehend entfallen, wenn das deutsche Recht dieselben Gestaltungsmöglichkeiten anbieten würde. Dass dies Einfluss auf die Zahl der SE-Gründung haben könnte, zeigt der Blick auf die europäische Landkarte¹⁴³: Die SE ist in vielen Mitgliedstaaten nur in sehr geringen Zahlen verbreitet. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, dass diese Unternehmen ihre Bedürfnisse bereits durch das Angebot der nationalen Rechtsformen zufriedenstellend bedient sehen.

¹⁴¹ Vgl. o. Fn. 140: Art. 86l Abs. 8a, Art. 133 Abs. 8a, Art. 160n Abs. 8a GesRRLEP.

¹⁴² Vgl. oben Fn. 7 und 9 die statistischen Angaben zur Nutzung der SE.

¹⁴³ Vgl. oben Fn. 7 und 9 zur Verbreitung der SE in Deutschland und Europa.

Folgende Aspekte des SE-Statuts fehlen bislang im deutschen Recht und begründen die komparativen Vorteile einer SE-Gründung:

Das deutsche Mitbestimmungsrecht gestattet keine Verhandlungen, die eine Anpassung an die konkrete Unternehmenskultur und -struktur ermöglichen würden. Zu den Defiziten des deutschen Mitbestimmungsrechts gehört die territoriale Begrenzung auf die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer.¹⁴⁴ In einer deutschen Aktiengesellschaft, die im EU-Ausland mehrere Tochtergesellschaften hat und dort hunderte oder gar tausende von Arbeitnehmern beschäftigt, bleibt der Aufsichtsrat eine nationale Angelegenheit. Allein die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer genießen das aktive und passive Wahlrecht, obwohl die Entscheidungen des Aufsichtsrats auch die Interessen der ausländischen Belegschaft tangieren. In der SE genießen alle EU-weit tätigen Arbeitnehmer dieselben Beteiligungsrechte, weshalb im Aufsichtsrat einer deutschen SE auf Arbeitnehmerseite nicht selten erstmals Vertreter der ausländischen Belegschaft aufgetaucht sind. Dieser Aspekt wird auch von Autoren, die den Gewerkschaften nahestehen, als durchaus positiv bewertet.¹⁴⁵

Auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene, die zur Corporate Governance beiträgt und insoweit auch das Umfeld der Mitbestimmung prägt, bietet die SE die Möglichkeit, den Aufsichtsrat zu verkleinern.¹⁴⁶ Die proportionale Beteiligung der Arbeitnehmer verändert sich dadurch nicht. Die Reduzierung der Sitze trifft also Aktionärs- und Arbeitnehmervertreter in gleicher Weise. Das kleinere Gremium wird von den Aktionären bevorzugt, weil es weniger Kosten verursacht und effizienter arbeiten kann. Schließlich kann eine SE statt des dualistischen das monistische Leitungsmodell wählen. Auch diese Option wird bekanntlich von nicht wenigen Unternehmen genutzt, die die Rechtsform der SE gewählt haben.

Vor diesem Hintergrund hat ein Arbeitskreis von Wissenschaftlern vor einigen Jahren den Vorschlag unterbreitet, auch im deutschen Recht eine Verhandlungslösung einzuführen.¹⁴⁷ Einer deutschen Aktiengesellschaft würde es damit ermöglicht, Vereinbarungen abzuschließen, die auch den im Ausland tätigen Arbeitnehmern ein Bestellungsrecht für den Aufsichtsrat gewähren. Weiterhin könnte die Mitbestimmung in einem Konzern besser an die Konzernstruktur angepasst werden als es das Mitbestimmungsgesetz zulässt. Das Verhandlungsverfahren sollte im Wesentlichen demjenigen der SE nachgebildet sein. Zur Absicherung der Verhandlungen sollte außerdem eine gesetzliche Auffanglösung geregelt werden. Diesem Vorschlag war

144 Vgl. oben Fn. 18.

145 Vgl. *Rose/Köstler*, 2014, S. 143, wenngleich die Autoren daraus nicht den Schluss einer Reform des deutschen Mitbestimmungsrechts ziehen, sondern für eine europäische Lösung plädieren.

146 Vgl. oben Fn. 19.

147 *Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“*, ZIP 2009, 885 ff. (Mitglieder des Arbeitskreises waren die Hochschullehrer *Bachmann, Baums, Habersack, Henssler, Lutter, Oetker* und *Ulmer*).

allerdings kein Erfolg beschieden. Von Arbeitnehmervertretern wurde er kritisch gesehen¹⁴⁸, von der Rechtspolitik gab es hierzu keine erkennbare Resonanz.

2. Regelung zum „Einfriereffekt“ im SEBG

a) Regelungsrahmen der SE-Richtlinie

Eine „kleine Lösung“ der deutschen Rechtspolitik könnte darin bestehen, lediglich eine SE-spezifische Regelung zu treffen, die dem Einfriereffekt entgegenwirkt. Dabei muss der nationale Gesetzgeber weiterhin seine Umsetzungspflicht hinsichtlich der SE-Richtlinie beachten. Eine EU-Richtlinie, die ihren Regelungsbereich derart detailliert regelt wie die SE-Richtlinie, lässt dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber verhältnismäßig wenig Spielraum für eigenständige Lösungen.¹⁴⁹

Zu respektieren ist der europäische Grundsatz, wonach die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer „vorrangig durch eine Vereinbarung zwischen den betroffenen Parteien“ festgelegt werden sollen (Erwägungsgrund 8 der SE-Richtlinie). Es steht dem deutschen Gesetzgeber nicht zu, den Inhalt einer SE-Beteiligungsvereinbarung in Frage zu stellen, die in dem von der SE-Richtlinie vorgegebenen Verfahren zustande gekommen ist. Eine solche Vereinbarung ist Ausprägung der „Autonomie der Parteien“ (vgl. Art. 4 Abs. 2 SE-Richtlinie) und daher vom nationalen Gesetzgeber als wirksame Regelung der Beteiligungsrechte selbst dann hinzunehmen, wenn das darin geregelte Mitbestimmungsniveau nicht demjenigen des deutschen Rechts entspricht.

