



# Betriebs Berater

4 | 2021

AWG ... W&I ... Managementbeteiligung ... ESG ... Keylogger ... Recht ... Wirtschaft ...

25.1.2021 | 76. Jg.  
Seiten 193–256

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Jens M. Schmittmann**, RA/FAHaGesR/FAInsR/FAStR/StB  
Braucht es ein SanInsFoG-Reparaturgesetz?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. André Lippert**, RA  
Ausländische Investitionen in Zeiten von Corona – forcierte Änderungen durch die Krise | 194

**Dr. Peter Ratz**, Syndikus-RA, und **Dr. Tobias Kilian**, RA und Notar  
W&I-Policen – maßgebliche VVG-Bestimmungen, Auslegungsfragen und Haftungsrisiken | 202

## STEUERRECHT

**Dr. Barbara Koch-Schulte**, RAin/StBin, und **Dr. Michael de Toma**, RA  
„Sweet Equity“: Zur disproportionalen Zeichnung von Kapitalinstrumenten bei Managementbeteiligungen | 215

**Dr. Jasmin Gütle**, StBin, und **Christian Sotta**, StB  
Reform der Hinzurechnungsbesteuerung –  
Auswirkungen des § 7 Abs. 4 S. 2 AStG-E bei Fondsinvestments | 224

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Martin Bünning**, RA/StB  
Berücksichtigung von ESG-Regeln bei M&A-Transaktionen | 235

## ARBEITSRECHT

**Dr. Christoph Kurzböck**, LL.M., RA/FAArbR, und **Victoria Caliebe**, RAin  
Die Societas Europaea und die dauerhafte Zementierung eines rechtswidrigen Mitbestimmungsstatuts nach der aktuellen Rechtsprechung | 244

**Dr. Justus Frank**, LL.M., RA, und Dipl.-Jur. **Maurice Heine**  
„Corona und die Detektive“? Corona und Keylogger!? – Kontrollmöglichkeiten in Zeiten von Home-Office | 248

Dr. Christoph Kurzböck, LL.M. (Lyon), RA/FAArbR, und Victoria Caliebe, RA in

# Die Societas Europaea und die dauerhafte Zementierung eines rechtswidrigen Mitbestimmungsstatuts nach der aktuellen Rechtsprechung

Einer der Vorzüge der Societas Europaea (kurz: SE) besteht darin, dass, anders als unter nationalem Recht, die zukünftige Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung im SE-Gründungsprozess zu einem großen Teil autonom ausgehandelt werden kann. Hierzu kann das Schicksal der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Leitungen der Gründungsgesellschaften und dem sog. besonderen Verhandlungsgremium (bVG), welches sich aus Arbeitnehmervertretern der Gründungsgesellschaften zusammensetzt, nahezu individuell gestaltet werden. Dieser Beitrag stellt die aktuelle Rechtsprechung dar und ordnet sie in die bestehende Diskussion ein.

## I. Einleitung

Bestenfalls steht am Ende dieses Verhandlungsprozesses der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung (sog. Verhandlungslösung). Der Inhalt dieser Vereinbarung kann einerseits die Rechte des SE-Betriebsrats und andererseits die unternehmerischen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in den Aufsichtsorganen der SE individuell regeln. Sofern die Gründungsform der formwechselnden Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft (AG) gewählt wird, grenzt § 21 Abs. 6 SEBG<sup>1</sup> den Verhandlungsspielraum dennoch insoweit ein, als es in der SE nicht zu einer Unterschreitung des bisherigen Mitbestimmungsniveaus kommen darf. Kommt dagegen eine Beteiligungsvereinbarung nicht zustande, gilt gemäß §§ 34 ff. SEBG die Mitbestimmung kraft Gesetzes. Auch in diesem Fall bleibt das bisher in der Gründungsgesellschaft existierende Mitbestimmungsniveau als Mindestmaß an Mitbestimmung bestehen (sog. Auffanglösung). Beide Lösungswege folgen dem sog. „Vorher-Nachher-Prinzip“, wonach die Aufrechterhaltung des vor der Umwandlung bestehenden Mitbestimmungsniveaus als Status quo zum Schutz der Arbeitnehmer auch in der SE gewährleistet wird. Nach der SE-Gründung eingetretene Veränderungen der Schwellenwerte führen dagegen nicht mehr zur Herbeiführung einer unternehmerischen Mitbestimmung, da die SE nicht dem Anwendungsbereich der nationalen Mitbestimmungsgesetze (MitbestG und DrittelbG) unterfällt.

