

Max Kleissler

# Vereinbarte Mitbestimmung und Aktionärsbeteiligung in der SE



**Nomos**

Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht

Herausgegeben vom Institut für Unternehmensrecht  
der Universität Mannheim (IURUM)

Band 55

Max Kleissler

## Vereinbarte Mitbestimmung und Aktionärsbeteiligung in der SE



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6279-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-0388-8 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 als Dissertation an der juristischen Fakultät der Universität Mannheim angenommen und im Spätsommer 2019 abgeschlossen. Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Carsten Schäfer, der trotz der doch langen Entstehungsdauer nicht die Geduld verloren und gerade zum Ende hin mit seiner kritischen Begleitung, wertvollen Anregungen und sanftem Druck zum Gelingen und vor allem zum Abschluss der Arbeit ganz erheblich beigetragen hat. Ebenso gedankt sei Herrn Prof. Dr. Friedemann Kainer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner geliebten Frau Nadine, die mir in all der Zeit zur Seite stand und so oft den Rücken freigehalten hat. Ohne ihre Unterstützung wäre diese Arbeit unmöglich gewesen.



# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
1. Kapitel: Einleitung	29
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	29
A Hintergrund	29
B Zur Erforderlichkeit der Beteiligung der Aktionäre	32
C Grundlegende Strukturprobleme der Aktionärsbeteiligung	35
I. „Beteiligungsfeindlichkeit“ des Gründungsverfahrens	35
II. Anknüpfung der Beteiligung bei späteren Änderungen	37
§ 2 Gang und Umfang der Untersuchung	38
2. Kapitel: Die Beteiligung der Aktionäre de lege lata	40
§ 3 Zur Reichweite der Vereinbarungsautonomie	40
A Einleitung	40
B Der Meinungsstand in der Rechtswissenschaft	40
I. Zusammenfassung der herrschenden Lehre	40
II. Die Gegenauffassung	43
III. Neuerer Ansatz	45
C Stellungnahme zur Reichweite der Vereinbarungsautonomie	46
I. Einleitende Überlegungen	46
II. Mitbestimmungsrelevanz als Ausgangspunkt und immanente Grenze der Vereinbarungsautonomie	48
III. Satzungsautonomie und Satzungsstrenge als Voraussetzung und Schranke der Vereinbarungsautonomie	55
D Fazit	73
§ 4 Beteiligung der Aktionäre im Verhandlungsverfahren	75
A Einleitung	75
B Verfahrensstellung und aktive Einflussnahme der Aktionäre	76

I. Zuweisung des Verhandlungsmandats	76
II. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Verhandlungsmandats	77
III. Möglichkeiten zur unmittelbaren Beteiligung am Verhandlungsverfahren	79
C Passive Wahrung der Aktionärsinteressen	85
I. Leitungen als „Interessenvertreter“	86
II. Verhandlungsanspruch der Aktionäre	93
III. Gebundenes Verhandlungsmandat als passives Beteiligungsinstrument	99
D Fazit	105
§ 5 Die informatorische Beteiligung der Aktionäre	106
A Einleitung	106
B Informationsregime bei Verschmelzungs-, Holding- und Umwandlungsgründung	107
I. Rechtsquellen und Systematik	107
II. Informationsgewährung in der ersten Phase	108
III. Informationsgewährung in der zweiten Phase	128
C Informatorische Beteiligung bei Gründung einer Tochter-SE	142
I. Ausgangssituation	142
II. Versammlungsbezogene Informationen	145
III. Publizität der Eintragung	158
D Fazit	159
§ 6 Die Aktionärsbeteiligung im Rahmen der Gründung durch Letztentscheid	161
A Einleitung	161
B Zur Bedeutung von Art. 12 Abs. 4 Satz 1 SE-VO als Beteiligungsnorm	162
I. Das Recht auf Letztentscheid	162
II. Zulässigkeit einer Ermächtigung zur Satzungsanpassung	170
III. Folgen einer Anpassungsverweigerung	183
C Aktionärsbeteiligung mittels Vorbehalt und Bedingung	184
I. Entscheidungskompetenz und (ungeschriebenes) generelles Zustimmungserfordernis	185

II. Zur Anwendung des Genehmigungsvorbehalts	192
III. Beteiligung mittels anderer Formen bedingter Zustimmung	221
D Fazit	230
§ 7 Beteiligung der SE-Aktionäre bei Änderungen des Mitbestimmungsregimes	232
A Zur Ausgangslage	232
B Kompetenzgefüge und Rechtsstellung der Aktionäre	233
I. Grundlagen der Organisationsstruktur	233
II. Zulässigkeit ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen	236
C Auslöser und Folgen der Wiederaufnahme von Verhandlungen	239
I. Die Auslöser für Verhandlungen im Einzelnen	240
II. Kategorisierung der Auslöser	248
III. Folgen des Verhandlungsverfahrens	249
D Die mitbestimmungsbezogene Aktionärsbeteiligung bei strukturellen Änderungen	258
I. Beteiligung bei aktionärsbedingten strukturellen Änderungen	258
II. Beteiligung bei unternehmensbedingten strukturellen Änderungen	267
E Die Beteiligung in den sonstigen Fällen der Wiederaufnahme von Verhandlungen	285
I. Problemstellung	285
II. Aktionärsbeteiligung vs. Dynamik der Mitbestimmung	286
III. Zur Bedeutung von Art. 12 Abs. 4 Satz 2 SE-VO	291
IV. Unternehmensseitige Kündigung	296
F Beteiligung der SE-Aktionäre kraft Vereinbarung	297
I. Zustimmungserfordernisse kraft Vereinbarung	298
II. Vereinbarungsbasierte Beteiligung am Verhandlungsverfahren	304
G Fazit	307

*Inhaltsübersicht*

3. Kapitel: Vorschläge zur mitbestimmungsbezogenen Aktionärsbeteiligung de lege ferenda	310
§ 8 Stand der Rechtsentwicklung	310
§ 9 Einzelne Regelungsvorschläge	313
A Reichweite der Vereinbarungsautonomie und Geltungsvorrang	313
B Klarstellung der Vetomöglichkeit, des wechselseitigen Geltungsvorrangs und Entfallen des Koppelungsprinzips	314
C Änderungen und Ergänzungen der zustimmungsbasierten Aktionärsbeteiligung	316
D Die Beteiligung der Aktionäre am Verhandlungsverfahren	321
I. Konstituierung des UVG und Stellung der Aktionäre	321
II. Normative Umsetzung	326
4. Kapitel: Zusammenfassung	330
Literaturverzeichnis	337
Rechtsprechungsübersicht	361