Sofern keine SE-Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wird, greift das Vorher-Nachher-Prinzip der SE-Richtlinie, das sich auf den Rechtszustand vor Gründung der SE bezieht (vgl. Erwägungsgrund 18: „Die vor der Gründung der SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer“ sind der Ausgangspunkt für die Gestaltung der Beteiligungsrechte in der SE). Erwägungsgrund 18 der SE-Richtlinie betont zwar, dass der Vorher-Nachher-Grundsatz auch für „strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE“ gelten solle. Die damit angedeuteten Gestaltungsmöglichkeiten hat das deutsche SEBG jedoch mit der Regelung des § 18 Abs. 3 SEBG ausgeschöpft. Der hier relevante Einfriereffekt wird davon nicht erfasst, weil das bloße Wachstum der Belegschaft keine strukturelle Änderung ist und überdies nicht zu einer Minderung der Beteiligungsrechte führt.

Ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers könnte sich nach alledem nur auf die Missbrauchsklausel des Art. 11 SE-Richtlinie stützen.¹⁵⁰ Demnach treffen die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen, um zu verhindern, dass eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern

148 Vgl. die Stellungnahme von *Dietmar Hexel*, Beilage zu ZIP 48/2009, S.36 f.

149 Dazu bereits oben B.IV.

150 Ebenso *Uffmann*, AG 2022, 427, 436.

Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.“ Sollte die Rechtsform der SE allein zu dem Zweck gewählt werden, der bevorstehenden Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts zu entgehen, könnte darin möglicherweise ein Missbrauch der Rechtsform liegen.

b) Reformvorschläge aus Arbeitnehmerperspektive

Die aus Arbeitnehmersicht wahrzunehmenden Defizite der SE-Regelung, denen mit einer Reform des SE-Regelungsrahmens entgegengetreten werden sollte, hat *Nagel* kürzlich zusammengefasst.¹⁵¹ Seine Stimme dürfte repräsentativ für die Auffassung derjenigen sein, die für einen umfassenderen Schutz der Arbeitnehmerinteressen eintreten.¹⁵²

Kritisiert wird beispielsweise die Gründung einer arbeitnehmerlosen SE als Widerspruch zum Ziel der SE-Gesetzgebung, eine Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE sicherzustellen.¹⁵³ *Nagel* lehnt daher die teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO ab, die eine Eintragung ohne Verhandlungen ermöglicht, wenn die SE keine Arbeitnehmer beschäftigt. Problematisch sei außerdem die „zeitliche Abschichtung“ der SE-Gründung, bei der eine SE mit niedrigem Mitbestimmungsniveau gegründet werde, die sich anschließend weitere Gesellschaften desselben Konzerns „einverleibt“.¹⁵⁴ Er räumt zwar ein, dass dies wohl unter die strukturelle Änderung im Sinne des § 18 Abs. 3 SEBG fällt, sodass hier neu verhandelt werden müsse, bemängelt aber, dass an diesen Verhandlungen häufig keine außerbetrieblichen Gewerkschaftsvertreter beteiligt seien.¹⁵⁵

Ganz allgemein kritisiert *Nagel*, dass Beteiligungsvereinbarungen vielfach unterhalb der Auffangregelung endeten.¹⁵⁶ Dies stehe möglicherweise im Zusammenhang mit „Kompensationsgeschäften“ während der Verhandlungen, bei denen die Arbeitnehmerseite auf anderen Ebenen Vorteile erlange und dafür Mitbestimmungsverluste in Kauf nehme.¹⁵⁷ Letzten Endes sieht *Nagel* in einem „System der zwingenden Vorgaben“ nach Vorbild des Betriebsverfassungs- und des Mitbestimmungsgesetzes den Königsweg, um Mitbestimmungsumgehung zu verhindern. Sollte dies nicht erreichbar sein, könnte § 18 Abs. 3 SEBG aktiviert werden, um

151 *Nagel*, ZIP 2022, 208 ff.

152 Vgl. hierzu auch die Schlussfolgerungen von *Rose/Köstler*, S. 139 ff. auf Basis einer Auswertung zahlreicher SE-Beteiligungsvereinbarungen. In dieselbe Richtung weisen Stellungnahmen der Hans-Böckler-Stiftung (Eingefrorene Rechte – Hans-Böckler-Stiftung (<https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-eingefrorene-rechte-37300.htm>)), zuletzt abgerufen am 13.05.2022.

153 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 210.

154 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 210. Vergleichbar liegt der Fall einer im Ausland gegründeten SE, die danach zur Holding der inländischen Gesellschaften wird (*Nagel*, ebda.).

155 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 210.

156 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 210.

157 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 211.

bei strukturellen Änderungen eine Änderung von bestehenden Beteiligungsvereinbarungen zu verhandeln.¹⁵⁸

c) Bewertung der Vorschläge

Die rechtstatsächlichen Entwicklungen, die *Nagel* und andere als defizitär wahrnehmen, liegen zumindest teilweise in der Natur der Verhandlungslösung. Sie laufen auf die schwierige Frage hinaus, ob und unter welchen Rahmenbedingungen derartige Verhandlungen wirklich „auf Augenhöhe“ geführt werden können. Hierzu gibt es diametral entgegengesetzte Sichtweisen. Die einen sehen in der Auffanglösung den „kardinalen Konstruktionsfehler“ des Verhandlungsmodells, weil die Arbeitnehmervertreter bei einem gesetzlich festgeschriebenen Bestandschutz keinerlei Zugeständnisse machen müssten.¹⁵⁹ Andere entgegnen, es könne keine Rede davon sein, dass Arbeitnehmer- und Unternehmensseite sich in derartigen Verhandlungen ohne weiteres auf Augenhöhe gegenüber säßen.¹⁶⁰ Derartige Verhandlungen müssten daher „im Schatten des Gesetzes“ stattfinden, also vor dem Hintergrund einer Auffanglösung, die im Falle der Nichteinigung greift.¹⁶¹

Im Ergebnis läuft diese Diskussion auf die Frage hinaus, welche Auffanglösung in einer europäischen Rechtsform die beste sein kann. Hier gilt nach aktueller Rechtslage das europäische Vorher-Nachher-Prinzip. Wollte man dies ändern und eine europäisch-autonome Mitbestimmungsregelung anstreben, wäre zu erwarten, dass jedenfalls das deutsche Modell der paritätischen Mitbestimmung nicht als Auffanglösung für alle EU-weit stattfindenden SE-Gründungen dienen kann. Vorschläge, die auf eine europaweite Erstreckung des deutschen Modells hinauslaufen, haben in der langen europäischen Mitbestimmungsdiskussion zu keinem Zeitpunkt eine Mehrheit unter den Mitgliedstaaten gefunden.