## II. Dauerhafte Zementierung eines rechtswidrigen Mitbestimmungsstatuts

Probleme bei der Anwendung dieses Vorher-Nachher-Prinzips bereiten solche Fälle, in denen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der Gründungsgesellschaft zum Zeitpunkt der Umwandlung nicht den nationalen Mitbestimmungsgesetzen entsprach, insbesondere in

Fällen, in denen trotz Überschreitens der maßgeblichen Schwellenwerte der nationalen Mitbestimmungstatbestände keine Vertretung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsorganen bestand.

Einerseits kann für die zukünftige Mitbestimmungssituation in den SE-Aufsichtsorganen daran angeknüpft werden, wie der Aufsichtsrat nach den gesetzlichen Regelungen zu besetzen gewesen wäre (sog. Soll-Statut). Andererseits kann jedoch auch die vor Eintragung der Umwandlung tatsächlich praktizierte Rechtslage, d. h. die in der Satzung festgeschriebene Bestimmung zur Aufsichtsratszusammensetzung (sog. Ist-Statut) für das zukünftige Mitbestimmungsniveau entscheidend sein. Da die SE nicht unter die nationalen Mitbestimmungsgesetze fällt, würde in letzterem Fall ein mitbestimmungsrechtlich rechtswidriger Zustand durch die Umwandlung der AG in eine SE geheilt werden, indem die bisher praktizierte Mitbestimmung mit der SE-Gründung auf Dauer „zementiert“ werden könnte.

Eine pauschale Lösung dieser Frage kann wohl nicht gefunden werden. So müssen die Fälle der bestehenden Beteiligungsvereinbarung und der gesetzlichen Auffanglösung unterschiedlich betrachtet werden, da es hier insbesondere zu unterschiedlichen Auswirkungen in der Rechtsfolge kommen kann. Wie die aktuelle Rechtsprechung zeigt, ist es auch entscheidend, ob ein Statusverfahren bereits vor oder erst nach dem Vollzug der Umwandlung gerichtlich eingeleitet wurde.

## III. Gesetzliche Auffanglösung

Für den Fall der fehlenden Beteiligungsvereinbarung existiert nun seit 23.7.2019 erstmals eine höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH),<sup>2</sup> weswegen der Frage der Maßgeblichkeit des Ist- oder des Soll-Statuts zunächst für den Fall der gesetzlichen Auffanglösung nachgegangen wird.

### 1. Bisheriger Meinungsstand

Soweit eine Beteiligungsvereinbarung nicht geschlossen wurde, richtet sich die Mitbestimmungssituation in der SE nach den gesetzlichen Vorschriften des SEBG. Gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG ist dafür zunächst Voraussetzung, dass in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten. Soweit diese Voraussetzung erfüllt ist, gilt gemäß § 35 Abs. 1 SEBG, dass die Regelung zur Mitbe-

<sup>1</sup> Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz).

<sup>2</sup> BGH, 23.7.2019 – II ZB 20/18, BB 2019, 2300.

stimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat.

