

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZG 4/2006

22. Februar · 9. Jahrgang 2006 · Seite 121–160

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Professor Dr. Martin Weber, Frankfurt a. M.

Aufsätze

Rechtsanwältin Dr. Susanne Weiss und Rechtsanwalt Helge-Torsten Wöhlert, München

Societas Europaea – Der Siegeszug des deutschen Mitbestimmungsrechts in Europa?*

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit in der Gründung einer Societas Europaea ein Ausweg aus der deutschen Arbeitnehmermitbestimmung liegen kann.

I. Einleitung

In der Möglichkeit der Gründung einer Societas Europaea (im Folgenden „SE“) erhofften sich viele Unternehmen einen Ausweg aus der deutschen Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat¹ (im Folgenden „Mitbestimmung“). Diese Erwartungen kann die SE weitgehend nicht erfüllen, statt dessen kann sie ein Export-Vehikel der deutschen Mitbestimmung nach Europa sein, was Gegenstand der folgenden Darstellung ist.

Aktuelle Bedeutung erlangte die Frage der Mitbestimmung bei der SE durch die Äußerungen des ehemaligen Bundeswirtschaftsministers *Clement* vom 1. 3. 2005. *Clement* kündigte, dass die Regeln zur Mitbestimmung in der SE möglicherweise Vorbild für eine geänderte deutsche Mitbestimmung sein könnten². Welche Bedeutung auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Frage der Mitbestimmung bei der SE zumessen, hat die Kommission im Rahmen ihrer verschiedenen (vergeblichen), bis in die 70er Jahre zurück reichenden Anläufe zur Schaffung der SE schmerzlich erfahren müssen³. Erst auf der Tagung des Europäischen Rats in Nizza (7.–8. 12. 2000) konnte das Hemmnis für die Schaffung einer SE, die fehlende Einigung über die Mitbestimmungsfrage beseitigt werden, woraufhin die Schlussfassung einer Verordnung über das Statut der SE (SE-VO)⁴ und einer ergänzenden Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE (SE-RL)⁵ am 8. 10. 2001 endgültig vom Rat angenommen werden konnten⁶. Seit dem 23. 10. 2004 ist damit die Gründung einer SE in Deutschland möglich. Bahnbrechend für Deutschland dürfte dabei die Entscheidung der Allianz AG sein, sich in eine SE umzuwandeln⁷.

Im Folgenden soll den Konsequenzen einer SE-Gründungsmöglichkeit für die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem deutschen Drittelbeteiligungsgesetz⁸ sowie vor allem nach dem deutschen Mitbestimmungsgesetz in der Fassung vom 8. 6. 2005⁹ nachgegangen werden.

II. Die Unternehmensmitbestimmung in der SE

Maßgebliche Rechtsgrundlage zur Frage der Mitbestimmung bei der SE ist das auf Grund der Richtlinie zur Mitbestimmung in der SE ergangene deutsche (Ausführungs-)Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft (im folgenden „SEBG“)¹⁰. Das SEBG geht bei

* Dr. Susanne Weiss ist Partnerin, Helge-Torsten Wöhlert Rechtsanwalt der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin, München.

1 Nach §§ 1, 4 I des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) v. 4. 5. 1976, BGBl I, 1153, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8. 6. 2005, BGBl I, 1530, werden die Aufsichtsräte von AG, KGaG, bergGrGew, eGen, GmbH & Co. KG sowie AG & Co. KG, die in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, mit der gleichen Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmer besetzt. Nach §§ 1, 4 I des Gesetzes über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG) v. 18. 5. 2004, BGBl I, 974, werden die Aufsichtsräte von AG, KGaG, GmbH, VVaG und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, sofern diese mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, zu einem Drittel mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzt.

2 FAZ v. 2. 3. 2005, S. 12.

3 Vgl. Vorschläge der Kommission für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaften v. 30. 6. 1970, ABIEG 1970 Nr. C 124, S. 1; v. 30. 4. 1975, Bull. EG 1975, Beil. 4/75; v. 16. 10. 1989, ABIEG 1989 Nr. C 263, S. 41 sowie v. 16. 5. 1991, ABIEG 1991 Nr. C 176, S. 1. Zur Vorgeschichte der SE *Jan Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2005), Rdnrn. 107 ff.

4 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEG Nr. L 294 v. 10. 11. 2001, S. 1 ff.

5 Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr. L 294 v. 10. 11. 2001, S. 22 ff.

6 Dazu *Blanquet*, ZGR 2002, 33.

7 Zuvor haben in Deutschland nur der Hamburger Zollabfertiger „Zoll Pool Hafen“ und der Industriebeter „Go-East-Invest“ von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich in eine SE umzuwandeln. Auch in der übrigen EU sind bislang Umwandlungen in eine SE noch sehr zögerlich betrieben worden. Nach Schätzungen von europäischen Industrieverbänden und Gewerkschaften haben sich bisher knapp ein Dutzend Unternehmen in eine SE umgewandelt oder bereiten dieses vor (FAZ v. 13. 9. 2005, S. 21).

8 O. Fußn. 1.

9 O. Fußn. 1.

10 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG), Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22. 12. 2004, BGBl I, 3675; dazu *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1749 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 883.

der Mitbestimmung, dem 18. Erwägungsgrund der SE-RL folgend¹¹, vom sog. „Vorher-Nachher-Prinzip“ aus¹². Dieses besagt, dass maßgeblich für die Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE die bei Gründung bestehenden Beteiligungsrechte oder -ansprüche der Arbeitnehmer in den Gesellschaften sein sollen, die die SE gründen. Von herausragender Bedeutung hierbei ist die Frage, ob eine mitbestimmungsfreie SE gegründet werden darf, wenn eine deutsche Gesellschaft, bei der trotz Überschreitens der Schwellenwerte von 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern entgegen §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG keine Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat besteht. Diese Frage ist bisher weder vom Gesetzgeber noch von der juristischen Lehre beantwortet worden. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass einer Mitbestimmungsfreiheit der SE in diesem Fall entgegen steht, dass es ausdrückliches Ziel des SEBG als auch der SE-RL ist¹³, die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen in der SE zu sichern. Dementsprechend sind auch die Vorschriften des SEBG auszulegen¹⁴. Ein Verstoß gegen §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG, der in der Gründungsgesellschaft der SE zu einem rechtswidrigen Zustand führte, kann somit nichts an den erworbenen Rechten der Arbeitnehmer aus §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen ändern. Diese sind in der SE zu wahren. An diese, und nicht an den (rechtswidrigen) Zustand in den Gründungsgesellschaften, muss somit das „Vorher-Nachher-Prinzip“ anknüpfen.