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
1. Kapitel: Einleitung	29
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	29
A Hintergrund	29
B Zur Erforderlichkeit der Beteiligung der Aktionäre	32
C Grundlegende Strukturprobleme der Aktionärsbeteiligung	35
I. „Beteiligungsfeindlichkeit“ des Gründungsverfahrens	35
II. Anknüpfung der Beteiligung bei späteren Änderungen	37
§ 2 Gang und Umfang der Untersuchung	38
2. Kapitel: Die Beteiligung der Aktionäre de lege lata	40
§ 3 Zur Reichweite der Vereinbarungsautonomie	40
A Einleitung	40
B Der Meinungsstand in der Rechtswissenschaft	40
I. Zusammenfassung der herrschenden Lehre	40
II. Die Gegenauffassung	43
III. Neuerer Ansatz	45
C Stellungnahme zur Reichweite der Vereinbarungsautonomie	46
I. Einleitende Überlegungen	46
II. Mitbestimmungsrelevanz als Ausgangspunkt und immanente Grenze der Vereinbarungsautonomie	48
1. Funktionsbezogenes Autonomieverständnis	48
2. Zum Verständnis der sog. Mitbestimmungsrelevanz	50
III. Satzungsautonomie und Satzungsstrenge als Voraussetzung und Schranke der Vereinbarungsautonomie	55
1. Zum Erfordernis des satzungsmäßigen Nachvollzugs	55
a) Satzungsinkorporation als Bedingung normativer Wirkung	55
b) Zum vermeintlichen Umkehrschluss aus Art. 12 Abs. 4 Satz 2 SE-VO	58
2. Ausstrahlungswirkung der Normhierarchie	59

3. Gesellschaftsrecht als (allgemeine) Inhaltsschranke	61
a) Satzungsautonomie und Verbandssouveränität	61
b) Entscheidungshoheit als Funktionsbedingung und Schranke	65
c) Organisationsautonomie als Funktionsbedingung und Schranke	68
D Fazit	73
§ 4 Beteiligung der Aktionäre im Verhandlungsverfahren	75
A Einleitung	75
B Verfahrensstellung und aktive Einflussnahme der Aktionäre	76
I. Zuweisung des Verhandlungsmandats	76
II. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Verhandlungsmandats	77
III. Möglichkeiten zur unmittelbaren Beteiligung am Verhandlungsverfahren	79
1. Gewillkürte Partei- oder Beobachterstellung	79
a) Aktionäre als ad hoc-Partei	79
b) Aktionäre als ad hoc-Beobachter	81
2. Einbeziehung der Aktionäre in das Leitungsgremiums	83
C Passive Wahrung der Aktionärsinteressen	85
I. Leitungen als „Interessenvertreter“	86
1. Unternehmensinteresse als grundsätzlicher Handlungsmaßstab	86
2. Zum Verständnis des Unternehmensinteresses im nationalen Recht	86
3. Reduktion des Unternehmensinteresses im Rahmen des Verhandlungsmandats	88
a) Involvierte Interessen in Bezug auf die vereinbarte Mitbestimmung	88
b) Aktionärsinteresse als alleiniger Handlungsmaßstab	91
II. Verhandlungsanspruch der Aktionäre	93
1. Verhandlungspflichten der Parteien	93
2. Verhandlungsanspruch der Aktionäre	97
III. Gebundenes Verhandlungsmandat als passives Beteiligungsinstrument	99
1. Zur Idee eines gebundenen Verhandlungsmandats	99
2. Rechtsgrundlage(n) und Umfang einer möglichen Bindungswirkung	100

3. Bindungswirkung und Verhandlungsmodell	104
D Fazit	105
§ 5 Die informatorische Beteiligung der Aktionäre	106
A Einleitung	106
B Informationsregime bei Verschmelzungs-, Holding- und Umwandlungsgründung	107
I. Rechtsquellen und Systematik	107
II. Informationsgewährung in der ersten Phase	108
1. Vorabinformationen	108
a) Informationszugang durch Bekanntmachung und Offenlegung	109
aa) Allgemeines	109
bb) Bekanntmachung des Berichts	110
b) Mitbestimmungsrelevanter Inhalt von Plan und Bericht bei Verschmelzungs- und Holdinggründung	113
aa) Informationsgehalt des Plans	113
bb) Informationsgehalt des Berichts	115
c) Mitbestimmungsrelevanter Inhalt von Plan und Bericht bei Umwandlungsgründungen	118
aa) Zum Mindestinhalt des Umwandlungsplans	118
bb) Mitbestimmungsrelevante Angaben	120
2. Informatorische Beteiligung durch Prüfung	121
a) Gegenstand und Umfang der Prüfung bei Verschmelzungs- und Holdinggründung	122
b) Gegenstand und Umfang der Prüfung bei der Umwandlungsgründung	124
3. Informationsgewährung im Rahmen der Hauptversammlung	126
a) Verschmelzungs- und Holdinggründung	126
b) Umwandlungsgründung	128
III. Informationsgewährung in der zweiten Phase	128
1. Informationsgewährung in der Zeit bis zur Eintragung	129
a) Bei erklärtem Genehmigungsvorbehalt	129
b) Bei erklärtem Verzicht auf den Genehmigungsvorbehalt	131
aa) Informations- und Publizitätspflichten	132
bb) Keine ungeschriebenen Informationsrechte	133