Die Frage, worauf für die Beurteilung des vor der Umwandlung gegebenen Mitbestimmungsniveaus abzustellen ist, stößt in der Literatur und Rechtsprechung auf unterschiedliche Lösungsansätze. Einerseits wird vertreten, dass es für das in der SE geltende Mitbestimmungsniveau auf die in der Gründungsgesellschaft tatsächlich praktizierte Mitbestimmung, d.h. den „Ist-Zustand“ ankomme.<sup>3</sup> Begründet wird dieses Ergebnis mit dem der Vorschrift des § 34 SEBG zugrunde liegenden Vorher-Nachher-Prinzip, das auf den Schutz „erworbener“ Rechte abstellt (Erwägungsgrund 18 der RL 2001/86/EG).<sup>4</sup> Die Sicherung „erworbener“ Rechte deutet auf den tatsächlichen Status quo hin, nicht auf einen ggf. rechtlich zu fordernden Mindestbestand. „Erworbene Rechte“ könnten auch so verstanden werden, dass diese im Unternehmen tatsächlich praktiziert wurden.<sup>5</sup> Auch das sich aus § 96 Abs. 4 AktG ergebende Status quo-Prinzip, das den Grundsatz der Amtskontinuität sichert, spreche dafür, auch für die Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung in § 34 Abs. 1 SEBG auf die praktizierte Mitbestimmung, d.h. auf den Ist-Zustand abzustellen.<sup>6</sup>

Andere Stimmen vertreten die Ansicht, dass auf die in der Gründungsgesellschaft gesetzlich gebotene Mitbestimmung, d.h. auf den Soll-Zustand abzustellen sei.<sup>7</sup>

Nach einer weiteren Ansicht gelte das tatsächlich praktizierte Mitbestimmungsstatut, d.h. der Ist-Zustand, in der SE zwar zunächst fort, könne aber im Wege der Einleitung eines Statusverfahrens auch noch nach Gründung der SE an den vor der Gründung geltenden Soll-Zustand angepasst werden,<sup>8</sup> da andernfalls eine rechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch die Umwandlung in eine SE eingefroren werden könne.<sup>9</sup> Die bisher praktizierte Mitbestimmung in der SE wird nach dieser und der hier vertretenen Ansicht durch die Umwandlung somit gerade nicht „zementiert“.<sup>10</sup>

## 2. Beschluss des BGH vom 23.7.2019

Als einzige höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der dauerhaften Zementierung eines rechtswidrig praktizierten Mitbestimmungsstatuts existiert ein Beschluss des BGH vom 23.7.2019,<sup>11</sup> der eine in diesem Zusammenhang oft zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 27.8.2018<sup>12</sup> im Ergebnis zwar bestätigt, in der Argumentation jedoch auf eine klare Positionierung zum maßgeblichen Statut verzichtet. Der BGH lässt in seiner Entscheidung ausdrücklich offen, ob grundsätzlich auf den tatsächlich praktizierten Ist-Zustand oder auf den rechtlich gebotenen Soll-Zustand abzustellen ist. Im Detail ging es in der Entscheidung um die Umwandlung einer deutschen AG in eine SE, wobei sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach der Auffanglösung gemäß § 35 Abs. 1 SEBG richtete. Arbeitnehmer waren im Aufsichtsrat der Gesellschaft weder vor noch nach der Umwandlung vertreten. Die Besonderheit und wesentliche Argumentationsgrundlage der Entscheidung lag darin, dass zwar zeitlich nach dem Beschluss über die Umwandlung aber noch vor deren Eintragung in das Handelsregister – somit noch vor dem Vollzug der Umwandlung – ein gerichtliches Statusverfahren über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats gemäß § 98 Abs. 1 AktG durch einen Aktionär der Gesellschaft eingeleitet wurde.

