

# REPORT

Mitbestimmungsreport Nr. 77, 10.2023

Das I.M.U. ist ein Institut  
der Hans-Böckler-Stiftung

## EINDÄMMUNG DES „EINFRIEREFFEKTS“ BEI DER EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFT (SE)

### Rechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Maßnahmen bei SE und grenzüberschreitender Verschmelzung

Rüdiger Krause

#### AUF EINEN BLICK

- Der mögliche „Einfriereffekt“ bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) stellt eine Bedrohung für die Mitbestimmung dar. Wird ein deutsches Unternehmen noch vor dem Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte des Drittelbeteiligungsgesetzes (500 Beschäftigte) bzw. des Mitbestimmungsgesetzes (2000 Beschäftigte) in eine SE umstrukturiert, so verbleibt es grundsätzlich bei der Mitbestimmungsfreiheit bzw. der Drittelbeteiligung, auch wenn die Schwellenwerte später durch Belegschaftswachstum überschritten werden.
- Eine Weiterentwicklung der nationalen Vorschriften für die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE zur Eindämmung des „Einfriereffekts“ muss sich an den Vorgaben der SE-Richtlinie messen lassen.
- Europarechtlich möglich und sinnvoll ist eine Konkretisierung des speziellen Missbrauchsverbots im deutschen SE-Recht.
- Unproblematisch erscheint eine gesetzliche Vermutung für einen Missbrauch, die dann eingreift, wenn innerhalb von vier Jahren nach Gründung der SE die Schwellenwerte der nationalen Mitbestimmungsgesetze überschritten werden. Auch eine gesetzliche Fiktion des Missbrauchs wäre in diesem Fall europarechtlich zulässig.
- Werden die Schwellenwerte erst nach einer längeren Zeitspanne überschritten, müsste mangels Vermutung ein Missbrauch dargetan werden. Hierfür kann der Gesetzgeber Anhaltspunkte schaffen, insbesondere z.B., dass Beschäftigung und Wertschöpfung im Wesentlichen auf Deutschland beschränkt sind („Inlands-SE“).
- Als Rechtsfolge eines Missbrauchs sollten Neuverhandlungen mit einer Auffangregelung vorgesehen werden, die sich an der aktuellen Größe des Unternehmens orientiert.
- Es stellt keine unzulässige Rückwirkung dar, eine solche neue Regelung auf bereits bestehende SE anzuwenden.
- Soweit es um die Eindämmung des „Einfriereffekts“ bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen geht, kann sich der deutsche Gesetzgeber mangels einer speziellen Richtlinienbestimmung nur auf die allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze zum Rechtsmissbrauch stützen.