Verwirklicht wird das „Vorher-Nachher-Prinzip“ bei Gründung einer SE wie folgt: In einem vorrangigen Schritt (dazu 1.) soll die Arbeitnehmerbeteiligung für jede SE durch Verhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite geregelt werden¹⁵. Gelingt dieses nicht, kommt es im zweiten Schritt (dazu 2.) zur gesetzlichen Auffanglösung für die Mitbestimmung¹⁶, sofern die Verhandlungen nicht von der Arbeitnehmerseite abgebrochen oder von vornherein nicht aufgenommen wurden¹⁷.

1. Verhandlungslösung

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE wird in erster Linie im Wege freier Verhandlung zwischen den Leitungsorganen der Gründungsgesellschaften und einem besonderen Verhandlungsgremium („BVG“) festgelegt¹⁸. Das BVG ist zu diesem Zweck von der Arbeitnehmerseite, nach schriftlicher Aufforderung durch die Leitungsorgane der Gründungsgesellschaften zu bilden¹⁹ und setzt sich aus Mitgliedern zusammen, welche die in jedem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften oder Betriebe vertreten²⁰. Eine Sanktion für eine unterlassene Aufforderung der Leitungsorgane zur Bildung des BVG ist nicht vorgesehen. Allerdings bedeutet dies kein Schlupfloch zur Schaffung einer mitbestimmungsfreien SE: Nach Art. 12 II SE-VO ist vom Registergericht zu prüfende Eintragungsvoraussetzung für eine SE, dass

- entweder eine Vereinbarung zwischen dem BVG und den Leitungsorganen der SE-Gründungsgesellschaften über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde,
- oder das BVG beschlossen hat, keine Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer aufzunehmen bzw. bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen,
- oder die mit Einsetzung des BVG beginnende Verhandlungsfrist des Art. 5 SE-RL abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer zustande gekommen ist.

Die frühzeitige Bildung des BVG sowie die zügige und ordnungsgemäße Durchführung des Verhandlungsverfahrens

über die Beteiligung der Arbeitnehmer liegen somit im Interesse der Gründungsgesellschaften der SE. Der deutsche Gesetzgeber konnte daher darauf verzichten, Fristen, Formvorschriften oder gar Sanktionen für die schriftliche Aufforderung der Leitungsorgane zur Bildung des BVG zu erlassen²¹.

Ziel der Verhandlungen zwischen dem BVG und der Leitung der Gesellschaft ist es, eine schriftliche Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE abzuschließen²². Hätten die Verhandlungen eine Minderung der Mitbestimmungsrechte zur Folge, so ist grundsätzlich für einen Beschluss zur Billigung einer solchen Vereinbarung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des BVG erforderlich²³. Fraglich ist, ob ein Zweidrittelmehrheitsbeschluss auch erforderlich ist, wenn eine deutsche Gesellschaft, bei der trotz Überschreitens der Schwellenwerte von 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern, entgegen §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG, keine Arbeitnehmervertreter oder zu wenige im Aufsichtsrat sitzen, mit einer oder mehreren mitbestimmungsfreien ausländischen Gesellschaften eine SE gründen will und kein oder der zu geringe Arbeitnehmeranteil im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan der SE vereinbart werden soll.

Ginge man nur vom Wortlaut von § 15 IV SEBG aus, würde sich die Frage dahingehend beantworten, dass für eine solche Vereinbarung keine Zweidrittelmehrheit sondern nur einfache Mehrheit im BVG erforderlich ist, da nicht ein „bestehender“ Anteil an Arbeitnehmervertretern in den Aufsichts- oder Verwaltungsorganen der gründungsbeteiligten Gesellschaften gemindert werden soll²⁴. Auch die Gesetzesbegründung zu § 15 IV SEBG scheint auf den ersten Blick für eine solche Lösung zu sprechen, da nach ihr für die Frage, ob eine Minderung von Mitbestimmungsrechten vorliegt, maßgeblich eine rein formale Betrachtungsweise sein soll²⁵. Damit ist jedoch nur gemeint, dass angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung von Mitbestimmungsverfahren sowie unterschiedlichen Größen und Kompetenzen der Unternehmensorgane in den Mitgliedstaaten, kein qualitativer Vergleich vorgenommen werden soll, ob in der SE eine Minderung von Mitbestimmung vorliegt²⁶. Vielmehr soll es im Hinblick auf die unterschiedlichen Systeme der Mitbestimmung in den Mitgliedstaaten nur zu einem formellen Vergleich von Mitbestimmung in den Gründungsgesellschaften mit der Mitbestimmung in der SE kommen. Zur Frage, ob dieser formelle Vergleich an eine rechtswidrige Mitbestimmungssituation in den Gründungsgesellschaften anknüpfen darf oder vielmehr eine rechtmäßige Mitbestimmungssituation zum Ausgangspunkt zu nehmen hat, ist damit nichts gesagt.

11 Der 18. Erwägungsgrund SE-RL bestimmt, dass es Ziel und fundamentaler Grundsatz der SE-RL ist, die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zu sichern; dazu Nagel, DB 2004, 1301.

12 Vgl. § 1 I 2, 3 SEBG.

13 Vgl. § 1 I 2 SEBG sowie den 18. Erwägungsgrund SE-RL.

14 § 1 III SEBG.

15 §§ 11 ff. SEBG.

16 §§ 34–38 SEBG.

17 § 16 SEBG.

18 §§ 11 ff. SEBG. Dazu Jan Wilhelm (o. Fußn. 3), Rdnr. 113.

19 §§ 4 I 1 SEBG.

20 § 5 I 1 SEBG.

21 Begr. RegE zu § 4 II SEBG, BR-Dr 438/04, S. 113.

22 §§ 4 I 2, 21 SEBG.