2. Publizität im Rahmen der Eintragung und Entstehung der SE	135
a) Informationsbedürfnis	135
b) Informationsgewährung	136
aa) Bekanntmachung und Veröffentlichung	137
bb) Inhalt der Offenlegungspflicht	138
C Informatorische Beteiligung bei Gründung einer Tochter-SE	142
I. Ausgangssituation	142
1. Zur Beteiligung der Aktionäre bei Tochtergründungen im Allgemeinen	142
2. Anknüpfungspunkt und Informationsbedürfnis	144
II. Versamlungsbezogene Informationen	145
1. Informationsgehalt der Gründungsdokumentation	145
2. Information durch Berichterstattung (erweiterte Gründungsdokumentation)	147
a) (Generelle) Berichtspflicht	147
aa) Allgemeines Berichtsmodell der Strukturmaßnahmen	147
bb) Berichterstattung bei nicht kodifizierten Strukturmaßnahmen	149
b) (Zwingender) Berichtsinhalt	152
3. Informationsgewährung durch Prüfung	154
4. Informationszugang	155
III. Publizität der Eintragung	158
D Fazit	159
§ 6 Die Aktionärsbeteiligung im Rahmen der Gründung durch Letztentscheid	161
A Einleitung	161
B Zur Bedeutung von Art. 12 Abs. 4 Satz 1 SE-VO als Beteiligungsnorm	162
I. Das Recht auf Letztentscheid	162
1. Anwendungsbereich(e) von Art. 12 Abs. 4 SE-VO	162
2. Normzweck	163
3. Gegenstand der Entscheidung	164
4. Letztentscheid als Zufallsprodukt	166
II. Zulässigkeit einer Ermächtigung zur Satzungsanpassung	170
1. Interessenlage	170
2. Normative Vorgaben auf Verordnungsebene	170

3. Zulässigkeit sog. Ermächtigungs- bzw. Konzeptbeschlüsse	172
4. Ermächtigung als Delegation einer Entscheidung	174
5. Zulässigkeit der Delegation bei Verschmelzungs-, Holding- und Umwandlungsgründung	175
6. Zulässigkeit der Delegation bei der Tochter-Gründung	177
a) Entscheidungsgegenstand	177
b) Zulässigkeit von Ermächtigungsbeschlüssen und Delegation der Satzungsanpassung	178
III. Folgen einer Anpassungsverweigerung	183
C Aktionärsbeteiligung mittels Vorbehalt und Bedingung	184
I. Entscheidungskompetenz und (ungeschriebenes) generelles Zustimmungserfordernis	185
1. Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft	185
2. Entscheidungskompetenz und Zustimmungserfordernis	186
3. Kein Erfordernis eines generellen Letztentscheids	187
a) Schutz der Kompetenzordnung	187
b) Corporate Governance und Funktionsfähigkeit der SE	188
II. Zur Anwendung des Genehmigungsvorbehalts	192
1. Modalitäten der Ausübung des Genehmigungsvorbehalts	192
a) Mehrheitserfordernis	192
aa) Teilbarkeit der Entscheidung(en)	193
bb) Erfordernis der einfachen Mehrheit	196
cc) Zulässigkeit der Beschlusskonzentration	197
b) Wirkung des Genehmigungsvorbehalts	198
2. Modalitäten der Genehmigungsentscheidung	200
a) Mehrheitserfordernis	200
aa) Ansatzpunkte in der SE-VO	200
bb) Vorgaben des nationalen Rechts	201
cc) Zulässigkeit der Herabsetzung des Mehrheitserfordernisses	204
b) Zulässigkeit der Delegation der Genehmigungsentscheidung	206
aa) Erfordernis einer unmittelbaren Befassung der Hauptversammlung	206
bb) Delegation und Corporate Governance	209
cc) Delegation mit eingeschränkter Entscheidungsbefugnis	212

c) Wirkung der Genehmigungsverweigerung	213
3. Zur analogen Anwendung des Genehmigungsvorbehalts bei Umwandlungs- und Tochtergründungen	214
a) Umwandlungsgründung	214
aa) Vergleichbare Interessenlage	214
bb) Bestehen einer (planwidrigen) Regelungslücke	216
cc) Analogieschluss auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene	217
b) Primärgründung einer Tochter-SE	219
aa) Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage	219
bb) Zulässigkeit des Analogieschlusses	220
III. Beteiligung mittels anderer Formen bedingter Zustimmung	221
1. Das Konzept der Einwilligung	221
a) Grundidee	221
b) Zur Zulässigkeit einer bedingten Gründungszustimmung	222
aa) Unechte und echte Bedingungen	222
bb) Bedingbarkeit des Zustimmungsbeschlusses	223
c) Ausschluss einer unzulässigen Kompetenzverlagerung	224
d) Ausführungs- bzw. Anmeldepflicht bei Bedingenseintritt	226
e) Folgen bei Ausbleiben des Bedingenseintritts	226
2. Alternative: auflösend bedingter Genehmigungsvorbehalt	229
D Fazit	230
§ 7 Beteiligung der SE-Aktionäre bei Änderungen des Mitbestimmungsregimes	232
A Zur Ausgangslage	232
B Kompetenzgefüge und Rechtsstellung der Aktionäre	233
I. Grundlagen der Organisationsstruktur	233
II. Zulässigkeit ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen	236
C Auslöser und Folgen der Wiederaufnahme von Verhandlungen	239
I. Die Auslöser für Verhandlungen im Einzelnen	240
1. Strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG	240
2. Sonstige Fälle für die Wiederaufnahme von Verhandlungen	244

3. Sonderfall: Vorrats-SE	245
II. Kategorisierung der Auslöser	248
III. Folgen des Verhandlungsverfahrens	249
1. Auslöser als Bedingung des Inkrafttretens	249
2. Scheitern der Verhandlungen	253
a) Zulässigkeit der vereinbarten Fortgeltung des bisherigen Mitbestimmungsregimes	253
b) Eingreifen der „gesetzlichen Auffangregelung“	256
D Die mitbestimmungsbezogene Aktionärsbeteiligung bei strukturellen Änderungen	258
I. Beteiligung bei aktionärsbedingten strukturellen Änderungen	258
1. Analoge Anwendung des Genehmigungsvorbehalts	259
2. Verfahrensrechtliche Aspekte des Genehmigungsvorbehalts	261
a) Beschlussvorbereitung und Dokumentation	261
b) Registerprüfung bei eintragungspflichtigen Maßnahmen	262
c) Wirkung des Genehmigungsvorbehalts bei nicht eintragungsbedürftigen Maßnahmen	266
II. Beteiligung bei unternehmensbedingten strukturellen Änderungen	267
1. Zur Problematik des Fehlens eines verfahrenstechnischen Anknüpfungspunktes	267
2. Zur Begründung ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen	269
a) Mediatisierung als Begründungsansatz	269
b) Beeinträchtigung von Vermögensinteressen als eigenständige Voraussetzung	272
aa) Mitgliedschaftliche Vermögensinteressen	273
bb) Anteils- bzw. Verkehrswert	274
c) Grundvoraussetzung(en) ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen	277
3. Strukturelle Änderungen ein Fall von „Holzmüller 4.0“?	282
4. Sonderfall: Aktivierung einer Vorrats-SE	284
E Die Beteiligung in den sonstigen Fällen der Wiederaufnahme von Verhandlungen	285
I. Problemstellung	285
II. Aktionärsbeteiligung vs. Dynamik der Mitbestimmung	286