Nach Ansicht des BGH prägte in dieser besonderen Fallkonstellation die Einleitung des gerichtlichen Statusverfahrens noch vor der Eintragung der SE als tatsächlicher Umstand jedenfalls den vor der Umwandlung bestehenden Ist-Zustand entscheidend mit. Das anhängige

Statusverfahren nehme der bis dahin tatsächlich praktizierten Regelung ihre Verbindlichkeit für den Mitbestimmungsstatus der SE und öffne die bisherige Handhabung für eine Korrektur nach Maßgabe der einschlägigen Mitbestimmungsregeln. Die mögliche Anknüpfung an einen in der Gründungsgesellschaft noch nicht praktizierten Soll-Zustand bedürfe nach Ansicht des BGH jedoch stets eines geregelten Verfahrens, um rechtlich wirksam zu werden. Sofern vor der Umwandlung keine Vereinbarung über die Mitbestimmung geschlossen wurde, erfordere eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats zur Umsetzung der vor der Umwandlung rechtlich gebotenen Mitbestimmung die Durchführung eines Statusverfahrens nach den §§ 97 ff. AktG, wobei das Statusverfahren, wie sich aus § 17 Abs. 4 Satz 1 SEAG<sup>13</sup> erschließe, auch auf die SE anwendbar sei<sup>14</sup> und im Ergebnis auch das in § 96 Abs. 4 AktG normierte Kontinuitätsprinzip für die SE gelte. Hieraus sei zu folgern, dass auch in einer SE die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats erst mit dem Abschluss des Statusverfahrens wirksam werde und der gewählte Aufsichtsrat in seiner konkreten Zusammensetzung bis dahin rechtmäßig bestehen bleibe.<sup>15</sup>

## 3. Beurteilung

Wo die Argumentation der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main als Vorinstanz noch erheblich zu kritisieren war,<sup>16</sup> korrigierte der BGH die rechtliche Argumentationsweise zumindest unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Indem die Richter gerade nicht auf den Soll-Zustand abstellen, wird gemäß dem Kontinuitätsprinzip des § 96 Abs. 4 AktG verhindert, dass die Arbeit des Aufsichtsrats mit dem Zustand der Rechtsunsicherheit belastet ist und Streitigkeiten darüber entstehen, ob die von einem möglicherweise rechtswidrig zusammengesetzten Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse wirksam sind.<sup>17</sup> Dieses Ergebnis verhindert der BGH, indem er eine Zementierung der bisher praktizierten Mitbestimmung in der SE nicht zulässt, sondern den Weg über eine nachträgliche Korrektur durch Einleitung eines Statusverfahrens geht. Der Zustand der Rechtsunsicherheit resultiert aufgrund der Besonderheit des Falles lediglich aus dem bereits vor der Umwandlung eingeleiteten Statusverfahren, das geeignet ist,

3 LG München I, 26.6.2018 – 38 O 15760/17, ZIP 2018, 1546, 1548; LG Frankfurt a.M., 21.12.2017 – 3-05 O 81/17 juris; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 34 SEBG, Rn. 15; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2017, Band 7, § 34 SEBG, Rn. 5 und § 35 SEBG, Rn. 2; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Dirnhausen, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 34 SEBG, Rn. 6 und § 35 SEBG, Rn. 2; *Habersack*, AG 2018, 823, 828 f.; *Seibt*, ZIP 2010, 1057, 1064; *Mückl*, BB 2018, 2868 ff.

4 RL 2001, 86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 8.10.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 294, 22.

5 LG München I, 26.6.2018 – 38 O 15760/17, ZIP 2018, 1546, 1548; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2017, § 34 SEBG, Rn. 5.

6 *Jacobs*, in: MüKo AktG, 4. Aufl. 2017, § 34 SEBG, Rn. 5; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Dirnhausen, SE-Recht, 2. Aufl. 2016, § 34 SEBG, Rn. 6; LG München I, 26.6.2018 – 38 O 15760/17, ZIP 2018, 1546, 1548.

7 *Grambow*, BB 2012, 902; *Kienast*; DB 2018, 2487; *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750, 1756.

8 *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Gesell/Berjasevic*, DB 2018, 1716, 1717; *Behme*, EWIR 2018, 333, 334; *Rieble*, in: *Rieble/Junker*, Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, S. 113, 138.