Der praktische Befund legt ohnehin die Schlussfolgerung nahe, dass sich die Arbeitnehmer den Bestandsschutz des Vorher-Nachher-Grundsatzes in aller Regel nicht nehmen lassen.¹⁶² *Rose/Köstler* kommen nach Auswertung zahlreicher SE-Beteiligungsvereinbarungen zu dem Schluss: „Das sogenannte Vorher-Nachher-Prinzip garantiert die Beteiligung im Aufsichtsrat für Unternehmen, die bislang der deutschen Mitbestimmung unterlagen.“¹⁶³ *Nagel* sieht zwar ein Ungleichgewicht bereits darin, dass sich die Unternehmen im Gegensatz zu den

158 *Nagel*, ZIP 2022, 208, 211; auch *Rose/Köstler*, S. 143, plädieren für eine „bessere Definition“ der strukturellen Änderungen i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG.

159 In diesem Sinne *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535.

160 *Weber*, FS Scheuing, 2010, S. 773, 793.

161 *Weber*, FS Scheuing, 2010, S. 773, 793.

162 Vgl. die Ergebnisse der empirischen Untersuchungen von *Rosenbohm*, S. 297.

163 *Rose/Köstler*, 2014, S. 142.

Arbeitnehmern der Expertise großer Anwaltskanzleien bedienen könnten.¹⁶⁴ Allerdings ist das Vorher-Nachher-Prinzip nicht so schwer zu durchdringen, dass nicht auch Arbeitnehmervertreter, die das gesetzlich garantierte Recht haben, sich während der Verhandlungen durch Sachverständige (zu denen auch Gewerkschaftsvertreter gehören können) beraten zu lassen (§ 14 SEBG), zumindest in diesem Punkt ein ebenbürtiger Gesprächspartner sein können.

Problematischer sind diejenigen Fälle, in denen die SE als Vorratsgesellschaft gegründet wurde. Hier finden zunächst gar keine Verhandlungen statt. Nach weithin akzeptierter Rechtslage müssten die Verhandlungen zwar später nachgeholt werden. Es erscheint aber zweifelhaft, ob dies tatsächlich immer geschieht. Nach Auffassung von *Rose/Köstler* spricht einiges dafür, dass die Nachholung der Verhandlungen bei Aktivierung der Vorrats-SE nicht immer stattfindet.¹⁶⁵ *Rosenbohm* bestätigt diese Einschätzung.¹⁶⁶ Dieser Befund ist allerdings kein Problem des materiellen Rechts, denn ein Verhandlungsanspruch existiert anerkanntermaßen.¹⁶⁷ Stattdessen liegt das Defizit offenbar im Bereich der Rechtsdurchsetzung. Wenn die Arbeitnehmervertreter auf einer Klärung der Rechtslage bestehen, ist dies auch von Erfolg gekrönt, wie ein aktuell laufendes Verfahren belegt.¹⁶⁸

Das von *Nagel* angeführte Argument, der SE-Betriebsrat werde bei eventuellen Neuverhandlungen nicht von außerbetrieblichen Gewerkschaftsvertretern unterstützt, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Der SE-Betriebsrat ist – ebenso wie das BVG im Gründungsstadium – kraft Gesetzes berechtigt, Sachverständige hinzuzuziehen. Dies können auch Vertreter von Gewerkschaften sein (§ 32 S. 2 SEBG). Diese gesetzliche Regelung wird in der Mehrzahl der SE-Beteiligungsvereinbarungen übernommen, teilweise sogar noch übertroffen, indem Gewerkschaftsvertretern ein eigener Sitz zugestanden wird.¹⁶⁹

Es liegt in diesem Kontext an den Gewerkschaftsvertretern, den internen Arbeitnehmervertretern plausibel zu machen, dass ihr Rat und ihre Expertise hilfreich sein können.¹⁷⁰ Soweit Gewerkschaftsvertreter an den Verhandlungen mitgewirkt haben, wird dies von den Arbeitnehmervertretern zumeist positiv bewertet.¹⁷¹ Berichtet wird allerdings auch darüber, dass betriebliche Arbeitnehmervertreter bisweilen andere Schwerpunkte setzen als externe Gewerkschaftsvertreter. Insbesondere akzeptieren sie teilweise Abstriche bei der unternehme-

164 *Nagel*, ZIP 2022, 208.

165 *Rose/Köstler*, 2014, S. 142, meinen, es werde in derartigen Fällen selten verhandelt.

166 *Rosenbohm*, S. 290.

167 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 66.

168 ArbG Bamberg, Az. 4 BV 31/20 vom 08.09.2021 (abrufbar über juris) zum Fall der Aktivierung einer Vorrats-SE.

169 *Rose/Köstler*, 2014, S. 67 und S. 76.

170 Vgl. *Sebastian Sick* in Mitbestimmung 7+8/2014, S. 22 (abrufbar auf der Website der Hans-Böckler-Stiftung): „Mit Expertise punkten“.

171 *Rosenbohm*, S. 293.

rischen Mitbestimmung, wenn im Gegenzug dafür die Stellung des SE-Betriebsrats gestärkt werden kann.¹⁷² Bestätigt wird dies durch den Befund, dass SE-Beteiligungsvereinbarungen sogar in der Mehrzahl der Fälle bessere Arbeitsmöglichkeiten für den SE-Betriebsrat regeln als gesetzlich vorgesehen.¹⁷³ Es wäre mit dem europäischen Konzept der Vereinbarungsautonomie nicht zu vereinbaren, wenn man dem BVG diese Möglichkeit nur deshalb versagen wollte, weil externe Gewerkschaftsvertreter andere Prioritäten setzen wollen.

d) Ausländische Regelungsvorbilder

Als tatsächlich diskussionswürdiger Kern bleibt nach alledem der Einfriereffekt, der sich daraus ergibt, dass eine SE auf niedrigem Mitbestimmungsniveau gegründet wird und anschließend keine Neuverhandlungen durchführt, weil das organische Wachstum der Belegschaft nicht als strukturelle Änderung qualifiziert werden kann. In dieser Frage haben einige EU-Mitgliedstaaten Regelungen getroffen, die Deutschland möglicherweise als Vorbild dienen könnten.