III. Zur Bedeutung von Art. 12 Abs. 4 Satz 2 SE-VO	291
1. Vetorecht der Aktionäre	291
2. Folgen eines Regelungswiderspruchs	295
IV. Unternehmensseitige Kündigung	296
F Beteiligung der SE-Aktionäre kraft Vereinbarung	297
I. Zustimmungserfordernisse kraft Vereinbarung	298
1. Zulässigkeit einer satzungsbasierten Aktionärsbeteiligung	298
a) Zustimmungsvorbehalt für die Hauptversammlung	298
b) Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates	299
2. Zulässigkeit einer vereinbarungsbasierten Aktionärsbeteiligung	300
a) Zustimmungsvorbehalt und Vereinbarungsautonomie	301
b) Disponibilität der Mitbestimmungsdynamik	303
II. Vereinbarungsbasierte Beteiligung am Verhandlungsverfahren	304
1. Regelungsbefugnis der Parteien	305
2. Ausprägung und Grenzen der Verfahrensbeteiligung	305
G Fazit	307
3. Kapitel: Vorschläge zur mitbestimmungsbezogenen Aktionärsbeteiligung de lege ferenda	310
§ 8 Stand der Rechtsentwicklung	310
§ 9 Einzelne Regelungsvorschläge	313
A Reichweite der Vereinbarungsausonomie und Geltungsvorrang	313
B Klarstellung der Vetomöglichkeit, des wechselseitigen Geltungsvorrangs und Entfallen des Koppelungsprinzips	314
C Änderungen und Ergänzungen der zustimmungsbasierten Aktionärsbeteiligung	316
D Die Beteiligung der Aktionäre am Verhandlungsverfahren	321
I. Konstituierung des UVG und Stellung der Aktionäre	321
1. Auswahl der Aktionärsvertreter	321
2. Zusammensetzung des UVG	324
3. (Rechts-) Stellung der Aktionärsvertreter innerhalb des UVG	325

II. Normative Umsetzung	326
4. Kapitel: Zusammenfassung	330
Literaturverzeichnis	337
Rechtsprechungsübersicht	361



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AAK	Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften oder – betreffend Veröffentlichungen seit 2/2003 – Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Verlag Mohr Siebeck)
AEUV	Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1. Juli 2013
AG	Die Aktiengesellschaft oder Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089)
Alt.	Alternative oder alternativ
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbVG	Österreichisches Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
Aufl.	Auflage
AWD	heute RIW
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BASF	BASF SE, Ludwigshafen am Rhein
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayOLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen

## Abkürzungsverzeichnis

BB	Betriebs-Berater (R&W Verlag)
BCA	<i>Business combination agreement</i>
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2509) geändert
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (NWB Verlag)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bVG	Besonderes Verhandlungsgremium
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	<i>circa</i>
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Verlag Handelsblatt Fachmedien)
DCKG	Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 7. Februar 2017
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert
DStR	Deutsches Steuerrecht (Verlag C.H. Beck)
e.V.	eingetragener Verein
EBRG	Europäische Betriebsräte-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2650), zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2509) geändert
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
etc.	<i>et cetera</i>
EU	Europäische Union

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Europ. GesR	Europäisches Gesellschaftsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Verlag C.H. Beck)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EY	Ernst & Young
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert
ggf.	gegebenenfalls
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477), in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446) geändert
GmbHR	GmbH Rundschau (Verlag Dr. Otto Schmidt)
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (Verlag Dr. Otto Schmidt)
GroßKomm	Großkommentar
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HFA	Hauptfachausschuss des IDW
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1102) geändert
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F	in der Fassung
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

## Abkürzungsverzeichnis

IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. mit Sitz in Düsseldorf
JBjZ	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JuS	Juristische Schulung (Verlag C.H. Beck)
JW	Juristische Wochenschrift
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft oder Kammergericht
KöKo AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Carl Heymanns Verlag)
KöKo UmwG	Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz (Carl Heymanns Verlag)
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LHT	SE-Kommentar,  Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Verlag Dr. Otto Schmidt)
lit.	<i>littera</i>
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MEP	Mitglied des Europäischen Parlaments
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3332), zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479) geändert
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MMS	Europäische Aktiengesellschaft SE, Manz/Mayer/Schröder (Nomos Verlag)
MüKo AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Verlag C.H. Beck)
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Verlag C.H. Beck)
MüKo GmbHG	Münchener Kommentar zum GmbHG (Verlag C.H. Beck)
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Verlag C.H. Beck)
MüKo ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Verlag C.H. Beck)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Verlag C.H. Beck)
NJW-RR	Rechtsprechungsreport der Neuen Juristischen Wochenschrift (Verlag C.H. Beck)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Verlag C.H. Beck)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Verlag C.H. Beck)
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Verlag C.H. Beck)
RegBegr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf

RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (R&W Verlag)
RL	Richtlinie
RL 2005/56/EG	Richtlinie RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten
RL 2007/36/EG	Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären börsennotierter Gesellschaften
RL 2011/35/EU	Richtlinie 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften
RL 68/151/EWG	Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1986 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (68/151/EWG)
RL 77/91/EWG	Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (77/91/EWG)
RL 78/855/EWG	Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG)
RL 82/891/EWG	Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 2 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SE	<i>Societas Europaea</i> oder Europäische Gesellschaft
SEAG	SE-Ausführungsgesetz vom 22. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3675), zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142) geändert

## Abkürzungsverzeichnis

SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) vom 22.12.2004 (BGBl. I 3675)
SEC	<i>United States Securities and Exchange Commission</i>
SE-RL	Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SE-VOV	SE Verordnungsvorschlag
SHS	Kommentar zum Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Schmitt/Hörtnagel/Stratz (Verlag C.H. Beck)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannt -e/-er/-es
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UHH	Mitbestimmungsrecht, Ulmer/Habersack/Henssler (Verlag C.H. Beck)
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2434) geändert
Urt. v.	Urteil vom
UVG	Unternehmensverhandlungsgremium
v.	vom oder <i>versus</i>
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vgl.	Vergleiche
vHMD	Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE) (Hrsg. Van Hulle/Maul/Drinhausen)
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (RWS Verlag)
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ESV Verlagsführung GmbH)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Verlag Walter de Gruyter)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (R&W Verlag)
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (RWS Verlag)
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis (Verlag Wolters Kluwer)