9 *Behme*, EWIR 2018, 333, 334.

10 *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Rieble*, in: *Rieble/Junker*, Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, S. 113, Rn. 138.

11 BGH, 23.7.2019 – II ZB 20/18, BB 2019, 2304 m. BB-Komm. *Wendler/von Rimon*.

12 OLG Frankfurt am Main, 27.8.2018 – 21 W 29/18, BB 2018, 2387; s. hierzu bereits *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 245 f.

13 Gesetz zur Ausführung der VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

14 So auch *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 34 SEBG, Rn. 30; *Seibt*, ZIP 2010, 1057, 1064; *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246.

15 BGH, 23.7.2019 – II ZB 20/18, BB 2019, 2304 m. BB-Komm. *Wendler/von Rimon*.

16 *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Mückl*, BB 2018, 2868, 2870; *Schaper*, EWIR 2018, 615, 616.

17 *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Habersack*, AG 2018, 823, 826.

dem praktizierten Mitbestimmungsniveau die Verbindlichkeit zu nehmen, aber dennoch lediglich eine Änderung für die Zukunft herbeiführen kann. Die Übertragbarkeit dieser Entscheidung beschränkt sich daher auf die Fälle, in denen das Statusverfahren bereits vor dem Vollzug der Umwandlung gerichtlich eingeleitet wurde.

#### IV. Vorliegen einer Beteiligungsvereinbarung

Der dargestellten BGH-Rechtsprechung folgend ergingen zu Beginn des Jahres 2020 drei parallele Entscheidungen des OLG München,<sup>18</sup> deren Sachverhalten jedoch jeweils der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zu Grunde lag. Auch für das Bestehen einer Beteiligungsvereinbarung wird im Folgenden der Frage der Maßgeblichkeit des Ist- oder des Soll-Statuts nachgegangen.

##### 1. Rechtslage bei Vorliegen einer Beteiligungsvereinbarung

Ausgangspunkt für das maßgebliche Mitbestimmungsstatut bei Vorliegen einer Beteiligungsvereinbarung ist die Vorschrift des § 21 Abs. 6 SEBG. Durch die Zweideutigkeit des Wortlauts der Vorschrift kommt man jedoch schnell an die Grenzen der Auslegung, denn die Vorschrift knüpft an das in der sich umwandelnden Gesellschaft „bestehende“ Ausmaß der Arbeitnehmerbeteiligung an. Damit kann sowohl das tatsächliche als auch das (abstrakt) rechtlich bestehende Ausmaß gemeint sein.<sup>19</sup> Auch die zu Grunde liegende europäische Richtlinie RL 2001/86/EG<sup>20</sup> lässt keine eindeutigen Rückschlüsse auf eine Anknüpfung an den Ist- oder Soll-Zustand zu.

##### 2. Entscheidungen des OLG München vom 26.3.2020

Das OLG München hat sich in drei parallelen Verfahren vom 26.3.2020<sup>21</sup> klar zum maßgeblichen Mitbestimmungsstatut positioniert. Danach soll der Soll-Zustand für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der SE maßgeblich sein.

Im Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt war in allen drei Verfahren des OLG München eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung nach der Verhandlungslösung existent, die eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ausschloss. Vor der Umwandlung in die SE wurde kein (gerichtliches) Statusverfahren über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates in der Gründungsgesellschaft eingeleitet, sodass die Reichweite der Entscheidung des OLG München weit über den oben dargestellten Beschluss des BGH hinausgeht. Die zu entscheidenden Statusverfahren wurden teilweise erst Jahre nach dem Vollzug der Umwandlung gerichtlich eingeleitet.