Ein Beispiel dafür liefert das österreichische Gesetz zur Umsetzung der SE-Richtlinie: Gemäß § 228 Abs. 1 Arbeitsvertragsgesetz (ArbVG) ist das BVG einzuberufen, „wenn wesentliche Änderungen der Struktur der Europäischen Gesellschaft stattfinden, die die Interessen der Arbeitnehmer in Bezug auf ihre Beteiligungsrechte betreffen“. Gemäß § 228 Abs. 2 ArbVG gelten als wesentliche Änderungen der Struktur „insbesondere die Verlegung des Sitzes der Europäischen Gesellschaft, der Wechsel des Verwaltungssystems der Europäischen Gesellschaft, die Stilllegung, Einschränkung oder Verlegung von Unternehmen oder Betrieben der Europäischen Gesellschaft, der Zusammenschluss von Betrieben oder Unternehmen der Europäischen Gesellschaft sowie der Erwerb wesentlicher Beteiligungen an anderen Unternehmen durch die Europäische Gesellschaft, sofern diese erheblichen Einfluss auf die Gesamtstruktur der Europäischen Gesellschaft haben, sowie erhebliche Änderungen der Zahl der in der Europäischen Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften Beschäftigten.“ Sollten die hiernach aufzunehmenden Verhandlungen scheitern, bestimmt sich die gesetzliche Auffanglösung „nach der Struktur der Europäischen Gesellschaft, ihrer Tochterunternehmen und Betriebe im Zeitpunkt des Scheiterns der Verhandlungen“ (§ 228 Abs. 5 ArbVG). Sollten wesentliche Änderungen der Struktur stattfinden, ohne Neuverhandlungen durchzuführen, so wäre dies ein missbräuchliches Verhalten (§ 229 Abs. 1 ArbVG). Ein Missbrauch wird vermutet, wenn innerhalb eines Jahres nach Eintragung der SE strukturelle Änderungen ohne Neuverhandlungen vorgenommen werden (§ 229 Abs. 2 ArbVG).

172 Rosenbohm, S. 294.

173 Rose/Köstler, S. 139.

Einige andere Mitgliedstaaten haben vergleichbare Regelungen getroffen.¹⁷⁴ § 81 des Umsetzungsgesetzes von *Estland* enthält eine Missbrauchsvermutung, wenn wesentliche Änderungen („significant changes“) innerhalb eines Jahres nach Eintragung der SE vorgenommen werden. Unter die Definition von wesentlichen Änderungen fällt nach dem Gesetzeswortlaut auch eine Änderung der Arbeitnehmerzahl, sofern diese bei Gründung zu einer anderen Auffanglösung geführt hätte. In solchen Fällen müssen in der SE neue Verhandlungen aufgenommen werden. Auch in anderen Fällen, in denen die SE zu dem Zweck errichtet wurde, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer einzuschränken, müssen neue Verhandlungen stattfinden. Eine vergleichbare Regelung findet sich in *Finnland*. Hier kann das Unternehmen den Gegenbeweis führen, dass die Veränderungen nachvollziehbare Gründe hatten und vor Errichtung der SE nicht durchgeführt werden konnten. Auch *Schweden* regelt Neuverhandlungen, wenn innerhalb eines Jahres erhebliche Änderungen in der SE stattfinden, und stützt dies auf eine Missbrauchsvermutung.

Dänemark regelt Neuverhandlungen bei Änderungen, die innerhalb von zwei Jahren stattfinden, sofern diese Änderungen eine Situation schaffen, die, wenn sie bereits im Gründungsstadium vorgelegen hätte, zu einem anderen Verhandlungsergebnis geführt hätte. Neuverhandlungen finden nicht statt, wenn das Unternehmen darlegen kann, dass die besagten Änderungen nicht in der Absicht erfolgten, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Umgekehrt sollen Neuverhandlungen auch außerhalb solcher Änderungen stattfinden, wenn sich ergibt, dass die Gründung der SE primär das Ziel verfolgte, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer einzuschränken.

Luxemburg sieht Neuverhandlungen vor, wenn die Arbeitnehmervertreter innerhalb eines Jahres nach Eintragung der SE darlegen können, dass die SE mit dem Ziel gegründet wurde, Arbeitnehmerbeteiligungsrechte zu beschränken.

e) Auffassung der Expertengruppe zur Umsetzung der SE-Richtlinie

Die geschilderten Regelungen einer großen Zahl von Mitgliedstaaten lassen auffallende Parallelen erkennen. Sie kombinieren das Instrument der Neuverhandlung mit dem Missbrauchstatbestand und stellen zumeist eine zeitliche Vermutung für Missbrauch auf, wenn die Änderung innerhalb eines Jahres nach Eintragung der SE eintritt.

Die Ähnlichkeit der hierzu erlassenen Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten ist vermutlich kein Zufall. Die Europäische Kommission hatte nach Erlass der SE-Richtlinie eine Expertengruppe aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammengerufen, die sich über die

174 Siehe hierzu die Studie von *Valdés Dal-Ré* zur Umsetzung der SE-Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten, S. 60 ff.

Umsetzungsfragen der Richtlinie ausgetauscht haben.¹⁷⁵ Diese Expertengruppe gelangte zu der Einschätzung, dass Änderungen in der SE primär Gegenstand der Beteiligungsvereinbarung sein sollten und nur ergänzend ein Missbrauchstatbestand geschaffen werden sollte.