ZPO Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom  
5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I  
S. 1781), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. Juli 2018  
(BGBl. I S. 1151) geändert  
zw. zwischen



# 1. Kapitel: Einleitung

## § 1 Gegenstand der Untersuchung

### A Hintergrund

Die Entstehung der europäischen Aktiengesellschaft, *Societas Europaea* (SE), ist vielfach nachgezeichnet worden<sup>1</sup>. Es ist die Geschichte eines wahren europäischen Marathons, welcher im Wesentlichen mit einer programmatischen Idee<sup>2</sup> begann und nach einer Vielzahl von Verordnungsvorschlägen und über vierzig Jahren mit einer überraschenden Einigung auf dem Gipfel der Staats- und Regierungschefs der EU im Dezember 2000 in Nizza sein (vorläufiges) Ende fand. Mit Wirkung zum 8. Oktober 2004 traten dann die SE-VO<sup>3</sup> und die SE-RL<sup>4</sup> sowie am 29. Dezember 2004 das SE-AG<sup>5</sup> und das SEBG<sup>6</sup> in Kraft.

Die Dauer des Entstehungsprozesses ist vor dem Hintergrund der teils sehr unterschiedlichen Gesellschaftsrechtssysteme und Rechtstraditionen sowie maßgeblich der unterschiedlichen bzw. nicht existenten gesetzlichen Regelungen zur betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung in

- 
- 1 Dargestellt bspw. bei *Ziems*, KöKo AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1–49; *Lutter*, BB 2002, 1ff.; *Taschner/Bodenschatz*, Jannott/Frodermann, Kap. 1; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, S. 1457ff. m.w.N.; zur historischen Entwicklung der Mitbestimmung speziell *Mävers*, Mitbestimmung SE.
  - 2 *Thibièrge*, Le statut des sociétés étrangères, 57ème Congrès des notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959, S. 270 (352, 360ff.); ferner *Sanders*, AWD (RIW) 1960, 1ff.
  - 3 Verordnung 2157/2001/EG v. 8.10.2001, ABl. Nr. L 294/1, zuletzt geändert durch Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c) Änderungsverordnung (EU) 517/2013 vom 13. 5. 2013 (ABl. Nr. L 158 S. 1).
  - 4 Richtlinie 2001/86/EG v. 8.10.2001, ABl. Nr. L 284/22.
  - 5 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 22.12.2004 (BGBl. I S. 3675), zuletzt geändert durch Art. 7 Abschlussprüfungsreformgesetz vom 10. 5. 2016 (BGBl. I S. 1142).
  - 6 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft v. 22.12.2004 zur Durchführung der Richtlinie 2001/86/EG v. 8.10.2001 (BGBl. I S. 3675).

den einzelnen Mitgliedsstaaten<sup>7</sup> zu sehen. So ist die SE – wenig verwunderlich – ein Kompromiss, der sich vor allem an zwei Besonderheiten zeigt: dem „*Regelungstorso*“<sup>8</sup> der SE-VO und dem Mitbestimmungsmodell. Angesichts der erwähnten Unterschiede in den Mitgliedsstaaten war es nicht möglich, ein in sich (weitgehend) geschlossenes Regelungssystem, d.h. ein Vollstatut der SE<sup>9</sup> auf den Weg zu bringen. Übrig geblieben ist ein Grundgerüst, welches, um überhaupt lebensfähig zu sein, auf eine enge Verzahnung mit dem jeweiligen nationalen Recht durch eine umfangreiche Verweisungstechnik angewiesen ist<sup>10</sup>.

Aus deutscher Sicht vor allem interessant ist das Mitbestimmungsmodell der SE. Anders als das starre, gesetzlich zwingend vorgegebene Mitbestimmungsrecht nationaler Prägung setzt das Mitbestimmungsmodell der SE auf eine Verhandlungslösung, wonach sowohl die betriebliche als auch die unternehmerische Mitbestimmung in der SE primär auf der Grundlage von Verhandlungen zwischen der Unternehmensleitung auf der einen und den Arbeitnehmervertretern bzw. dem sog. besonderen Verhandlungsgremium (bVG) auf der anderen Seite vereinbart werden. Nur wenn diese Verhandlungen scheitern, greift die sog. Auffangregelung, wodurch das strengste der in den jeweiligen Gründungsgesellschaften geltende Mitbestimmungsregime für die SE künftig zur Anwendung gelangt<sup>11</sup>. Sieht man vom Ziel der Herstellung politischer Konsensfähigkeit einmal ab, so ist die hinter dem Verhandlungsmodell stehende (rechtsökonomische) Idee, dass eine passgenaue Mitbestimmung und ein möglichst weitgehender Ausgleich der bestehenden Interessengegensätze zwischen der Unternehmensseite und der Arbeitnehmerschaft besser durch – möglichst freie – Verhandlungen als durch starre gesetzliche Vorgaben erreicht werden kann<sup>12</sup>. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollen so „*praxisnahe*

---

7 Nachweise über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den verschiedenen Mitgliedsstaaten im Abschlussbericht der Sachverständigengruppe *European Systems of Workers Involvement (Davignon-Bericht)*, abgedruckt in BR-Drucks. 572/97 v. 6.8.1997 Anhang III; ferner *Mävers*, Mitbestimmung SE, S. 76ff.; *E. Schmid*, Mitbestimmung SE, S. 28ff.; *Steinberg*, Mitbestimmung SE, S. 46ff.

8 Vgl. *Casper*, FS Ulmer, S. 51; *Fleischer*, AcP 204 (2004), S. 502 (505ff.).

9 Anders noch der Kommissionsentwurf v. 30.4.1975 KOM(75) 150, siehe BT-Drucks. 7/3713 v. 02.06.75, der über 400 Artikel einschließlich Anhänge enthielt.

10 *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, zählen insgesamt 84 Verweisungsvorschriften; zur Kritik an diesem Konzept bspw. *Oechsler*, MüKo AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 11 m.w.N.

11 *Feuerborn*, KöKo AktG, § 1 SEBG Rn. 13.

12 *Davignon-Bericht*, BR-Drucks. 572/97, S. 10; in diese Sinne auch *Heinze/Seifert/Teichmann*, BB 2005, 2524 (2525), die davon sprechen: „Den Kuchen größer ma-

Verhandlungslösungen“ und „maßgeschneiderte Arbeitnehmervertretungsstrukturen“ geschaffen werden<sup>13</sup>. Man hat also ein wenig aus der Not eine Tugend gemacht.