<b>Vorwort: Der Gesetzgeber ist am Zug</b> . . . . .	3
<b>1 Ausgangslage und Fragestellung</b> . . . . .	4
1.1 Grundzüge der Mitbestimmung in der SE. . . . .	4
1.2 „Einfriereffekt“ bei der SE. . . . .	5
1.3 Anerkannte Durchbrechungen des „Einfriereffekts“ . . . . .	5
1.4 „Einfriereffekt“ bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung . . . . .	8
1.5 Rechtstatsächliche Entwicklung . . . . .	9
1.6 Vorhaben nach dem aktuellen Koalitionsvertrag . . . . .	9
<b>2 Abhilfe durch Schaffung von Vorschriften jenseits der SE-RL</b> . . . . .	10
2.1 Pauschale Sperrwirkung der SE-RL? . . . . .	10
2.2 Günstigere Vorschriften als Sozialpolitik? . . . . .	11
2.3 Günstigere Vorschriften im Bereich der Flexibilitätsklausel? . . . . .	12
<b>3 Abhilfe durch Schaffung von Vorschriften im Rahmen der SE-RL</b> . . . . .	13
3.1 Herrschende Sichtweise: Restriktives Verständnis . . . . .	13
3.2 Rechtsvergleichende Umschau . . . . .	14
3.3 Neue Regelungen im MgFSG . . . . .	17
3.4 Allgemeine Grundsätze zur Umsetzung und Auslegung von Richtlinien . . . . .	18
3.5 Verhältnis von struktureller Veränderung und Rechtsmissbrauchsverbot . . . . .	19
3.6 Verhinderung der Vorenthaltung von Beteiligungsrechten . . . . .	19
3.7 Systematische Aussagekraft der Erwägungsgründe der SE-RL . . . . .	21
3.8 Bedeutung der allgemeinen Grundsätze über das europäische Rechtsmissbrauchsverbot . . . . .	22
3.9 Ziele der SE-Richtlinie unter dem besonderen Blickwinkel des Missbrauchsverbots. . . . .	24
3.10 Impulse aus der Umwandlungsrichtlinie . . . . .	27
3.11 Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs-konzepts der SE-RL . . . . .	29
3.12 Vereinbarkeit der Berücksichtigung nachträglicher Umstände mit dem Primärrecht . . . . .	33
<b>4 Rechtslage bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung</b> . . . . .	34
<b>5 Vertrauensschutz gegenüber Änderungen des Missbrauchsverbots?</b> . . . . .	34
<b>6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> . . . . .	36
<b>Literatur</b> . . . . .	38

**Prof. Dr. Rüdiger Krause**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Georg-August-Universität  
Göttingen und Direktor am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft  
der Universitäten Göttingen und Nanjing (Standort Göttingen)  
lehrstuhl.krause@jura.uni-goettingen.de

## VORWORT

### DER GESETZGEBER IST AM ZUG

Kooperation und Sozialpartnerschaft bilden einen Grundpfeiler des Erfolgs der sozialen Marktwirtschaft. Deutschland ist in der Vergangenheit besser durch Krisen hindurchgekommen als viele andere Länder. Angesichts der immensen Herausforderungen der Zukunft ist für den Zusammenhalt des Landes eine gelebte Sozialpartnerschaft in einem ausgewogenen Kräfteverhältnis mehr denn je gefragt. Als Kernbestandteil gehört dazu die Unternehmensmitbestimmung. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bilden das Gegengewicht zu einseitigen Investorenentscheidungen.

Dennoch hat das Ausmaß der Mitbestimmungsvermeidung seit den 2000er-Jahren dramatisch zugenommen. Mindestens 424 Unternehmen mit mehr als 2000 Arbeitnehmern im Inland umgehen die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Das betrifft mindestens 2,4 Millionen Beschäftigte. Im Bereich der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) ist das Problem aufgrund des „Einfriereffekts“ besonders gravierend.

Nur jede sechste SE mit mehr als 2000 Inlandsbeschäftigten ist aktuell paritätisch mitbestimmt. Das stellt eine Gefahr für die Zukunft der Mitbestimmung dar, weil sich insbesondere nachwachsende Unternehmen, auch vielfach Familienunternehmen, mittels SE der Mitbestimmung entziehen. Wer den Wert der Mitbestimmung bewahren möchte, muss sich für die Eindämmung des „Einfriereffekts“ bei der SE

einsetzen.

Das Ziel des Koalitionsvertrags der Bundesregierung ist es, das „Einfrieren“ der Mitbestimmung zu unterbinden. Dort heißt es: „Missbräuchliche Umgehungen geltenden Mitbestimmungsrechts wollen wir verhindern.“ Und „die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt)“.

Prof. Dr. Rüdiger Krause hat umfassend und überzeugend die rechtlichen Möglichkeiten im nationalen Recht dahingehend ausgelotet, wie der „Einfriereffekt“ durch ein dynamisches Element im SEBG eingedämmt werden kann. Nun ist der nationale Gesetzgeber gefragt, die Vorschläge umzusetzen. Ein Warten auf europäische Abhilfe kann nicht die Lösung sein.