23 § 15 III, 4 SEBG.

24 Voraussetzung wäre bei diesem Ansatz nur, dass das bislang nicht wahrgenommene Wahlrecht hinsichtlich von Arbeitnehmervertretern im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gewahrt bliebe (vgl. § 15 IV SEBG).

25 Begr. RegE zu § 15 IV SEBG, BR-Dr 438/04, S. 125.

26 Begr. RegE zu § 15 IV SEBG, BR-Dr 438/04, S. 125.

Die Lösung, der vom Gesetzgeber nicht gesehene Frage, ist dem richtigen Verständnis des „Vorher-Nachher-Prinzips“ zu entnehmen. Wie bereits ausgeführt²⁷, knüpft dieses an die erworbenen und zu wahren Rechte der Arbeitnehmer aus §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen an und nicht an einen (rechtswidrigen) Zustand in den Gründungsgesellschaften. Ist gem. § 15 IV SEBG eine Minderung der Mitbestimmungsrechte gegeben, wenn der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE geringer ist, als der höchste in den Gründungsgesellschaften „bestehende“ Anteil, so ist mit letzterem der bei Rechtmäßigkeit gem. §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG bestehende Anteil an Arbeitnehmervertretern gemeint. Ein Beschluss über die Minderung dieses Arbeitnehmervertreteranteils ist damit im BVG grundsätzlich nur mit einer Zweidrittelmehrheit möglich. Zu beachten ist, dass bei der Umwandlung einer AG in eine SE bereits kein Beschluss des BVG zur Minderung von Mitbestimmungsrechten gefasst werden kann²⁸, so dass bei Umwandlung einer deutschen AG in eine SE zwingend bei einer Vereinbarung im BVG der Arbeitnehmervertreteranteil gem. §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. §§ 1, 4 I MitbestG gewahrt bleiben muss.

Kommt keine Vereinbarung im BVG über die Arbeitnehmermitbestimmung zustande²⁹, gibt es folgende Möglichkeiten:

- Zum einen kann das BVG gem. § 16 I 1 Alt. 2 SEBG mit Zweidrittelmehrheit beschließen, die aufgenommenen Verhandlungen abzubrechen. In diesem Fall bleibt die SE mitbestimmungsfrei³⁰. Gleiches gilt, wenn das BVG gem. § 16 I 1 Alt. 1 SEBG mit Zweidrittelmehrheit beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen.
- In allen übrigen Fällen greift eine „Auffangregelung“ zur Mitbestimmung³¹, so dass die Arbeitgeberseite nicht durch absichtliches Scheitern lassen der Verhandlungen das gewünschte Ergebnis der Mitbestimmungsfreiheit herbeiführen kann. Vielmehr gilt der Grundsatz der Besitzstandswahrung. Zur Konsequenz dieses Grundsatzes für die Ausprägung der gesetzlichen „Auffangregelung“ zur Mitbestimmung sogleich unter 2.

2. Die „Mitbestimmungsauffangregelung“

Die Frage, ob und in welchem Ausmaß die SE nach der gesetzlichen Auffangregelung der Mitbestimmung unterliegt, entscheidet sich danach, auf welche Weise die SE gegründet wird³².

a) Mitbestimmung bei Gründung durch Umwandlung

Für die Gründung der SE durch Umwandlung einer AG bestimmen §§ 34 I, 35 I SEBG, dass die gesetzliche Regelung zur Mitbestimmung einzuhalten ist, die in der AG vor der Umwandlung in eine SE bestanden hat. Mittels Umwandlung in eine SE besteht damit für eine inländische AG im Rahmen der Auffangregelung der §§ 34–38 SEBG keine Möglichkeit, einer vor Gründung der SE bestehenden Mitbestimmung zu entgehen.

Allerdings gibt es andere Möglichkeiten für eine inländische mitbestimmte AG, durch Umwandlung, eine SE mit Sitz in Deutschland zu gründen und dennoch der Mitbestimmung zu entgehen³³. So ist es z. B. denkbar, dass eine deutsche AG von einer, unabhängig von der Arbeitnehmerzahl, mitbestimmungsfreien EU-ausländischen Aktiengesellschaft, beispielsweise einer britischen „public limited-liability company“ (PLC), als Erwerberin, im Wege des asset deals übernommen wird. Folge wäre das Zurückbleiben des leeren Mantels der deutschen AG, der entweder als „gebrauchter“ Gesellschaftsmantel weiter verwandt werden könnte oder gegebenenfalls zu löschen wäre. Dieser asset deal würde gem. § 2 II MitbestBeiG³⁴ nicht zur Anwendung des Mit-

bestimmungs-Beibehaltungsgesetzes führen. Die erwerbende britische PLC kann sich nach Durchführung des asset deals in eine SE umwandeln, sofern sie bereits seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft hat³⁵. Besonderheit bei diesem Vorgang ist, dass, anders als bei einer direkten Umwandlung der deutschen mitbestimmten AG in eine (zwingend mitbestimmte) SE³⁶, die durch Umwandlung der mitbestimmungsfreien PLC zu gründende SE auch mitbestimmungsfrei wäre. Dies, weil gem. §§ 34 I, 35 I SEBG lediglich vor der SE-Gründung bestehende Unternehmensmitbestimmungsrechte weiter gelten, solche in der britischen PLC jedoch nicht bestanden, so dass auch die durch Umwandlung der PLC entstehende SE mitbestimmungsfrei bleibt. Zwar kann die SE in diesem Fall nicht gleich mit Sitz in Deutschland gegründet werden. Ihr Sitz muss vielmehr zunächst zwingend in Großbritannien sein³⁷, da eine Verlegung des Sitzes anlässlich der Umwandlung der PLC in eine SE nicht zulässig ist³⁸. Unmittelbar anschließend an die Gründung kann die SE aber gem. Art. 8 SE-VO das Verfahren zur Verlegung ihres Sitzes nach Deutschland einleiten, wobei allerdings der dadurch bedingte Zeit- und Kostenaufwand zu beachten ist³⁹. Ergebnis wäre dann eine, unabhängig von der Arbeitnehmerzahl, mitbestimmungsfreie „deutsche“ SE.