Dieses Novum hat der SE nicht nur in der Rechtswissenschaft<sup>14</sup> große Aufmerksamkeit beschert, sondern dürfte zumindest aus deutscher Sicht einer der Hauptgründe dafür sein, dass sich die SE auch in der – zumindest nationalen – Praxis einer beachtlichen Beliebtheit erfreut<sup>15</sup>. Die große Zahl der Unternehmen, die den Weg in die SE wählen, tun dies neben dem positiven Image vor allem um das starre, gesetzlich vorgegebene Mitbestimmungskorsett abzustreifen und stattdessen ein möglichst auf das jeweilige Unternehmen zugeschnittenes Mitbestimmungsregime zu vereinbaren<sup>16</sup>. Mit Einführung der gesetzlichen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten im Jahr 2007<sup>17</sup> hat das europäische Mitbestimmungsmodell weiter an Bedeutung gewonnen, da nun auch nationale Gesellschaften, die sich als aufnehmender Rechtsträger an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligen, von diesen flexibleren Mitbestimmungsregeln profitieren können. Für das Verfahren der grenzüberschreitenden Verschmelzung und insbesondere die Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung<sup>18</sup> hat der (europäische) Gesetzgeber konzeptionell und strukturell auf die SE-VO und die SE-RL zurückgegriffen<sup>19</sup>.

---

chen“; ferner *Riesenhuber*, FS v. Brüneck, S. 332 (334ff.); *Ortolf*, Monistische SE-Konzerngesellschaft, S. 251.

13 BR-Drucks. 438/04, S. 107; bereits *Davignon-Bericht*, BR-Drucks. 572/97, S. 10 Rz. 41, 43.

14 Vgl. nur *Teichmann*, „Zum Geburtstag viel Buch: Eine Literaturlauslese zum fünften Jahrestag der Societas Europaea (SE)“, GPR 2010, 85ff.

15 Siehe dazu auch die Nachweise auf S. 310.

16 Vgl. *Seibt*, WHSS, F. Rn. 175; *Drinhausen*, Habersack/Drinhausen, Einl. SE-VO Rn. 31; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, Habersack/Drinhausen, Vor §§ 1–3 SEBG, Rn. 87ff.

17 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.04.2007 (BGBl. I S. 542); Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) v. 21.12.2006 (BGBl. I S. 3332) basierend auf der RL 2005/56/EG.

18 Im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist nur die unternehmerische Mitbestimmung als Regelungsgegenstand einer Mitbestimmungsvereinbarung zugänglich, während sich die betriebliche Mitbestimmung allein nach dem EBRG richtet.

19 Siehe auch *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 (615).

B Zur Erforderlichkeit der Beteiligung der Aktionäre

Der mit der Verhandlungslösung einhergehende Gewinn an mitbestimmungsrechtlicher Flexibilität ist auch aus Sicht der Aktionäre im Ansatz zu begrüßen. Gleichwohl drängt sich für diese die Frage auf, wie sie in diesen Prozess eingebunden sind und insbesondere, ob ihnen das Recht zusteht, über das ausgehandelte Mitbestimmungsregime letztlich mitzuentcheiden, d.h. dieses auch verhindern zu können, wenn es ihren Interessen zuwiderläuft. Für die Aktionäre ist dies deshalb bedeutsam, da sich die Unternehmensmitbestimmung zumindest teilweise auf die Organisationsverfassung „ihrer“ (künftigen) SE unmittelbar gestaltend auswirkt und zudem in die Satzungsautonomie und damit zwangsläufig in ihren angestammten Kompetenzbereich übergreift<sup>20</sup>. Man könnte insofern auch von einer Überformung der gesellschaftsrechtlichen Verfassung sprechen<sup>21</sup>. Es besteht mithin ein unabweisbares Schutzbedürfnis der Aktionäre, dem im Ergebnis mittels Beteiligung angemessenen Rechnung zu tragen ist.

Die vorgenannten gesetzlichen Regelungsstatute und das europäische Mitbestimmungsmodell befassen sich indes mit der Beteiligung der Aktionäre nur äußerst rudimentär<sup>22</sup>. Als eigenständige Beteiligungsnorm wurde einzig der noch näher zu betrachtende Genehmigungsvorbehalt gemäß Art. 23 Abs. 2 Satz 2 bzw. Art. 32 Abs. 6 Satz 2 SE-VO<sup>23</sup> geschaffen. Davon abgesehen ist an vielen Stellen völlig unklar, ob und ggf. wie die Aktionäre in den Verhandlungsprozess und die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden. Dabei betrifft diese unklare Rechtslage nicht allein das Grün-

---

20 Zu diesem grundlegenden Kompetenzkonflikt des europäischen Mitbestimmungsmodells siehe u.a. *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 (629ff.); *Kiem*, KöKo AktG, Art. 12 Rn. 61f.; *Casper*, Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. (2010), Art. 12 SE-VO Rn. 15f.; *AAK*, ZIP 2011, 1841 (1843); *C. Schäfer*, Vereinbarte Mitbestimmung (ZAAR), S. 13 (27ff.); *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89 (95); *ders.* AG 2008, 797 (799, 801); früher schon *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 118 (144); *Ibrig/Schlitt*, NZG 1999, 333 (335).

21 Vgl. *Teichmann*, AG 2008, 797 (799); *Wiedemann*, GesR I S. 610 der in diesem Zusammenhang von „überstülpen“ spricht; für eine strukturändernde Wirkung freiwilliger und mitbestimmungserweiternder Vereinbarungen *Hanau*, ZGR 2001, 75 (84f., 87ff.); *Ibrig/Schlitt*, NZG 1999, 333 (335); *Schöpf*, Gewillkürte Mitbestimmung, S. 228, *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 118 (144); *Beuthien*, ZHR 148 (1984), 95 (96).