**Dr. Sebastian Sick**  
Leiter Unternehmensrecht und  
Corporate Governance  
Institut für Mitbestimmung und  
Unternehmensführung  
der Hans-Böckler-Stiftung

# 1 AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

Seit mittlerweile fast zwanzig Jahren verfügen Unternehmen über die Möglichkeit, neben den traditionellen Rechtsformen des deutschen Rechts unter bestimmten Voraussetzungen auch die Rechtsform „Europäische Gesellschaft“ (Societas Europaea – SE) anzunehmen.<sup>1</sup> Hierbei handelt es sich um eine supranationale Rechtsform, die der Aktiengesellschaft gleicht und deshalb vielfach auch als „Europäische Aktiengesellschaft“ bezeichnet wird. Ungeachtet ihres originär europäischen Rechtscharakters setzt sich ihre rechtliche Struktur aus einem komplexen Geflecht von unionsrechtlichen und nationalen Rechtsquellen zusammen. Auf der Ebene des Unionsrechts finden sich die maßgeblichen Vorschriften in der das Gesellschaftsrecht betreffenden Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 (SE-Verordnung – SE-VO) und in der die Arbeitnehmerbeteiligung betreffenden Richtlinie 2001/86/EG (SE-Richtlinie – SE-RL). Diesen beiden europäischen Rechtsakten, die inhaltlich eine Einheit bilden,<sup>2</sup> entsprechen im deutschen Recht das SE-Einführungsgesetz (SEEG) und das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG). Hinzu treten für eine Reihe von Rechtsfragen für SE mit (künftigem) Sitz in Deutschland das AktG sowie das UmwG, außerdem das jeweilige Satzungsrecht der SE sowie gegebenenfalls vereinbartes Recht in Gestalt der sog. SE-Beteiligungsvereinbarung über Fragen der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE. Da für die SE somit nicht ausschließlich supranationales Recht gilt, sondern vielfach auf das Recht des Sitzstaates verwiesen wird, ist es legitim, mit Blick auf SE mit Sitz in Deutschland von „deutschen SE“ zu sprechen,<sup>3</sup> deren mitbestimmungsrechtliche Fragen den hauptsächlichen Gegenstand des Gutachtens bilden, wobei zur Abrundung der Ausführungen auch die grenzüberschreitende Verschmelzung einbezogen wird.

## 1.1 Grundzüge der Mitbestimmung in der SE

Die Beteiligung der Arbeitnehmer, unter der jedes Verfahren zu verstehen ist, durch das Arbeitnehmervertreter auf die Beschlussfassung in der Gesellschaft Einfluss nehmen können,<sup>4</sup> und die sich aus den beiden Komponenten der grenzüberschreitenden (betrieblichen) Unterrichtung und Anhörung<sup>5</sup> sowie der (unternehmerischen) Mitbestimmung<sup>6</sup> zusammensetzt, ist im deutschen Recht im SEBG als Instrument zur Umsetzung der Vorgaben der SE-RL geregelt.

Im Hinblick auf die nachfolgend allein thematisierte unternehmerische Mitbestimmung in der SE ist

zunächst zentral, dass der europäische Gesetzgeber vor dem Hintergrund der hierzu in den Mitgliedstaaten bestehenden Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten zum einen davon abgesehen hat, für diese Gesellschaftsform ein einheitliches europäisches Mitbestimmungsregime zu schaffen, das für das Aufsicht- oder Verwaltungsorgan der SE ein bestimmtes Niveau der Einflussnahme der Arbeitnehmerseite vorschreibt.<sup>7</sup> Zum anderen unterliegen deutsche SE gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG entsprechend der Vorgabe in Art. 13 Abs. 2 SE-RL aber auch nicht den allgemeinen deutschen Mitbestimmungsgesetzen. Das MitbestG und das DrittelbG sind mithin auch dann nicht anwendbar, wenn eine deutsche SE die für diese Gesetze maßgeblichen Schwellenwerte (nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer bzw. nach § 1 Abs. 1 DrittelbG – grundsätzlich – in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer) erreicht. Das geltende Recht enthält für deutsche SE also keine dynamische Verweisung auf die entsprechenden deutschen Mitbestimmungsvorschriften. Diese Abkoppelung vom deutschen Mitbestimmungsrecht wird dadurch untermauert, dass weder § 1 Abs. 1 MitbestG noch § 1 Abs. 1 DrittelbG die SE im jeweiligen Katalog der erfassten Rechtsformen auflistet. Die allgemeinen subsidiären Verweisungen in der SE-VO auf diejenigen Rechtsvorschriften, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft zur Anwendung kommen würden (vgl. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c ii und Art. 10 SE-VO), vermögen hieran nichts zu ändern.

