

# SE-BETEILIGUNGSGESETZ

## ANKNÜPFUNGSPUNKT FÜR MITBESTIMMUNGSREGELN BEI UMWANDLUNG EINER AG IN EINE SE

DR. CHRISTIAN KLEIN-WIELE, DR. OLIVER KANZLER, RECHTSANWÄLTE, HENNERKES, KIRCHDÖRFER & LORZ

### OLG FRANKFURT A.M., BESCHL. V. 27. AUGUST 2018, AZ.: 21 W 29/18

Bei § 35 Abs. 1 SEBG ist auf den rechtlich gebotenen Soll-Zustand und nicht auf den praktizierten Ist-Zustand zum Zeitpunkt der Umwandlung der Gesellschaft von einer Aktiengesellschaft in eine SE abzustellen.

#### Übersicht

- I. Problemstellung und Sachverhalt
- II. Entscheidungsgründe und Würdigung
- III. Praktische Bedeutung und Ausblick

#### I. Problemstellung und Sachverhalt

Die Europäische Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) als moderne Rechtsform für Familienunternehmen erfreut sich nach wie vor wachsender Beliebtheit. Insbesondere die – im Vergleich zum nationalen Gesellschaftsrecht – flexibleren europäischen Regelungen im Bereich der Mitbestimmung stellen einen besonderen Anreiz für Familienunternehmer dar, ihr Unternehmen im Rechtskleid einer SE zu führen.

Mitbestimmungsrechtliche Fragen sind in vielerlei Hinsicht konfliktträchtig. Insoweit stellt die SE keine Ausnahme zu ihrem nationalen Pendant, der Aktiengesellschaft, dar. Bei der Gründung einer SE ist in der Regel zwischen Geschäftsleitung und einem sogenannten besonderen Verhandlungsgremium, das sich aus Vertretern der europäischen Arbeitnehmer der an der Gründung beteiligten Gesellschaft(en) zusammensetzt, ein Verhandlungsverfahren über die künftige Ausgestaltung der Mitbestimmung in der SE zu führen. Erzielen das geschäftsführende Organ und das besondere Verhandlungsgremium hierbei keine Einigkeit über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der (künftigen) SE, finden die Vorschriften über die Mitbestimmung kraft Gesetzes gemäß §§ 35 ff. SEBG Anwendung. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen sieht das Gesetz verschiedene Vorkehrungen vor, die die Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen kraft Gesetzes sicherstellen. Im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE bleibt die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Voraussetzung ist, dass in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten, vgl. §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG. Mit anderen Worten: Der Status quo der Mitbestimmung der bisherigen AG wird in der (umgewandelten) SE fortgeführt

(sogenanntes Vorher-Nachher-Prinzip). Eine in der Praxis sehr häufig diskutierte Frage ist, ob es hierbei auf den praktizierten mitbestimmungsrechtlichen oder aber den rechtlich gebotenen Zustand ankommt. Relevant ist dies typischerweise bei Familienunternehmen in der Rechtsform der GmbH, bei denen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Denn die an sich rechtlich zwingend gebotene Errichtung eines drittelparitätischen mitbestimmten Aufsichtsrats wird in der Praxis vielfach ignoriert<sup>1</sup>.

Aus dem Wortlaut von §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG geht nicht deutlich genug hervor, welches Maß an Mitbestimmung erhalten bleiben soll, wenn die in der Gesellschaft gelebte tatsächliche Mitbestimmung nicht derjenigen entspricht, die rechtlich eigentlich Anwendung finden müsste. So könnte man einerseits den Standpunkt einnehmen, abzustellen sei auf den tatsächlich gelebten Ist-Zustand der Mitbestimmung der Gesellschaft<sup>2</sup>. Hierfür spricht, dass die gesetzlichen Auffangregelungen der §§ 34 ff. SEBG allein dazu dienen, den mitbestimmungsrechtlichen Status quo zu wahren. Andererseits kann man auch dahingehend argumentieren, dass der rechtliche Soll-Zustand maßgeblich sei. Zu untersuchen ist danach die sich aus den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen ergebende, rechtlich gebotene Mitbestimmung. Für diese Auffassung wird vor allem der Wortlaut von §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG ins Feld geführt. Die Verwendung des Wortes „Regelung“ deutet darauf hin, dass nur der rechtliche Soll-Zustand maßgeblich sein könne.

#### II. Entscheidungsgründe und Würdigung

Das OLG Frankfurt a.M. hat nunmehr als erstes oberinstanzliches Gericht beschlossen, dass der rechtliche Soll-Zustand maßgeblich sei. Zuvor hatten mehrere erstinstanzliche Gerichte anders entschieden und auf den Ist-Zustand abgestellt. Die (ausführliche) Begründung des OLG Frankfurt kann an »

<sup>1</sup> Vgl. die Studie von *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2015, S. 909 ff.

<sup>2</sup> So insbesondere *Hohenstatt/Müller-Bonanni*. In: *Habersack/Drinhausen* (2016), SE-Recht. 2. Aufl., § 34 SEBG Rn. 6; *Oetker*. In: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (2015), SE Kommentar. 2. Aufl. § 34 SEBG Rn. 15.

dieser Stelle nicht umfassend dargestellt werden. Entscheidend war insbesondere – neben dem bereits erwähnten Wortlautargument – das erklärte Ziel des Gesetzgebers, die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zu sichern.