b) Mitbestimmung bei Gründung durch Verschmelzung

Möglichkeiten für eine inländische AG, einer bisher bestehenden Mitbestimmung zu entgehen, ergeben sich auch bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung. Um die diesbezüglichen Spielräume aufzuzeigen, muss zunächst auf die Einzelheiten der gesetzlichen Auffangregelung der §§ 34–38 SEBG zur Mitbestimmung bei dieser SE-Gründungsvariante eingegangen werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob für mehr oder weniger als 25% der an der SE beteiligten Arbeitnehmer vor Gründung der SE durch Verschmelzung eine Mitbestimmung bestand⁴⁰.

aa) Bestand vorher für mehr als 25% der an der SE beteiligten Arbeitnehmer eine Mitbestimmung, kommt es zunächst darauf an, ob in den Gründungsgesellschaften verschiedene Mitbestimmungsformen i. S. des § 2 XII SEBG bestanden. So sieht § 2 XII SEBG hinsichtlich der bestehenden Mitbestimmung die Unterscheidung zwischen zwei Mitbestimmungssystemen vor:

- Als eine Form der Mitbestimmung werden gem. § 2 XII Nr. 1 SEBG Mitbestimmungsmodelle erfasst, in denen die Arbeitnehmer selbst

27 Oben II.

28 § 15 V, III SEBG.

29 Die Verhandlungen über die Mitbestimmung in der SE können gem. § 20 SEBG ab Einsetzung des BVG bis zu 6 Monate dauern, wobei der Zeitraum durch Vereinbarung zwischen den Parteien um weitere sechs Monate verlängert werden kann.

30 § 16 II 2 SEBG; dazu *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1754.

31 §§ 34–38 SEBG.

32 Näher zu den Gründungsmöglichkeiten *Jan Wilhelm* (o. Fußn. 3), RdMn. 122 ff.

33 Vgl. auch *Kallmeyer*, AG 2003, 201.

34 Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen der Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union (MitbestBeiG) v. 23. 8. 1994, BGBl I, 228.

35 Art. 2 IV, 37 SE-VO.

36 §§ 34 I, 35 I SEBG.

37 Art. 2 IV, 37 III, 7 SE-VO.

38 Art. 37 III SE-VO.

39 Zur Sitzverlegung der SE *Brandt*, BB-Special 3/2005, 2 f.

40 Bei Berechnung des Grenzwertes von 25% ist nicht nur auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften abzustellen, sondern es sind auch sämtliche Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften der Gründungsgesellschaften in die Berechnung einzubeziehen (§ 34 I Nr. 2 SEBG).

einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Vertretungsorgan der Gesellschaft wählen oder bestellen. In diese Kategorie fällt sowohl die Mitbestimmung nach dem deutschen Drittelbeteiligungsgesetz, als auch dem deutschen Mitbestimmungsgesetz, so dass es sich i. S. des § 2 XII Nr. 1 SEBG um dieselbe „Form“ der Mitbestimmung handelt⁴¹.

- Als zweite Form der Mitbestimmung werden gem. § 2 XII Nr. 2 SEBG Mitbestimmungsmodelle definiert, in denen die Arbeitnehmer hinsichtlich der Bestellung eines Teils oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft lediglich ein Vorschlags- oder Ablehnungsrecht haben, wie beispielsweise im niederländischen Kooptationsmodell⁴².

Bestehen in diesem Sinne unterschiedliche Mitbestimmungsformen bei den Gründungsgesellschaften der SE, entscheidet das BVG durch Beschluss, welche Mitbestimmungsform in der SE eingeführt wird⁴³. Kommt eine Einigung nicht zustande, kommt das deutsche Mitbestimmungsmodell zur Anwendung, wenn die SE und mindestens eine Gründungsgesellschaft ihren Sitz in Deutschland haben⁴⁴. Ist bei Gründung einer SE mit Sitz in Deutschland hingegen keine inländische Gesellschaft beteiligt, so wird auf die Mitbestimmungsform der Gründungsgesellschaft mit der größten Arbeitnehmerzahl abgestellt⁴⁵.

Ist auf diese Weise die Mitbestimmungsform für die SE festgelegt, wird im nächsten Schritt der Umfang der Mitbestimmung bestimmt. Hierbei richtet sich die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat der SE nach dem höchsten Anteil, d. h. Proporz an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gründungsgesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat⁴⁶. Ist also an der Gründung der SE eine deutsche mitbestimmte AG beteiligt und hat diese von allen gründungsbeteiligten Gesellschaften den höchsten prozentualen Anteil an Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsorgan, so muss der Arbeitnehmervertreteranteil von einem Drittel (bei 500 oder mehr Arbeitnehmern)⁴⁷ bzw. der Hälfte (bei mehr als 2000 Arbeitnehmern)⁴⁸ auf die SE übertragen werden, wobei allerdings nicht die absolute Zahl an Sitzen für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat der SE erhalten bleiben muss⁴⁹. Aus deutscher Sicht kann sich hierbei ein erstaunliches Mitbestimmungsergebnis ergeben: Eine SE mit Sitz in Deutschland wird auch dann, wenn sie mehr als 2000 Arbeitnehmer hat, nicht der paritätischen Mitbestimmung, sondern lediglich der Drittelbeteiligung unterworfen, wenn die Gründungsgesellschaft mit dem höchsten Mitbestimmungsanteil eine deutsche Gesellschaft war, die mit mehr als 500 aber weniger als 2000 Arbeitnehmern der Drittelbeteiligung unterlag⁵⁰.