Während das vorinstanzliche LG München I unter Hinweis auf den Zweck des Kontinuitätsprinzips des § 96 Abs. 4 AktG noch eine Anknüpfung an den tatsächlich praktizierten Ist-Zustand vertrat, entschied das OLG München, dass auf den Soll-Zustand abzustellen sei, auch für den Fall, dass eine Beteiligungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern im Sinne des § 21 SEBG abgeschlossen wurde, die eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ausschließt. Für die Frage des Anknüpfungspunktes komme es entscheidend darauf an, ob es bereits im Zeitpunkt der Umwandlung ein prozessual durchsetzbares Recht auf Mitbestimmung gegeben hätte. Nach Ansicht der Richter richte sich auch die im Rahmen eines erst nach der Umwandlung eingeleiteten gerichtlichen Statusverfahrens festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsorgans danach, wie der Aufsichtsrat vor der Um-

wandlung richtigerweise zusammensetzen war, solange zu diesem Zeitpunkt jedenfalls ein Statusverfahren hätte eingeleitet werden können. Das Gericht macht also seine Ansicht deutlich, wonach allein der Soll-Zustand der Unternehmensmitbestimmung vor der formwechselnden Umwandlung maßgeblich sei.

Nach Ansicht der Richter genüge es, wenn und soweit im Zeitpunkt der Umwandlung ein Statusverfahren hätte eingeleitet werden können, d.h. schon zum damaligen Zeitpunkt Streit oder Ungewissheit im Sinne des § 98 Abs. 1 AktG über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestanden hat. Hierfür genügen bereits Fälle, in denen zwar nicht beim Vorstand, aber bei einem anderen Beteiligten Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der Aufsichtsratszusammensetzung bestehen, über die bereits außergerichtlich gestritten wird bzw. Fälle, in denen konkrete Anhaltspunkte für einen derartigen künftigen Streit bestehen. Es sei nach Ansicht der Richter nicht sachgerecht, in diesen Konstellationen die Korrekturmöglichkeit durch Eintragung der SE zu vernichten. Auch diese Umstände seien ein den damaligen Ist-Zustand prägender Umstand im Sinne der oben dargestellten BGH-Rechtsprechung. Es sei nach Ansicht des OLG München nicht ersichtlich, weshalb nur die Einleitung eines gerichtlichen Statusverfahrens diesen Ist-Zustand präge, denn auch ein außergerichtlich eingeleitetes Statusverfahren müsse nach Maßgabe des Vorher-Nachher-Prinzips bei der Zusammensetzungsfrage Berücksichtigung finden. Beiden Konstellationen sei gemein, dass die aktuelle Aufsichtsratszusammensetzung bereits in Frage gestellt und der Weg für die Einleitung eines Statusverfahrens geebnet wurde. Bestehende und bereits nach außen getragene Zweifel über die Gesetzmäßigkeit der aktuellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats dürften unter dem Aspekt der Vermeidung einer „Flucht aus der Mitbestimmung“ nicht durch Umwandlung in eine SE festgezurr werden.

Als Rechtsfolge sei die Beteiligungsvereinbarung betreffend der Regelung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat teilnichtig und die entstehende Regelungslücke insoweit durch eine gerichtlich zu bestimmende Regelung zu ersetzen, die sich nach der gesetzlichen Aufanglösung bestimme. Einer Neuverhandlung solle es nicht bedürfen. Die Rechtsbeschwerde zum BGH wurde aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zwar zugelassen, jedoch von keiner der Parteien eingelegt.

##### 3. Kritik

Die rechtliche Argumentation des OLG München ist im Hinblick auf die damit ausgelöste Rechtsunsicherheit in gleicher Weise zu kritisieren wie der damalige Beschluss des OLG Frankfurt a.M. vom 27.8.2018.<sup>22</sup> Indem in der Entscheidungsbegründung auf die Argumentation des BGH hinsichtlich des Einflusses eines eingeleiteten Statusverfahrens und die Vergleichbarkeit der Fälle verwiesen wird, wird die Argumentation des BGH regelrecht uferlos ausgedehnt. Die die Verbindlichkeit der praktizierten Mitbestimmungssituation nehmende Wirkung eines gerichtlichen Statusverfahrens kann jedoch gerade nicht mit dem Einfluss eines außergerichtlichen Statusverfahrens

18 OLG München, 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, 31 Wx 279/18, 31 Wx 280/18, BB 2020, 1792 m. BB-Komm. *Wendler/von Rimon*.