Nach den Vorstellungen der Experten sollte das nationale Transformationsgesetz zur SE-Richtlinie die Verhandlungspartner dafür sensibilisieren, dass nachträgliche Änderungen eine neue Verhandlung erforderlich machen könnten.¹⁷⁶ Die rechtliche Regelung von nachträglichen Änderungen sollte auf diese Vorschrift beschränkt bleiben, sofern es sich nicht um missbräuchliche Fälle handelt, weil auch die Richtlinie selbst nichts Weiteres hierzu vorsehe.¹⁷⁷

Zur Umsetzung von Art. 11 SE-Richtlinie diskutierte die Expertengruppe verschiedene Missbrauchsfälle, die überwiegend mit nachträglichen Änderungen in der Struktur der SE zu tun hatten, sofern ein Vergleich mit dem Gründungsstadium ergibt, dass im Lichte der später vorgenommenen Änderungen eine andere Auffanglösung gegriffen hätte. Als Beispiele für einen solchen Missbrauch wurden genannt: der nachträgliche Erwerb oder die nachträgliche Verschmelzung mit einer mitbestimmten Gesellschaft; das Wachstum der Belegschaft über eine mitbestimmungsrelevante Schwelle im betreffenden Staat; die grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE in ein Land mit höherem Mitbestimmungsniveau.¹⁷⁸ In derartigen Fällen sollten nach Auffassung der Expertengruppe neue Verhandlungen stattfinden, deren Auffanglösung sich am Zustand nach der genannten Änderung orientieren müsse.¹⁷⁹

f) Einfriereffekt und Missbrauchstatbestand

Die vorstehend ermittelten Überlegungen für die Transformationsgesetze anderer Mitgliedstaaten könnten auch für die deutsche Gesetzgebung eine hilfreiche Leitlinie sein.¹⁸⁰ Als objektive Komponente des Missbrauchs tritt der Grundgedanke hervor, dass nachträgliche Änderungen einen Zustand herbeiführen, der – wenn er im Stadium der Gründung vorgelegen hätte – zu einem höheren Niveau an Beteiligungsrechten geführt hätte.¹⁸¹ Es spricht darüber hinaus für einen Missbrauch, wenn eine solche Änderung relativ kurze Zeit nach der SE-Gründung vorgenommen wird.

175 Das „Working Paper No. 1“ dieser Group of Experts „SE“ ist auf <http://de.worker-participation.eu> abrufbar (Rubrik „Europa-AG (SE)“, dort „Resources“), zuletzt aufgerufen am 02.05.2022.

176 Working Paper No. 1 (o. Fn. 174), S. 113: „It could therefore be useful to include in the national provisions transposing paragraph 2 of Article 4, a reference to the ways of dealing with changes occurring after the creation of an SE, ...“

177 Working Paper No. 1 (o. Fn. 174), S. 113: „The treatment of changes occurred without misuse should be limited to this kind of reference, as the Directive does not go further than that.“

178 Working Paper No. 1 (o. Fn. 174), S. 124. Vergleichbare Fälle bildet *Rehberger*, ZGR 2005, 859, 861 ff.

179 Auch *Rehberger*, ZGR 2005, 859, 877, sieht in der Nachholung von Verhandlungen die logische Folge eines Missbrauchs. Es sei gewissermaßen das Minimum einer denkbaren Sanktion, diejenigen Rechtsfolgen anzuwenden, die bei rechtstreuem Verhalten einschlägig wären.

180 Vergleichbar *Ramcke*, S. 328 ff.

181 Vergleichbar *Ramcke*, S. 330.

Diese Formel könnte mit Blick auf die deutsche Diskussion den Blick weiten und von der Verengung darauf lösen, wann eine „strukturelle Änderung“ vorliegt. Die kurz nach der SE-Gründung durchgeführte strukturelle Änderung mag ein anschauliches Beispiel für einen Missbrauchsfall darstellen, es handelt sich aber nicht um den einzig denkbaren Fall. Da Art. 11 SE-Richtlinie als Generalklausel formuliert ist, kann der nationale Gesetzgeber die entsprechende Norm offener formulieren, sodass sie auch andere Situationen erfasst, sofern diese gleichfalls einen Missbrauch darstellen könnten.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Missbrauchsfall in § 43 SEBG geregelt. Auch dort findet sich eine Vermutungsregelung für Änderungen, die sich innerhalb eines Jahres ereignen (§ 43 S. 2 SEBG). Allerdings wird hier erneut der Begriff der „strukturellen Änderung“ verwendet, der nur einen Teil der denkbaren Missbrauchsfälle erfasst. Für einen Missbrauchsfall, der keine strukturelle Änderung darstellt, bleibt es bei § 43 S. 1 SEBG. Den Arbeitnehmern kommt insoweit keine Vermutungsregel zu Hilfe. Überdies gibt ihnen die Rechtsfolge „Steine statt Brot“. Ein Missbrauch im Sinne von § 43 S. 1 SEBG, bei dem keine strukturelle Änderung vorliegt, erfüllt zwar einen Straftatbestand (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG), löst aber keine neuen Verhandlungen aus.

Denkbar wäre eine Regelung, die jede nachträgliche Änderung unter den Missbrauchs begriff subsumiert, die sich innerhalb eines Jahres nach SE-Gründung ereignet und die einen Zustand herbeiführt, der im Stadium der Gründung zu einer anderen Auffanglösung geführt hätte. Da die Vermutungsregel allein dazu dient, die schwierige Beweisführung hinsichtlich des subjektiven Elements zu erleichtern, muss dem Unternehmen der Gegenbeweis gestattet sein. Wenn dargelegt werden kann, dass die Gründung der SE und/oder die nachträgliche Änderung ein nachvollziehbares Motiv hatten, das nicht mit der Entziehung oder Vorenthaltung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer verbunden ist, entfällt der Missbrauchsvorwurf.