Somit ist zu konstatieren, dass für eine mitbestimmte deutsche AG, im Rahmen der Auffangregelung zur Mitbestimmung, keine Möglichkeit besteht, durch die Gründung einer SE im Wege der Verschmelzung der Mitbestimmung insgesamt zu entgehen, wenn auf Grund der Zahl der Gesamtarbeitnehmerschaft der deutschen AG für mehr als 25% der Gesamtarbeitnehmerschaft der SE vor der Gründung eine Mitbestimmung bestand. Eine Möglichkeit, der Mitbestimmung zu entgehen, besteht in dieser Konstellation nur, wenn es erst gar nicht zum Eingreifen der Auffangregelung zur Mitbestimmung kommt, weil auf Grund einer vorherigen Verhandlungslösung im Rahmen des BVG mit Zweidrittelmehrheit die Mitbestimmungsfreiheit der SE beschlossen wurde⁵¹.

bb) Bestand vor Gründung der SE für weniger als 25% der an der SE beteiligten Arbeitnehmer eine Mitbestimmung, findet eine Unternehmensmitbestimmung gemäß den §§ 34–38 SEBG nur statt, wenn das BVG, mit einfacher Mehrheit, einen Beschluss gefasst hat, wonach die Unternehmensmitbestimmung nach dem SEBG eingeführt werden soll. Ansonsten bleibt die SE mitbestimmungsfrei. Eine inländische, mitbestimmte AG kann damit durch

eine SE-Gründung im Wege der Verschmelzung der Mitbestimmung entgehen, wenn Sie in dem Maße kleinerer „Juniorpartner“ bei der Gründung der SE ist, dass für weniger als 25% der Gesamtarbeitnehmerschaft der gründungsbeteiligten Gesellschaften eine gesetzliche Mitbestimmung besteht.

c) Mitbestimmung bei Gründung als Holding oder als Tochtergesellschaft

Für die Fälle der Gründung der SE als Holding von Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus verschiedenen Mitgliedstaaten⁵² oder als gemeinsamer Tochtergesellschaft von Gesellschaften i. S. des Art. 48 EWGV oder juristischer Personen des öffentlichen oder privaten Rechts aus verschiedenen Mitgliedstaaten i. S. des Art. 2 III, 35 f. SE-VO, gilt das soeben zur Gründung der SE durch Verschmelzung Ausgeführte ebenfalls, mit einer entscheidenden Abweichung: Anders als bei der Gründung der SE durch Verschmelzung kommt es bei der Gründung der SE als Holding-SE bzw. als Tochter-SE nicht darauf an, ob mehr oder weniger als 25% der an der SE beteiligten Arbeitnehmer vor Gründung der SE Mitbestimmungsrechte hatten, sondern gem. § 34 I Nr. 3 SEBG, ob mehr oder weniger als 50% der an der SE beteiligten Arbeitnehmer Mitbestimmungsrechte hatten. Der höhere Grenzwert von 50% bei der Gründung einer Holding-SE bzw. Tochter-SE gegenüber den 25% bei Gründung der SE durch Verschmelzung, erhöht damit beträchtlich die Chancen, auf Ebene der SE eine Mitbestimmung zu vermeiden. Davon zu unterscheiden ist die Mitbestimmung auf Ebene der gründungsbeteiligten Gesellschaften. Im Unterschied zur Gründung der SE durch Verschmelzung bleiben bei der Gründung einer Holding-SE bzw. Tochter-SE die gründungsbeteiligten Gesellschaften weiter bestehen, so dass sich im Hinblick auf eine vorher bei ihnen bestehende Mitbestimmung selbstredend keinerlei Veränderungen durch die Gründung einer Holding-SE bzw. Tochter-SE ergeben.

d) Fehlende Mitbestimmung bei den an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften

Wenn in keiner der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsrechte i. S. von §§ 35 I, II, 2 XII SEBG bestanden, so ist auch die SE nach dem SEBG nicht verpflichtet, eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer einzuführen. Dieses gilt unabhängig von der Arbeitnehmerzahl in der SE⁵³. *Wisskirchen/Prinz* ziehen hieraus vorschnell den Schluss, dass damit eine interessante Möglichkeit für „nicht mitbestimmte Personengesellschaften“ mit Sitz in Deutschland eröffnet sei, unabhängig von der Arbeitnehmerzahl, sich in eine mitbestimmungsfreie SE (mit Sitz in

41 Vgl. Begr. RegE zu § 34 II SEBG, BR-Dr 438/04, S. 136.

42 Vgl. Begr. RegE zu § 2 I 2 SEBG, BR-Dr 438/04, S. 112.

43 § 34 II 1, I Nr. 2 SEBG.

44 §§ 34 II 2, 2 I 2 Nr. 1 SEBG; vgl. auch Begr. RegE zu § 34 II SEBG, BR-Dr 438/04, S. 136 f.

45 §§ 34 II 3, 2 I 2 SEBG.

46 § 35 II 2 SEBG.

47 §§ 1 I, 4 I DrittelbG. Eine Ausnahme gilt gem. § 1 I Nr. 1 DrittelbG für Aktiengesellschaften mit in der Regel weniger als 500 Arbeitnehmern, die vor dem 10. 8. 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaften sind.

48 § 1 MitbestG.

49 Die Gesamtzahl der Sitze des Aufsichts- oder Verwaltungsrates kann in der Satzung der SE festgelegt werden (Art. 39 IV, 43 II SE-VO).

50 Vgl. § 17 II SEAG bzw. § 23 II SEAG; dazu *Teichmann*, BB 2004, 56.

51 Gem. § 15 III 2 Nr. 1 SEBG muss die Mehrheit zwei Drittel der Arbeitnehmer des SE vertreten und aus mindestens zwei Mitgliedstaaten kommen.

52 Art. 2 II, 32 ff. SE-VO.

53 Ebenso *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2641.

Deutschland) umzuwandeln⁵⁴. Dem ist jedoch nicht so. Die Gründung der SE durch Umwandlung ist nur einer AG eröffnet⁵⁵, so dass der Weg in die SE nur über einen Formwechsel⁵⁶ der Personengesellschaft in die AG führen würde, die dann erst durch Umwandlung nach Maßgabe der Art. 2 IV i. V. mit Art. 37 SE-VO zur SE werden könnte. Bei der durch Formwechsel entstehenden AG mit Sitz in Deutschland gilt wiederum das Drittelbeteiligungs – bzw. das Mitbestimmungsgesetz⁵⁷. Damit spielt die Arbeitnehmerzahl auch dann eine Rolle, wenn eine mitbestimmungsfreie Personengesellschaft mit Sitz in Deutschland, in Stufen, zur SE mit Sitz in Deutschland werden soll.