19 So auch *Habersack*, AG 2018, 823, 826.

20 RL 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 8.10.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 294, 22.

21 OLG München, 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, 31 Wx 279/18, 31 Wx 280/18, BB 2020, 1792 m. BB-Komm. *Wendler/von Rimon*.

22 Hierzu *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Mücll*, BB 2018, 2868, 2870; *Schaper*, EWIR 2018, 615, 616.

auf diese Verbindlichkeit gleichgesetzt werden. Durch das Abstellen auf den Soll-Zustand wird das Kontinuitätsprinzip des § 96 Abs. 4 AktG vollständig unterlaufen.<sup>23</sup> Gerade dieses Kontinuitätsprinzip verhindert aber, dass die Arbeit des Aufsichtsrats mit dem Zustand der Rechtsunsicherheit belastet ist und Streitigkeiten darüber entstehen, ob die von einem möglicherweise rechtswidrig zusammengesetzten Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse wirksam sind.<sup>24</sup> Gerade zu einem gegenteiligen Ergebnis führt aber der Argumentationsweg des OLG München. Der rechtssichere Weg wäre es, dass sich zunächst das tatsächlich praktizierte Mitbestimmungssystem durchsetzt und die rechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats auch im Nachhinein im Wege des Statusverfahrens an die vor der Umwandlung gesetzlich vorgesehene Zusammensetzung des Aufsichtsrats für die Zukunft angepasst wird. Durch diesen Weg entsteht auch keine die Flucht aus der Mitbestimmung ermöglichendes „Zementieren“ der bisher praktizierten Mitbestimmung durch die SE-Gründung. Die praktizierte und gesetzlich vorgesehene Zusammensetzung des Aufsichtsrats fallen lediglich auch in der SE weiterhin auseinander, bis es durch die Einleitung eines Statusverfahrens zu einer Korrektur für die Zukunft kommt. Nur so kann die Kontinuität der Aufsichtsratsarbeit gewährleistet werden, da die rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats bis zum Abschluss des Statusverfahrens fingiert wird und Aufsichtsratsbeschlüsse auch nach der Umwandlung nicht unwirksam sind, obwohl der Aufsichtsrat vor der Umwandlung rechtswidrig besetzt war. Dem Statusverfahren kommt auch im Rahmen der §§ 17 Abs. 4, 25 f. SEAG nur die Funktion zu, das aktuell praktizierte Mitbestimmungsstatut für die Zukunft an veränderte Umstände anzupassen. Es ist nicht dessen Regelungszweck, eine „historische“ Überprüfung des Mitbestimmungsstatuts der sich in eine SE umgewandelten AG vorzunehmen.<sup>25</sup>

Auch die vom OLG München gewählte Rechtsfolge des Rückgriffs auf die gesetzlichen Auffangregelungen ist unter dem Gesichtspunkt der Sperrwirkung dereteiligungsvereinbarung einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Ein Entfall dieser Sperrwirkung kommt nur in Betracht, soweit die Beteiligungvereinbarung einem wesentlichen formellen oder materiellen Mangel unterliegt.<sup>26</sup> Ob eine Fehlvorstellung der Beteiligten hinsichtlich des Mitbestimmungsstatus einen solchen wesentlichen materiellen Mangel begründet, bedarf es kritisch zu hinterfragen<sup>27</sup> und im Einzelfall zu prüfen. Der gesetzlichen Systematik entsprechen würde allenfalls die Rechtsfolge der Wiederaufnahme der Verhandlungen gemäß §§ 18 Abs. 3, 21 Abs. 4 SEBG, wobei auch hier das Vorliegen struktureller Änderungen als fragwürdig anzusehen ist.<sup>28</sup>