22 Der *AAK*, ZIP 2010, 2221 äußert, dass die Beteiligung der Anteilseigner „fast völlig vernachlässigt“ wurde.

23 Im Folgenden wird – *pars pro toto* – in aller Regel nur noch Art. 23 Abs. 2 Satz 2 SE-VO zitiert.

dungsverfahren, sondern vor allem auch den gesamten sich anschließenden „Lebenszeitraum der SE“, wenn es zu Veränderungen des ehemals (vereinbarten) Mitbestimmungsregimes kommt. Somit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die offenkundig erforderliche Beteiligung der Aktionäre mit dem bestehenden Normbestand überhaupt hinreichend gewährleistet werden kann. Dass hieran Zweifel bestehen, zeigen Stimmen aus der Rechtswissenschaft, die in diesem Zusammenhang von einem „*fundamentalen Geburtsfehler der SE*“ und einem „*Legitimationsdefizit*“ sprechen<sup>24</sup> oder die gegenwärtige Beteiligungssituation als „*dringend überarbeitungsbedürftig*“<sup>25</sup> bezeichnen.

Die Erforderlichkeit einer (weitergehenden) Einbindung der Aktionäre könnte man indes in Frage stellen, wenn man sich das starre nationale Mitbestimmungsmodell in Erinnerung ruft, bei welchem die Aktionäre überhaupt nicht beteiligt werden. Vielmehr wird bei Erreichen der bekannten Schwellenwerte<sup>26</sup> ungefragt ein ebenfalls in die Organisationsverfassung und die Mitgliedschaft eingreifendes Mitbestimmungsregime oktroyiert<sup>27</sup>. Betrachtet man Aktionäre zudem aus einem primär anlegerbezogenen Blickwinkel, und angesichts notorisch geringer Hauptversammlungspräsenzen, könnte man – jedenfalls bei Publikumsgesellschaften – ebenfalls geneigt sein, eine Beteiligung als weitgehend überflüssig zu erachten. Diese sog. *rational apathy*, d.h. eine im Grunde vernunftgeleitete Beteiligungsträgheit, lässt den wirtschaftlich denkenden Anlegeraktionär seine Aktien regelmäßig eher veräußern, wenn ihm das Mitbestimmungsregime nicht passt, als dass dieser den Aufwand der eigenen Entscheidungsteilhabe auf der Grundlage einer hinreichenden Informationsbasis zu tragen bereit ist<sup>28</sup>. Dazu scheint die Äußerung von *Mertens* zu passen, wonach die „... *Hauptversammlung bei Großunternehmen ein ganz irreführender Begriff für eine Theaterveranstaltung ganz eigener Art ist, deren Funktion auf dem Gebiet*

---

24 AAK, ZIP 2011, 1841 (1843); ebenso *Rieble*, Vereinbarte Mitbestimmung (ZAAR), S. 75 (83); anders offensichtlich die Einschätzung des *Davignon-Berichts*, wonach eine Einbindung der Hauptversammlung wohl nicht in jedem Fall als zwingend erforderlich angesehen wird – siehe BR-Drucks. 572/92, S. 12 Rz. 54c).

25 *Casper*, Spindler/Stilz, Art. 12 SE-VO Rn. 15.

26 500 Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelG bzw. 2000 Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

27 Zur Verfassungsmäßigkeit der unternehmerischen Mitbestimmung nach dem MitbestG, grundlegend BVerfG, NJW 1979, 699 (*Mitbestimmung*).

28 Hierzu auch *Mertens*, AG 1990, 49 (52); *Spindler*, MüKo AktG, Bd. 2 Vorbem. Rn. 3 m.w.N.; *Hopt*, ZGR 2013, 165 (209); *Klöhn/Schwarz*, ZIP 2012, 149 (151); *Assmann*, AG 2015, 597ff.

der Publizität, der Konsolidierung des Bankeneinflusses und der Herstellung von Anfechtungsmöglichkeiten, aber nicht der Entscheidung liegt“<sup>29</sup>. Und nicht zuletzt scheint es, als ob der Genehmigungsvorbehalt bei den bisher umgesetzten Gründungsvorhaben offensichtlich keine größere Rolle gespielt hat, auch wenn dies bloß eine Vermutung ist, da hierzu keine spezifischen Erhebungen vorliegen.

Diese Überlegungen vermögen jedoch allesamt die Erforderlichkeit der Beteiligung der Aktionäre nicht in Frage zu stellen. Abgesehen davon, dass nicht ausnahmslos Publikumsgesellschaften und deren Aktionäre betroffen sind, würde übersehen, dass auch deren Aktionäre vom Gesetz trotz verschiedener, zu einer mehr kapitalmarktrechtlichen Sichtweise tendierender Gesetzesvorhaben weiterhin primär als Verbandsmitglieder zu betrachten sind<sup>30</sup>. Daher verlangt die mitgliedschaftliche Rechtsstellung der Aktionäre nach einem angemessenen Schutz<sup>31</sup>. Auch das Argument, das nationale Mitbestimmungsrecht verursache einen vergleichbaren Eingriff ohne die Aktionäre zu beteiligen, schlägt nicht durch. Denn bei der vereinbarten Mitbestimmung wird das Mitbestimmungsregime eben nicht abstrakt-generell vom „neutralen“ Gesetzgeber, sondern von der Unternehmensleitung und den Arbeitnehmern und damit von einzelnen *stakeholder* der betreffenden Gesellschaften konkret-individuell festgesetzt. Es findet also eine von individuellen Interessen geleitete Festsetzung des künftigen Mitbestimmungsregimes statt, so dass der Vergleich mit den fehlenden Beteiligungsmöglichkeiten im Recht der nationalen Mitbestimmung schon deshalb nicht überzeugt. Geht man zudem im Sinne der *principal agent*-Theorie von der Prämisse der grundsätzlich bestehenden Gefahr eines eigennütigen bzw. opportunistischen Verhaltens der handelnden Individuen aus (sog. *moral hazard*)<sup>32</sup>, erscheint nicht nur die Wahrung der individuellen Aktionärsinteressen als keineswegs sichergestellt. Die Frage ist auch,

---

29 Mertens, ZGR 1993, 426 (437); bereits Kropff, AktG 1965, S. 96, monierte die „*fehlende Zeit und Übersicht der Aktionäre*“.

30 Siehe dazu auch S. 274ff.

31 Grundlegend zur mitgliedschafts- und vermögensrechtlichen Komponente des Aktieneigentum BVerfG, NJW 1962, 1667ff. (*Feldmühle*); zum eingeschränkten Schutz der Mitgliedschaft sog. Kleinaktionäre, BVerfG, DStR 2000, 1659 (1660) (*Moto-Meter*), wonach aufgrund fehlender Einflussnahmemöglichkeiten das Vermögensinteresse im Vordergrund stehe. Eine derartige Differenzierung ist für die vorliegende Betrachtung indes unerheblich, da die Mitbestimmung sowohl Mehr- als auch Minderheitsanteileigner gleichermaßen betrifft.