3. Folge der „Mitbestimmungsauffangregelung“ für die zwei zur Wahl stehenden Verwaltungsmodelle der SE

Gelangt die Mitbestimmungsauffanglösung zur Anwendung, richtet sich, wie beschrieben, die Zahl der von den Arbeitnehmern zu bestellenden Mitglieder des Verwaltungsrats (*monistisches Modell*) oder des Aufsichtsorgans (*dualistisches Modell*) nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der SE. Im Übrigen muss für die Frage, welche Folgen sich aus der Anwendung der Mitbestimmungsauffanglösung für die SE mit Sitz in Deutschland ergeben, zwischen *dualistisch* und *monistisch* strukturierter SE unterschieden werden.

a) Dualistisch strukturierte SE

Für die dualistisch strukturierte SE, mit einem Leitungs- und einem Aufsichtsorgan⁵⁸, ergeben sich aus der Anwendung der Mitbestimmungsauffanglösung keine Besonderheiten. Eine dualistisch strukturierte SE wird nach der Mitbestimmungsauffanglösung exakt den gleichen prozentualen Anteil Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben, wie ihn die deutsche gründungsbeteiligte Gesellschaft mit dem höchsten Mitbestimmungsanteil hatte – es sei denn, eine gründungsbeteiligte ausländische Gesellschaft hatte einen noch höheren Mitbestimmungsanteil.

b) Monistisch strukturierte SE

Anders verhält es sich bei der monistisch strukturierten SE, deren Wesensmerkmal nur ein Verwaltungsorgan ist⁵⁹. In dieser führt die Mitbestimmungsauffanglösung zu einer Verstärkung der gesetzlichen Mitbestimmung, zumindest im Vergleich zur Mitbestimmung in den deutschen Gründungsgesellschaften⁶⁰. Dieses hängt mit folgendem Umstand zusammen: In einem monistisch geführten Unternehmen vereint das Verwaltungsorgan die Aufgaben von Unternehmensleitung und -kontrolle⁶¹. Die gesetzliche Mitbestimmungsauffanglösung führt daher dazu, dass die Arbeitnehmer, bei monistischer Struktur der SE, umfassend auch über die Unternehmensplanung und -leitung, somit die gesamte operative Führung mitentscheiden⁶². Während der Drittel- bzw. Paritätsgedanke des deutschen Mitbestimmungsmodells im „*dualistischen Modell*“ den Aufsichtsrat, somit die Unternehmensaufsicht, betrifft, bedeutet das Überstülpen des deutschen Mitbestimmungsrechts auf eine Unternehmensleitungsstruktur, für das es gar nicht gedacht ist (das monistische System), ein Mitbestimmungs novum. Dieses als eine nicht unbeträchtliche Ausweitung des Gewichts der Mitbestimmung in der SE zu umschreiben⁶³, ist euphemistisch. Zu Recht wird vor dem Hintergrund der vom *BVerfG* im Mitbestimmungsurteil⁶⁴ gezogenen Zulässigkeitsgrenzen für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Mitbestimmungsmodells aufgeworfen⁶⁵. Der Gesetzgeber scheint dieses Problem nicht erkannt zu haben. So führt er in der Gesetzesbegründung lediglich aus, dass bei der SE auf die für Aufsichtsratsmitglieder geltenden Vor-

schriften des Aktiengesetzes verwiesen wird und diese auch für die Verwaltungsratsmitglieder Anwendung finden sollen⁶⁶.

Um dem Dilemma abzuwehren, werden im Wesentlichen zwei Vorschläge gemacht. Diese setzen immer bei der Möglichkeit für die beteiligten Gesellschaften an, beim Verwaltungsorgan zwischen Geschäftsleitung und Aufsicht zu differenzieren. Anders als noch in früheren Kommissionsentwürfen⁶⁷, wird zwar in der geltenden SE-Verordnung kein Zwang mehr zu einer solchen funktionalen Differenzierung von Geschäftsleitung und Aufsicht im Verwaltungsorgan vorgesehen⁶⁸. Lediglich in den Erwägungsgründen der SE-VO wird eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, als „*wünschenswert*“ bezeichnet⁶⁹. Dennoch hat sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden, gem. § 40 I 1 SEAG anzuordnen, dass das Verwaltungsorgan der *monistischen* SE, der Verwaltungsrat⁷⁰, einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren bestellt⁷¹. Hierbei kann es sich um Mitglieder des Verwaltungsrates handeln, so dass der Verwaltungsrat sich dann aus geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern zusammensetzen würde⁷². Möglich ist nach § 40 I 2, 4 SEAG aber auch, dass es sich bei den geschäftsführenden Direktoren um dritte Personen handelt. Daran anknüpfend ist zum einen, zur Vermeidung einer Drittel- bzw. paritätischen Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensleitung, vorgeschlagen worden, den Verwaltungsrat nur mit nicht-geschäftsführenden Mitgliedern zu besetzen oder den Arbeitnehmervertretern in Leitungsangelegenheiten ein Stimmverbot aufzuerlegen⁷³. Letzteres widerspricht jedoch klar den Vorgaben von § 38 I SEBG und ist schon deshalb abzulehnen⁷⁴. Im Übrigen verhindert ein Stimmverbot selbstredend nicht die massive Einflussnahme der Arbeitnehmervertreter auf operative Entscheidungen.

54 *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2641.

55 Vgl. Art. 2 IV i. V. mit Art. 37 SE-VO, die von *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2641 übersehen werden.

56 §§ 190 ff. UmwG.

57 Vgl. §§ 1 I, 4 I DrittelbG bzw. § 1 I Nr. 1 MitbestG.

58 Art. 39 ff SE-VO, §§ 15 ff. SEAG.

59 Art. 43 ff SE-VO, §§ 20 ff. SEAG. Der Umstand, dass die monistisch strukturierte SE nur ein einheitliches Verwaltungsorgan besitzt, kann auch bei der Lösung von Konflikten zwischen Vorstandsvorsitzendem und Aufsichtsratsvorsitzendem in einer deutschen AG eine Rolle spielen; vgl. FAZ v. 27. 8. 2005, S. 18, zur *Vossloh AG*.