Allerdings sprechen auch für die Gegenansicht gewichtige Gründe: §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 SEBG dienen allein der Erhaltung derjenigen Bestimmungen über die Mitbestimmung, die vor der Umwandlung für die Gesellschaft bestanden. Sind Zweifel darüber angebracht, welchem mitbestimmungsrechtlichen Regime eine Aktiengesellschaft unterliegt, so können diese Zweifel zwingend allein durch die Durchführung eines sogenannten Statusverfahrens nach § 97 AktG oder § 98 AktG beseitigt werden<sup>3</sup>. Solange dieses Verfahren nicht abgeschlossen ist, bleibt der Aufsichtsrat rechtmäßig zusammengesetzt und uneingeschränkt handlungsfähig. Dies gilt sogar in Konstellationen, in denen es unstreitig feststeht, dass der Aufsichtsrat einem bestimmten mitbestimmungsrechtlichen Regime unterliegt<sup>4</sup>.

Ohne Durchführung des Statusverfahrens können keine Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen entstehen, vgl. § 96 Abs. 4 AktG<sup>5</sup>. Führt keiner der Antragsberechtigten das Statusverfahren durch, tritt – nach der Wirksamkeit der Umwandlung durch Eintragung in das zuständige Register – § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG auf den Plan, wonach die Unternehmensmitbestimmung in den Organen der SE abschließend im SEBG geregelt ist. Damit können die Regeln des Mitbestimmungsgesetzes und des Drittelbeteiligungsgesetzes nicht (mehr) auf eine SE angewendet werden. Wer nun im Rahmen von § 35 Abs. 1 SEBG generell auf den rechtlich gebotenen Soll-Zustand abstellt, entwertet nicht nur die ausdifferenzierte Regelungssystematik des aktienrechtlichen Statusverfahrens. Er sorgt darüber hinaus dafür, dass die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes und des Drittelbeteiligungsgesetzes die Unternehmensverfassung der SE beeinflussen können. Dies steht jedoch in klarem Widerspruch zum Regelungsanliegen des § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG.

### III. Praktische Bedeutung und Ausblick

Aus Gründen der Rechtssicherheit war schon in der Vergangenheit zu empfehlen, bei SE-Gründungen den Soll-Zustand zu beachten. Unabhängig von der Frage der Überzeugungskraft der Argumentation des Gerichts sollte die Praxis nach dem Beschluss des OLG Frankfurt a.M. – noch stärker als bisher – vorsichtig sein bei Umwandlungen von Gesellschaften, die entgegen den Mitbestimmungsgesetzen keinen mitbestimmten Aufsichtsrat besitzen.

Welcher praktische Stellenwert dem Beschluss des OLG Frankfurt a.M. zukommt, zeigt allein ein Blick auf die zahlreichen Stellungnahmen, die der Beschluss innerhalb kürzester

Zeit provoziert hat<sup>6</sup>. In der Tat birgt der Beschluss einige Sprengkraft: Viele Gesellschaften in Deutschland sind – aus den verschiedensten Gründen – mitbestimmungsfrei, obwohl die Arbeitnehmerzahlen die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze überschreiten. Wenn dieser mitbestimmungsfreie Zustand dauerhaft eingefroren werden soll, stehen meist alternative Gestaltungen zur Verfügung, die – im Vergleich zum klassischen Formwechsel – ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten, aber anhand der konkreten Struktur des Familienunternehmens sorgsam entwickelt werden müssen.

Den Schlussstein hat das Gericht mit seinem Beschluss indes noch nicht gesetzt: Das Gericht hat nach § 99 Abs. 1 AktG i.V.m. § 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen. Das Verfahren ist beim 2. Zivilsenat unter dem Az. II ZB 20/18 anhängig. Es bleibt abzuwarten, wie sich der BGH zu der Rechtsfrage positionieren wird. Das letzte Wort ist also noch nicht gesprochen.

Darüber hinaus darf in der Beratungspraxis nicht übersehen werden, dass der vom OLG Frankfurt a.M. zu entscheidende Sachverhalt durch zwei Besonderheiten gekennzeichnet ist: Zum einen wurde das aktienrechtliche Statusverfahren bereits zu einem Zeitpunkt eingeleitet, zu dem die Gesellschaft noch das Rechtskleid einer Aktiengesellschaft besaß. Da die Einleitung eines Statusverfahrens keine Registersperre begründet und die SE damit – trotz laufenden Statusverfahrens – im Register eingetragen wird, wird vertreten, dass dessen Ausgang auf das gesetzliche SE-Mitbestimmungsstatut „rückwirken“ könne<sup>7</sup>. Zum anderen hat das Gericht ausdrücklich offengelassen, ob es seine Rechtsauffassung – Maßgeblichkeit des Soll-Zustandes – auch auf Sachverhalte anwenden möchte, in denen das geschäftsführende Organ und das besondere Verhandlungsgremium Einigkeit über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der (künftigen) SE erzielen und eine Beteiligungsvereinbarung abschließen. Gemäß § 21 Abs. 6 SEBG muss in der Beteiligungsvereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Bleibt die Beteiligungsvereinbarung nicht hinter dem Ist-Status zurück, dürfte diese wirksam sein und damit gegenüber den Auffangregelungen der §§ 34 ff. SEBG eine Sperrwirkung entfalten<sup>8</sup>. Auch hier muss jedoch die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur abgewartet werden. ◆

3 S. nur Hüffer/Koch (2018), Aktiengesetz, 13. Aufl., § 97 Rn. 28.

4 Vgl. Schüppen. In: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl., § 23 Rn. 11.

5 Dazu auch Habersack, AG 2018, 823, 828 f.

6 Habersack, AG 2018, 823 ff.; Wettich/Fleck, GWR 2018, 431; Schaper, EWIR 2018, 615; Mückl, BB 2018, 2868 ff.

7 Vgl. Habersack, AG 2018, 823, 829.

8 Habersack, AG 2018, 823, 825.

#### KEYWORDS

Europäische Aktiengesellschaft • Mitbestimmung