32 Grundlegend zur sog. *principal agent theory*, Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics (1976), S. 305ff.; Holmström, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1 (Spring 1979), pp. 74–91; Baums, ZIP 1995, 11f.; Grundmann, Europ. GesR,

ob eine entsprechende Einbindung der Aktionäre nicht schon deshalb geboten ist, um der Gefahr von Interessenkonflikten der Verhandlungsparteien<sup>33</sup> ein Korrektiv gegenüberzustellen, das den Grundsätzen guter *Corporate Governance* Rechnung trägt<sup>34</sup>. Im Ergebnis kann daher an dem grundsätzlichen Bedürfnis nach einer hinreichenden Beteiligung der Aktionäre kein ernsthafter Zweifel bestehen.

### C Grundlegende Strukturprobleme der Aktionärsbeteiligung

Die Notwendigkeit einer Beteiligung der Aktionäre entsteht, wie bereits angedeutet, zum einen im Rahmen der Gründung und zum anderen bei späteren Änderungen des einst etablierten Mitbestimmungsregimes. In beiden Konstellationen sieht man sich bestimmten strukturellen Problemen gegenüber, die sich wie ein roter Faden durchziehen und für die Suche nach Formen und Instrumenten zur Umsetzung der Aktionärsbeteiligung von entscheidender Bedeutung sind.

#### I. „Beteiligungsfeindlichkeit“ des Gründungsverfahrens

Das Strukturproblem im Rahmen der Gründung liegt in deren Verfahrensablauf. Denn zum Zeitpunkt der Abstimmung der Hauptversammlung über die Gründung der SE haben die Verhandlungen über die Mitbestimmung in aller Regel noch nicht begonnen, geschweige denn sind diese zu einem Abschluss gekommen. Demnach steht das Verhandlungsergebnis noch aus und folglich können die Aktionäre bei der Beschlussfassung das konkrete künftige Mitbestimmungsregime in ihrer Entscheidungsfindung überhaupt noch nicht berücksichtigen. Um hier Abhilfe zu schaffen, hat

---

§ 3 Rn. 82ff.; *Teichmann*, ZGR 2001, 645 (646); ablehnend *Hüffer*, AktRiW Bd. 2, S. 341 Rn. 11.

33 Zur Problematik von Interessenkonflikten, *Kübler*, FS Raiser, S. 247 (252); *Kiem*, ZHR 171 (2007), 713 (718), *ders.* KöKo AktG, Art. 12 Rn. 62; ferner AAK, ZIP 2009, 698 (699); *E. Schmid*, Mitbestimmung SE, S. 35, 192ff.; *Jacobs*, MüKo AktG, Art. 21 SEBG Rn. 20.

34 Zum Erfordernis der (aktiven) Beteiligung der Aktionäre als Voraussetzung für eine gute *Corporate Governance* siehe auch Mitteilung der Kommission v. 12.12.2012, KOM(2012) 740 endgültig, Ziff. 1 S. 3 und Ziff. 3 S. 9f.; Grünbuch der Europäischen Kommission „*Europäischer Corporate Governance-Rahmen*“, v. 5.4.2011, KOM(2011) 164 endgültig, S. 2ff.

der Gesetzgeber mit Art. 23 Abs. 2 Satz 2 SE-VO besagten Genehmigungsvorbehalt vorgesehen, der es den Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften ausdrücklich erlaubt, die Eintragung der SE von der jeweiligen Genehmigung des ausgehandelten Mitbestimmungsregimes abhängig zu machen. Eine mitbestimmungsbezogene Aktionärsbeteiligung wird somit zwar grundsätzlich gewährleistet. Problematisch an diesem Beteiligungskonzept ist allerdings, dass – gerade bei Publikumsgesellschaften – nicht nur die Unternehmensleitungen, sondern auch die Aktionäre regelmäßig die mit einer erneuten Einberufung und Durchführung einer Hauptversammlung verbundene zeitliche Verzögerung und den damit einhergehenden materiellen Aufwand scheuen und aus diesem Grund geneigt sein werden, von dieser Beteiligungsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen<sup>35</sup>. Zumindest aus einer rechtsökonomischen Perspektive ist die Ausübung des Genehmigungsvorbehalts also reichlich unattraktiv<sup>36</sup>. Ohne Genehmigungsvorbehalt bleibt den Aktionären allerdings nur, auf ein möglichst ihren Interessen entsprechendes Verhandlungsergebnis zu hoffen. Zum anderen bietet der Genehmigungsvorbehalt wie im Übrigen jede an die Gründungsentscheidung anknüpfende Beteiligung nur eine Alles-oder-Nichts Lösung<sup>37</sup>. Den Aktionären wird das Verhandlungsergebnis vorgelegt, welches sie nur im Ganzen akzeptieren oder ablehnen können. Im Zweifel scheitert damit das Gründungsprojekt insgesamt. So betrachtet ist das Beteiligungskonzept des Genehmigungsvorbehalts also nicht sonderlich flexibel. Diese mangelnde Flexibilität läuft im Übrigen nicht nur den Interessen der Aktionäre und des Unternehmens, sondern in aller Regel auch jenen der Arbeitnehmerschaft zuwider. Denn das Scheitern der Gründung bedeutet prinzipiell die Fortgeltung des Territorialprinzips der deutschen Mitbestimmung und folglich, dass den ausländischen Arbeitskräften die Partizipation weiterhin vorenthalten bleibt<sup>38</sup>.

---

35 Zu dieser Problematik statt vieler, C. Schäfer, MüKo AktG, Art. 23 Rn. 2.

36 Für große Publikumsgesellschaften dürften die immensen Kosten, die mit einer Hauptversammlung verbunden sind, wohl häufig wie eine Art faktische Beteiligungsbarriere wirken.

37 Kritisch hierzu Casper, Spindler/Stilz, Art. 12 SE-VO Rn.15 und Eberspächer, Spindler/Stilz, Art. 23 SE-VO Rn. 9.

38 Vgl. auch Lunk/Hinrichs, NZA 2007, 773 (775); kritisch im Hinblick auf die diskriminierende Wirkung der auf die Arbeitnehmer eines Mitgliedsstaates begrenzten Mitbestimmung, Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, v. 5.4.2011, S. 53 Rz. 3.2 (abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)).