60 Ebenso *Ibrig/Wagner*, BB 2004, 1757; *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 381; *Teichmann*, BB 2004, 57.

61 § 22 I SEAG, der die Vorgaben des französischen Art. L. 225-35 Code de Commerce aufnimmt; vgl. Begr. RegE zu § 22 I SEAG, BR-Dr 438/04, S. 91. Zur französischen Regelung *Merle*, Droit commercial, 9. Aufl. (2003), S. 433 ff.

62 Vgl. § 24 I SEAG. Dazu *Brandt*, BB-Special 3/2005, 3; *Horn*, DB 2005, 152; *Ibrig/Wagner*, BB 2004, 1757; *Gruber/Weller*, NZG 2003, 299.

63 *Brandt*, BB 2005, 3.

64 *BVerfG*, NJW 1979, 699 ff.

65 *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 371; *Horn*, DB 2005, 152; *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2004, 960; *Gruber/Weller*, NZG 2003, 299; *Götz*, ZIP 2003, 1067.

66 Begr. RegE zu § 38 SEGB, BR-Dr 438/04, S. 96.

67 Z. B. Art. 66 II SE-VOE 1989 (o. Fußn. 3).

68 Vgl. Art. 43 I 2 SE-VO.

69 14. Erwägungsgrund SE-VO. Vorbilder finden sich in Frankreich mit der in Art. L. 225-51-1 Code de Commerce neu geschaffenen Möglichkeit der Trennung des Vorsitzes im conseil d'administration von der Funktion des die allgemeine Geschäftsleitung innehabenden „*Directeur Général*“ (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, numéro spécial du Bulletin Joly Sociétés, janvier 2002, dazu *Guyon*, Droit des Affaires, 12. Aufl. [2003], Bd. I, S. 326 ff.). Zur angelsächsischen Diskussion hinsichtlich der Besetzung monistischer „*boards*“ mit „*non executive directors*“ *Davies*, ZGR 2001, 275.

70 Vgl. §§ 22 ff. SEAG.

71 Unterliegt die SE der Mitbestimmung kraft Gesetzes, müssen mindestens zwei Direktoren bestellt werden (§ 40 I 4 SEAG i. V. mit § 38 II SEBG).

72 Gem. § 40 I 2 SEAG muss lediglich die Mehrheit des Verwaltungsrates weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern bestehen.

73 *Kallmeyer*, ZIP 2003, 1535; *ders.*, ZIP 2004, 1444; a. A. *Teichmann*, BB 2004, 57.

74 Ebenso *Teichmann*, BB 2004, 57; *Brandt*, BB 2005, 3; vgl. auch Begr. RegE zu § 38 I SEBG, BR-Dr 438/04, S. 139.

Zum anderen wurde vorgeschlagen, den prozentualen Anteil an Arbeitnehmervertretern im Verwaltungsrat nicht auf sämtliche, sondern nur auf nicht-geschäftsführende Mitglieder zu beziehen⁷⁵. Da sich im dualistischen Modell die Zahl der Arbeitnehmervertreter nur auf nicht-geschäftsführende Personen beziehe, müsse dieses auch im monistischen Modell gelten⁷⁶. Diesem Ansatz steht jedoch nicht nur der Wortlaut von § 35 II 2 SEBG entgegen⁷⁷, sondern auch die Gesetzesbegründung⁷⁸. Letztere stellt klar, dass der höchste Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den beteiligten Gründungsgesellschaften vorhanden war, auch für den Aufsichts- oder Verwaltungsrat der SE maßgeblich ist⁷⁹. Bestand somit in einer gründungsbeteiligten deutschen AG im Aufsichtsrat eine paritätische Mitbestimmung und handelte es sich hierbei um den höchsten Arbeitnehmeranteil in einem Organ der Gründungsgesellschaften, so ist dieser Arbeitnehmeranteil von 50% sowohl für das Aufsichtsorgan einer *dualistischen* SE, als auch für das Verwaltungsorgan einer *monistischen* SE maßgeblich. Eine andere Lösung entbehrt, *de lege lata*, der rechtlichen Grundlage⁸⁰.

Als Begrenzung der Ausweitung des Gewichts der Mitbestimmung in der durch die deutsche Mitbestimmung geprägten *monistischen* SE käme somit nur in Betracht, keine Mitglieder des Verwaltungsrates zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellen und damit den mitbestimmten Verwaltungsrat ausschließlich mit nicht-geschäftsführenden Mitgliedern zu besetzen. Dieses ist jedoch bei einer SE mit Sitz in Deutschland nicht zulässig. Zwar sieht § 40 I 2, 3 SEAG vor, dass die geschäftsführenden Direktoren nicht aus dem Kreis der Verwaltungsratsmitglieder bestellt werden müssen. Jedoch wird zu Recht bezweifelt, dass diese Regelung durch die Vorschriften der SE-VO gedeckt ist⁸¹. Die SE-VO sieht zwar eine Ermächtigung für Mitgliedstaaten vor, die keine Vorschriften über ein monistisches System für inländische Aktiengesellschaften besitzen, „entsprechende Vorschriften“ in Bezug auf die SE zu erlassen. Jedoch haben diese sich im Rahmen der Vorgaben der SE-VO zu halten – und damit insbesondere der Art. 38, 43 I SE-VO – nach denen die monistisch strukturierte SE nur über ein einziges Verwaltungsorgan verfügen darf⁸². Dem würde die Schaffung eines eigenständigen, selbst unterhalb des Verwaltungsrates stehenden Geschäftsführungsorgans, bestehend aus geschäftsführenden, nicht dem Verwaltungsrat angehörenden Direktoren widersprechen⁸³.