## V. Bewertung und Ausblick

Das in § 96 Abs. 4 SEBG verankerte Kontinuitätsprinzip stellt einen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine rechtssichere Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der SE dar und darf in der Entscheidung über die Frage des maßgeblichen Statuts nicht unberücksichtigt bleiben. Die ausufernde<sup>29</sup> Folgerechtsprechung des OLG München lässt eine enorme Unsicherheit in Bezug auf die Aufsichtsratsarbeit in der SE entstehen und unterläuft die Rechtssicherheit, die der BGH in seiner vorhergehenden Entscheidung zumindest zum Teil hergestellt hat. Jedenfalls ist allen Entscheidungen zu entnehmen, dass die Gerichte einer Flucht aus der Mitbestimmung durch eine SE-Gründung generell ablehnend entgegenstehen. Ein rechtssicheres „Zementieren“ des

geltenden Mitbestimmungsniveaus durch Umwandlung in eine SE kommt nur in Betracht, wenn der vorherige Zustand der unternehmerischen Mitbestimmung dem gesetzlichen Soll-Zustand entspricht. Unternehmen, deren Aufsichtsrat vor einer in Aussicht genommenen SE-Gründung rechtswidrig zusammengesetzt ist, können sich also nicht darauf verlassen, dass dieser rechtswidrige Zustand durch die Umwandlung in eine SE auf Dauer geheilt wird. Auch die nachträgliche Einleitung eines Statusverfahrens könnte diesen rechtswidrigen Zustand noch beseitigen und zu einer Anpassung der Aufsichtsratsbesetzung auch in der bereits gegründeten SE führen, obwohl diese gerade nicht den nationalen Mitbestimmungsgesetzen unterliegt.

Zur Entscheidung noch offen steht ein derzeit beim Kammergericht Berlin anhängiges Beschwerdeverfahren.<sup>30</sup> Das vorinstanzliche LG Berlin<sup>31</sup> entschied den Entscheidungen des BGH und des OLG München zeitlich vorgelagert für den Fall des Vorliegens einer Beteiligungsvereinbarung, dass der im Rahmen der SE-Gründung durch Umwandlung in der Gründungsgesellschaft bestehende Ist-Zustand für die Bestimmung der unternehmerischen Mitbestimmung in der SE maßgeblich sei.

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



**Victoria Caliebe** ist als Rechtsanwältin in der arbeitsrechtlichen Praxis bei Rödl & Partner in Nürnberg tätig. Sie berät mittelständische und große Unternehmen in allen individual- und kollektivrechtlichen Fragestellungen des nationalen Arbeitsrechts, insbesondere an der Schnittstelle zum Insolvenz- und Gesellschaftsrecht. Zu ihren Spezialgebieten gehört die arbeitsrechtliche Begleitung von Betriebsübergängen sowie die Beratung öffentlicher Arbeitgeber der Energiewirtschaft zum Tarifrecht. Einen weiteren Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bildet die Beratung zu allen Fragen des Arbeitsschutzes und des mobilen Arbeitens sowie zur unternehmerischen Mitbestimmung, insbesondere in Bezug auf die Societas Europaea (SE).



23 So auch *Wendler/von Rimon*, BB 2020, 1792.

24 *Kurzböck/Weinbeck*, BB 2019, 244, 246; *Habersack*, AG 2018, 823, 826.

25 *Habersack*, AG 2018, 823, 828.

26 *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 21 SEBG, Rn. 92 ff.

27 Ablehnend *Habersack*, AG 2018, 823, 825.

28 *Habersack*, AG 2018, 823, 825.

29 *Wendler/von Rimon*, BB 2020, 1792.

30 KG Berlin unter dem Az. 14 W 45/19 anh.

31 LG Berlin, 1.4.2019 – 102 O 120/17, juris.