Die passende Rechtsfolge ist in missbräuchlichen Konstellationen ein Verhandlungsanspruch der Arbeitnehmer. Strafrechtliche Sanktionen sollten allenfalls an gravierende Missbrauchsfälle geknüpft werden. Den Arbeitnehmern ist mit einer strafrechtlichen Sanktion nicht gedient. Außerdem führt die strafrechtliche Rechtsfolge dazu, dass der Tatbestand entsprechend eng ausgelegt werden muss,¹⁸² was einem effektiven Schutz der Beteiligungsrechte gleichfalls entgegensteht.

g) Europäische Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch

Ob es sich im konkreten Fall tatsächlich um einen Missbrauch im Sinne von Art. 11 SE-Richtlinie handelt, muss letztlich der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof überlassen

*Denkbare
Konkretisierung
des europäischen
Missbrauchsbegriffs*

182 Siehe nur *Ramcke*, S. 310 ff.; weiterhin *Jacobs* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 18 SEBG Rn. 12.

bleiben.¹⁸³ Der Versuch einer Konkretisierung des Missbrauchstatbestandes sollte daher die Leitlinien der bisherigen EuGH-Rechtsprechung berücksichtigen. In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof stets betont, dass Unionsrecht nicht zu missbräuchlichen Zwecken genutzt werden dürfe.¹⁸⁴ Diese Maxime gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, die selbst dann Geltung beanspruchen, wenn sich hierzu keine explizite Regelung findet.¹⁸⁵ Art. 11 SE-Richtlinie lässt sich als Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstehen.¹⁸⁶

Für die konkrete Umschreibung eines missbräuchlichen Verhaltens verwendet der EuGH häufig die Formel, dass ein Verhalten zwar formal die Voraussetzungen einer Norm erfülle, im Ergebnis aber dem Ziel der Bestimmungen zuwiderlaufe.¹⁸⁷ Ein solcher Missbrauch enthält nach Auffassung des EuGH typischerweise ein subjektives Element. Es besteht in der „Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.“¹⁸⁸ In vergleichbarer Weise impliziert der Missbrauch der SE als Rechtsform die Absicht des Unternehmens, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Dies ist im Wortlaut des Art. 11 SE-Richtlinie zumindest angedeutet¹⁸⁹ und entspricht dem allgemeinen Verständnis von Rechtsmissbrauch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes.

Ob die Qualifizierung eines Verhaltens als rechtsmissbräuchlich tatsächlich zwingend ein subjektives Element voraussetzt, ist umstritten.¹⁹⁰ Die dogmatisch geprägte Literatur plädiert für eine eigene Fallgruppe der Gesetzesumgehung, bei der es auf die subjektive Seite nicht ankomme.¹⁹¹ Der Gerichtshof legt sich nicht eindeutig fest und löst das Problem pragmatisch, indem er das Vorliegen bestimmter äußerer Umstände ausreichen lässt, um anhand dessen auf eine rechtsmissbräuchliche Zwecksetzung zu schließen.¹⁹² So heißt es in der Leitentscheidung *Halifax* zum Rechtsmissbrauch im Steuerrecht, es müsse „aus einer Reihe objektiver

183 Eingehend *Ramcke*, S. 67 ff.

184 EuGH, Urteil vom 14.12.2000 (*Emsland Stärke*), Rs. C-110/99, Slg. 2000, I-1569 (Rn. 51); EuGH, Urteil vom 21.02.2006 (*Halifax*), Rs. C-255/02, Slg. 2006, I-1655 (Rn. 68). Monographisch *Baudenbacher*, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, 2016.

185 EuGH, verb. Rs. C-116/16 und C-117/16, *T-Danmark und Y Denmark Aps*, Rn. 83 (abgedruckt in IStR 2019, 266 ff.).

186 Ebenso *Ramcke*, S. 149 f.

187 EuGH, Urteil vom 14.12.2000 (*Emsland Stärke*), Rs. C-110/99, Slg. 2000, I-1569 (Rn. 52); EuGH, Urteil vom 21.02.2006 (*Halifax*), Rs. C-255/02, Slg. 2006, I-1655 (Rn. 74-75); zusammenfassend *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 396.

188 EuGH, Urteil vom 14.12.2000 (*Emsland Stärke*), Rs. C-110/99, Slg. 2000, I-1569 (Rn. 53).

189 Deutlicher als in der deutschen Fassung wird dies in der englischen Fassung („for the purpose of depriving employees of rights to employee involvement“).

190 *Baudenbacher*, S. 435 ff.

191 *Von Lackum*, S. 196 ff.

192 *Baudenbacher*, S. 436 ff., spricht von einer „Objektivierung des subjektiven Tests“, *Ramcke*, S. 134, von einem „objektiv-subjektiven Test“; *von Lackum*, S. 207, attestiert dem EuGH eine „Mittelmeinung zwischen objektiver und subjektiver Theorie“.

Anhaltspunkte ersichtlich sein, dass mit den fraglichen Umständen im Wesentlichen ein Steuervorteil bezweckt“ werde.¹⁹³

Auf dieser Linie liegen die oben dargestellten Regelungen einiger EU-Mitgliedstaaten, die aus der zeitlichen Nähe zum Gründungsvorgang auf eine missbräuchliche Zwecksetzung schließen. Die hier angedachte Regelung bewegt sich daher im Rahmen dessen, was der Gerichtshof in vergleichbaren Missbrauchsfällen als allgemeine Formel entwickelt hat. Solange die Jahresgrenze nur eine Vermutung darstellt, die von der SE widerlegt werden kann, wird man darin keine unzulässige Ausdehnung des Missbrauchsbegriffes sehen können.

h) Merkmal der Zweckwidrigkeit bei SE-Gründung

Nach den dargelegten Grundsätzen des Europäischen Gerichtshofes impliziert der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, dass ein unionsrechtliches Verfahren zu einem Zweck verwendet wird, für den es nicht vorgesehen ist. Ein Missbrauch der SE als Rechtsform liegt daher nicht vor, wenn im Zuge der Gründung eine SE-Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wurde. Denn das SE-Recht verfolgt gerade das Ziel, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer vorrangig durch Verhandlungen festlegen zu lassen (Erwägungsgrund 8 SE-Richtlinie). Die konstruktive Durchführung von Verhandlungen ist keine Zweckverfehlung, sondern entspricht ganz im Gegenteil der Intention der SE-Richtlinie, den Sozialpartnern in voller Regelungsautonomie eine individuelle Gestaltung der Rechtsverhältnisse einer SE zu ermöglichen.