Ferner ist die Schaffung eines solchen eigenständigen Geschäftsführungsorgans für eine monistische SE mit Sitz in Deutschland auch nicht durch die Ausnahmeregelung des Art. 43 I 2 SE-VO gedeckt. Anders wäre es nur, wenn das deutsche Aktienrecht Regelungen vorsehen würde, dass ein oder mehrere Geschäftsführer, ohne Mitglieder des Verwaltungsorgans sein zu müssen, die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung führen⁸⁴. Dann könnte Deutschland für die SE vorsehen, dass der bzw. die Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung unter genau denselben Voraussetzungen führen, wie sie für nationale Aktiengesellschaften gelten⁸⁵. Da das deutsche Aktienrecht jedoch keine geschäftsführenden Direktoren kennt, kann auch Art. 43 I 2 SE-VO keine Ermächtigung dazu darstellen, gem. § 40 I 2, 3 SEAG bei einer SE mit Sitz in Deutschland die geschäftsführenden Direktoren nicht aus dem Kreis der Verwaltungsratsmitglieder zu bestellen und den Verwaltungsrat ausschließlich mit nicht-geschäftsführenden Mitgliedern zu besetzen.

Als Ergebnis ist festhalten, dass dann, wenn die gesetzliche Mitbestimmungsauffanglösung in der SE zu einer mitbestimmten monistisch strukturierten SE mit Sitz in Deutschland führt, die Folge eine nicht vermeidbare Beteiligung der Arbeitnehmer, nicht nur an der Unternehmensaufsicht, sondern auch an der Unternehmensplanung und -leitung ist. Fatale Folge könnte sein, dass ausländische Gesellschaften mit eigenem monistischen (z.B. Board-) System, für die möglicherweise die Beteiligung an der Gründung einer SE nur bei

deren monistischer Verwaltungsstruktur in Betracht käme, so von der Beteiligung an einer SE mit Sitz in Deutschland abgeschreckt werden. In jedem Fall ist eine echte Wahlmöglichkeit zwischen den beiden, für die SE vorgesehenen Verwaltungsmodelle in Frage gestellt⁸⁶.

III. Fazit und Ausblick

Anders als vielfältig erhofft, kann die SE nur in einem sehr begrenzten Umfang einen Ausweg aus der Mitbestimmung darstellen. Der Grundansatz der Regelung der Mitbestimmung in der SE mittels vorrangiger Verhandlungs- und nachrangiger gesetzlicher Mitbestimmungsauffanglösung führt vielmehr in weiten Teilen dazu, dass es bei Gründung einer SE unter Beteiligung deutscher mitbestimmter Gesellschaften zum Export des deutschen Mitbestimmungsrechtes in die SE kommt. Ob dieses für ausländische Partner die Attraktivität der Gründung einer SE unter Beteiligung deutscher mitbestimmter Gesellschaften erhöht, mag bezweifelt werden.

Festzuhalten ist schließlich, dass die gesetzliche Mitbestimmungsauffanglösung zur monistisch strukturierten SE misslungen ist, so dass für eine mitbestimmte SE mit Sitz in Deutschland die monistische Verwaltungsstruktur keine Alternative zur dualistischen Verwaltungsstruktur darstellen wird. Um diese Problematik zu beheben, kommt nur ein Eingreifen des Gesetzgebers in Betracht, der § 35 SEBG dahingehend ändern müsste, dass die unternehmerische Mitbestimmung im Verwaltungsrat auf die nicht-geschäftsführenden Mitglieder beschränkt wird, damit auch in der monistisch strukturierten SE nur eine Arbeitnehmerbeteiligung an der Unternehmensaufsicht, nicht auch an der Unternehmensleitung besteht. Ob eine solche Änderung von § 35 SEBG vor dem Hintergrund der Vorgaben der SE-Richtlinie überhaupt möglich ist, verbleibt jedoch fraglich⁸⁷.

75 Teichmann, BB 2004, 56 f.; Henssler, Festschr. f. Ulmer, 2003, S. 208 ff.; Reichert/Brandes, ZGR 2003, 790 ff.; Brandt, BB 2005, 3.

76 Teichmann, BB 2004, 56.

77 Kallmeyer, ZIP 2004, 1445; Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 375 f.

78 Vgl. Begr. RegE zu § 35 II SEBG, BR-Dr 438/04, S. 137.

79 Begr. RegE zu § 35 II SEBG, BR-Dr 438/04, S. 137.

80 Zutreffend Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 376.

81 DAV-Handelsrechtsausschuss Nr. 35/04; Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 369 ff.

82 Der Einwand von Teichmann, BB 2004, 60, Art. 43 IV SE-VO stehe bezüglich der Ausgestaltung des monistischen Systems keine inhaltlichen Anforderungen, trifft bereits deshalb nicht zu, weil Art. 43 IV SE-VO den nationalen Gesetzgeber nur ermächtigt, Vorschriften in Bezug auf die SE zu erlassen, die den Vorgaben der SE-VO zum monistischen System „entsprechen“ und damit den Vorgaben u. a. der Art. 38, 43 I SE-VO. Art. 43 IV SE-VO stellt keine Ermächtigung zur Umgehung der durch Art. 9 I SE-VO vorgegebenen Hierarchie des auf die SE anwendbaren Rechtes, insbesondere zur Umgehung von Art. 9 I a SE-VO dar.

83 Ebenso DAV-Handelsrechtsausschuss Nr. 35/04; Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 374.

84 I. E. auch Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 373 (375); DAV-Handelsrechtsausschuss Nr. 35/04.

85 So sieht Frankreich seit 2001 (o. Fußn. 69) in Art. L. 225-51-1 Code de Commerce die Möglichkeit der Trennung des Vorsitzes im conseil d'administration von der Funktion des die allgemeine Geschäftsleitung innehabenden „Directeur Général“ vor, dem noch bis zu fünf weitere geschäftsführende Direktoren („Directeurs Généraux Délégués“) zur Seite gestellt werden können (Art. L. 225-53 Code de Commerce). Während der Vorsitzende im conseil d'administration zwingend aus dem Kreis der Mitglieder zu wählen ist (Art. L. 225-47 Code de Commerce), müssen der „Directeur Général“ oder die „Directeurs Généraux Délégués“ gerade nicht Mitglieder des Verwaltungsrates sein (Guyon [o. Fußn. 69], S. 375), so dass auf diese Weise, gem. Art. 43 I 2 SE-VO, für eine SE mit Sitz in Frankreich eine Abweichung vom monistischen System der Art. 38, 43 I SE-VO mit nur einem einzigen Verwaltungsorgan zulässig ist.

86 Ebenso Götz, ZIP 2003, 1067; Horn, DB 2005, 152.

87 Dafür Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 376.