Darüber hinaus liegt es im Wesen des Rechtsmissbrauches nach dem vom EuGH entwickelten Verständnis, dass die Herstellung eines bestimmten Zustandes allein oder doch weit überwiegend einem zweckwidrigen Ziel folgt. Die typische SE-Gründung durch ein Familienunternehmen wird man daher nicht als missbräuchlich ansehen können, selbst wenn sich dadurch mittelbar die Mitbestimmung auf niedrigem Niveau verfestigt. Für die SE-Gründung durch ein Familienunternehmen gibt es vielfältige legitime Gründe, die eingangs geschildert wurden und deren Motivation nicht primär in einer Mitbestimmungsvermeidung liegt.

V. Vertrauensgrundsatz und Rückwirkungsverbot

Soweit die oben beschriebene Gesetzesänderung auch SE erfassen könnte, die vor Inkrafttreten der neuen Rechtslage bereits gegründet wurden, wären der Grundsatz des Vertrauensschutzes und das Rückwirkungsverbot zu beachten. Diese Grundsätze ergeben sich aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, das sowohl im deutschen Verfassungsrecht als auch im Recht der Europäischen Union verankert ist.¹⁹⁴ Sie stehen einer Regelung entgegen, die eine bereits gegründete

*Legislative
Spielräume nur
für künftige
Konstellationen*

¹⁹³ EuGH, Urteil vom 21.2.2006 (*Halifax*), Rs. C-255/02, Slg. 2006, I-1655 (Rn. 75).

¹⁹⁴ Zur unionsrechtlichen Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 2 EUV Rn. 27; *Mayer* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 2 EUV Rn. 388 ff.

SE nachträglich einer Nachverhandlungspflicht unterwirft, die im Gründungszeitpunkt nicht existierte.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung mehrfach den Grundsatz des Vertrauens auf die Gültigkeit der existierenden Rechtslage hervorgehoben,¹⁹⁵ wenngleich dieser Grundsatz nicht so weitgehend verstanden werden darf, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Folgen von Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist, die unter der Geltung der früheren Regelung entstanden sind.¹⁹⁶

Eine gesetzliche Neuregelung könnte daher grundsätzlich nur SE-Gründungen erfassen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes eingeleitet werden. Möglicherweise würden darüber hinaus SE-Gründungen, die in einem früheren Stadium begonnen werden, in dem bereits ein Gesetzesentwurf zur Änderung des SEBG vorliegt, keinen Vertrauensschutz mehr genießen. Allerdings wäre der Zeitraum, in dem eine solche Rückwirkung greifen könnte, verhältnismäßig kurz angesichts der Vermutungsregel, die sich lediglich auf ein Jahr bezieht. Eine SE-Gründung, die bei Inkrafttreten der Regelung länger als ein Jahr zurückläge, würde ohnehin nicht unter die Vermutungsregel fallen.

195 EuGH, Rs. 120/86, Slg. 1988, S. 2344 (*Mulder*); EuGH, Rs. C-90/95, Slg. 1997, I-1999 (*de Compte/Parlament*).

196 EuGH, Rs. 84/78, Slg. 1979, S. 1801 (*Tomadini*), Rn. 21 (S. 1815).

Abkürzungsverzeichnis

ABL.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
ArbVG	Arbeitsvertragsgesetz (Österreich)
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
CFL	Corporate Finance Law (Zeitschrift)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz)
EG	Europäische Gemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Hrsg.	Herausgeber
KOM	Europäische Kommission
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MHdB GesR	Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht
RNotZ	Rheinische Notarzeitung
SE	Societas Europaea

SEAG	SE-Ausführungsgesetz: Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz)
SE-RL	Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
SE-VO	Verordnung (EG) 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 08.10.2001
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes
Verf.	Verfasser (dieses Rechtsgutachtens)
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Literaturverzeichnis

- Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht (AAK)*, Die 8 wichtigsten Änderungsvorschläge zur SE-VO, ZIP 2009, 698-699.
- ders.*, Vorschläge zur Reform der Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE), ZIP 2010, 2221-2228.
- ders.*, Vorschläge zur Reform der Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE) – ergänzende Stellungnahme, ZIP 2011, 1841-1848.
- Baudenbacher, Laura Melusine*, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Missbrauchsverbot, Baden-Baden, 2016.
- Bayer, Walter*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930-1936.
- Blanke, Thomas*, Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, ZIP 2006, 789-792.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl., 2022.
- Casper, Matthias*, Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung, AG 2007, 97-105.
- ders.*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), 181-221.
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid*, Verwendung der SE zur Vermeidung von Arbeitnehmermitbestimmung – Abgrenzung zulässiger Gestaltungen vom Missbrauch gem. § 43 SEBG, BB 2011, S. 2699-2705.
- Ernst & Young*, Study on the Operation and the Impacts of the Statute for a European Company, 2009.
- Europäische Kommission*, Mitteilung zur Überprüfung der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, KOM(2008)591 endgültig.
- Europäische Kommission*, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), KOM(2010) 676 endgültig.
- Europäische Kommission*, Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, KOM(2012) 740 final (zitiert als „Aktionsplan“).
- Fleischer, Holger*, Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004), 502-543.

- Forst, Gerrit*, Offene Fragen rund um die SE-Beteiligungsvereinbarung, in: Bergmann/Kiem/Mülbart/Verse/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre SE, 2015, S. 50-89.
- Freis, Gerhild/Nagel, Bernhard/Kleinsorge, Georg*, SEBG, SCEBG, MgVG, Arbeitnehmerbeteiligung nach europäischem Recht, 3. Aufl., 2018.
- Grabitz/Hilf/Nettesheim*, hrsg. von Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band 1 (EUV/AEUV), 74. Ergänzungslieferung, September 2021.
- Grätz, Horst/Halm, Dirk/Kurzböck, Christoph*, Die SE als Rechtsform für international tätige Familienunternehmen, Der Konzern 2016, 429-433.
- Habersack, Mathias*, Schranken der Mitbestimmungsautonomie in der SE, AG 2006, 345-355.
- ders.*, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, ZHR 171 (2007), 613-643.
- ders.*, „Germany first?“ – Kritische Bemerkungen zum EuGH-Urteil in Sachen „Erzberger ./ TUI AG“, NZG 2017, 1021-1023.
- ders.*, Gesetzesfolgen für Familienunternehmen abschätzen, München, 2020.
- Habersack, Mathias/Henssler, Martin*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018.
- Heckschen, Heribert*, Die SE als Option für den Mittelstand, FS Westermann, 2008, 999-1018.
- Hellwig, Hans-Jürgen/Behme, Caspar*, Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Mitbestimmung, AG 2009, 261-278.
- Henssler, Martin*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), 222-249.
- Hommelhoff, Peter*, Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, 267-278.
- Kämmerer, Axel/Veil, Rüdiger*, Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung in der monistischen Societas Europaea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg?, ZIP 2005, 369-376.
- Kiem, Roger*, Der Evaluierungsbericht der SE-Kommission zur SE-Verordnung, Corporate Finance Law (CFL) 2011, 134-144.
- Kleinsorge, Georg*, Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2003, 343-352.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (hrsg. von Ulrich Noack und Dirk Zetzsche), Band 2, 4. Aufl., 2021, Art. 43-70 SE-VO, SEAG, SEBG.
- Köstler, Roland*, Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800-809.

- Leible, Stefan/Reichert, Jochem (Hrsg.)*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 6 (Internationales Gesellschaftsrecht / Grenzüberschreitende Umstrukturierungen), 6. Aufl., 2022.
- Löw, Hans-Peter/Stolzenberg, Hendric*, Frauenquote, Erzberger und Brexit: Strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 SEBG, BB 2017, 245-250.
- Lutter, Marcus*, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1-7.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph (Hrsg.)*, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015.
- Lutter, Marcus/Kollmorgen, Alexander/Feldhaus, Heiner*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Satzungsgestaltung bei der „mittelständischen SE“, BB 2005, 2473-2483.
- Mävers, Gunther*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- Mohamed, Jean*, Eine Gedankenskizze zur Unternehmensmitbestimmung nach dem Koalitionsvertrag, ZIP 2022, 305-308.
- Müller-Bonanni, Thomas*, Mitbestimmungsverhandlungen aus Sicht der Praxis, in: Teichmann/Kraushaar (Hrsg.), Mitbestimmungsvielfalt in Deutschland und Europa, 2021, S. 23-38.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, Europäisches Aktienrecht, 5. Aufl., 2021.
- Nagel, Bernhard*, SE und Einfrieren der Mitbestimmung, ZIP 2022, 208-211.
- Noack, Ulrich*, Aktionärsmitwirkung bei der SE-Beteiligungsvereinbarung, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre SE, 2015, S. 96-122.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015.
- Ramcke, Oliver H.*, Die Konkretisierung des Missbrauchsverbots der SE zum Schutz von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer, 2015.
- Rehberg, Markus*, Die missbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, ZGR 2005, 859-893.
- Reichert, Jochem/Brandes, Stephan M.*, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, 767-799.
- Rose, Edgar/Köstler, Roland*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2. Aufl., 2014.
- Rosenbohm, Sophie*, Verhandelte Mitbestimmung, Frankfurt/New York, 2013.
- Schlachter, Monika/Heinig Hans Michael (Hrsg.)*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 7, 2. Aufl., 2021.

- Schmaus, Frank/Bangen, Kerstin*, Die Vorrats-SE – eine Gestaltungsvariante im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung, ZIP 2019, 1360-1366.
- Schön, Wolfgang*, Der „Rechtsmissbrauch“ im Europäischen Gesellschaftsrecht, FS Wiedemann, 2002, S. 1271-1298.
- Schubert, Ernst-Markus/von der Höh, Marc Reimund*, Zehn Jahre „deutsche“ SE – eine Bestandsaufnahme, AG 2014, 439-444.
- Schütt, Manuel*, Die deutsche Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck aus Europa?, Berlin, 2018.
- Selent, Maximilian*, Die Mitbestimmung nach dem Company Law Package aus Perspektive des deutschen Kompromissvorschlags zur europäischen Mitbestimmung, NZG 2018, 1171-1178.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)*, EUV/AEUV, Kurz-Kommentar, 3. Aufl., 2018.
- Teichmann, Christoph*, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53-60.
- ders.*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89-98.
- ders.*, Gestaltungsfreiheit in Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 2008, 797-808.
- ders.*, Neuverhandlung einer SE-Beteiligungsvereinbarung bei „strukturellen Änderungen“, FS Hellwig, 2010, S. 347-372.
- ders.*, Bestandsschutz für die Mitbestimmung bei Umwandlung in eine SE, ZIP 2014, 1049-1057.
- ders.*, Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, FS Hopt, 2020, 1255-1271.
- ders.*, Der „Zankapfel“ unternehmerische Mitbestimmung im Entstehungsprozess der Mobilitätsrichtlinie 2019, FS Windbichler, 2020, 395-411.
- ders.*, Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat nach Umwandlung in eine SE, ZIP 2021, 105-112.
- ders.*, Das Konzept des „Rechtsmissbrauchs“ im Europäischen Umwandlungsrecht, ZGR 2022, 376-415.
- Uffmann, Katharina*, Fortschreibungspflicht der gewerkschaftlichen Sitzgarantie in der formgewechselten SE?, ZfA 2021, 257-272.
- dies.*, Unternehmensmitbestimmung zwischen Europa und nationalen Wünschen – Zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, AG 2022, 427-438.
- Ulber, Daniel/Koch, Alexander*, Bestandsschutz für die Zahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat nach § 21 Abs. 6 SEBG, ZESAR 2021, 223-229.

Valdés Dal-Ré, Fernando, Study on the implementation of Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees, 2008.

Von Lackum, Jens, Die Gesetzesumgehung im Europarecht, 2009.

Weber, Christoph, Verhandelte Mitbestimmung – eine Zwischenbilanz, FS Scheuing, 2011, 773-793.

Wicke, Hartmut, Die SE als Familienunternehmen, RNotZ 2020, 25-38.

Witschen, Stefan, Neuverhandlung der Arbeitnehmerbeteiligung nach Gründung einer SE, ZGR 2016, 644-678.



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50
D-80538 München

Telefon + 49 (0) 89 / 12 76 400 02
Telefax + 49 (0) 89 / 12 76 400 09
E-Mail info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Preis: 19,90 €

ISBN: 978-3-948850-16-6