An die Stelle eines originären gesetzlichen Mitbestimmungsregimes tritt für die SE ein spezifisches europäisches Mitbestimmungsmodell, das sich aus einem vorrangigen Verhandlungsverfahren<sup>8</sup> und einer subsidiären Auffangregelung zusammensetzt. So sollen die Leitungen der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften einerseits und ein besonderes Verhandlungsgremium als Vertretung der Arbeitnehmer der betroffenen Gesellschaften und Tochtergesellschaften andererseits grundsätzlich zunächst über die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung in der SE verhandeln (§§ 4 bis 21 SEBG). Diese Verhandlungen werden durch eine nachgelagerte gesetzliche Auffangregelung abgestützt, die in einer Reihe von enumerativ genannten Fällen zur Anwendung kommt (§§ 34 bis 38 SEBG) und die sich am höchsten aktuell bestehenden Mitbestimmungsniveau in der Ausgangsgesellschaft bzw. den Ausgangsgesellschaften (je nach Gründungsart unter der zusätzlichen Voraussetzung des Erreichens bestimmter Schwellenwerte) orientiert. Das europäische Mitbestimmungskonzept wird dadurch abgesichert, dass eine SE nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO erst dann in das Handelsregister einge-

1 BGBl. I 2004, S. 3675 (3701).

2 Siehe Erwägungsgrund 19 SE-VO.

3 Vgl. HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG, Einl. Rn. 5.

4 Art. 2 Buchst. h SE-RL, § 2 Abs. 8 SEBG. Zum Begriff der Beteiligungsrechte siehe § 2 Abs. 9 SEBG.

5 Art. 2 Buchst. i und j SE-RL, § 2 Abs. 10 und 11 SEBG.

6 Art. 2 Buchst. k SE-RL, § 2 Abs. 12 SEBG.

7 Vgl. Erwägungsgrund 5 SE-RL; siehe auch EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 (Rn. 38) – SAP.

8 Von Thüsing/Peisker, NJOZ 2022, 1377 (1377), zutreffend als „Markenzeichen“ des europäischen Mitbestimmungsrechts charakterisiert.

tragen werden darf und damit die Gründung der SE wirksam wird, wenn eine Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen worden ist, das besondere Verhandlungsgremium einen wirksamen Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen gefasst hat oder die Verhandlungsfrist von (regelmäßig) sechs Monaten abgelaufen ist.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund hängt das tatsächliche Gewicht der Arbeitnehmerseite in den Verhandlungen über die Beteiligungsvereinbarung wesentlich davon ab, ob sie sich auf eine Auffangregelung stützen kann, die den Beschäftigten gegebenenfalls eine Mitbestimmung auf dem Niveau des MitbestG oder zumindest des DrittelbG gewährleistet („Bargaining in the Shadow of the Law“). Sofern in der Ausgangsgesellschaft bzw. den Ausgangsgesellschaften keine Mitbestimmung existiert, kann sie gemäß § 21 SEBG zwar vereinbart werden. Entsprechendes gilt bei Gesellschaften mit vorhandener Drittelbeteiligung im Hinblick auf eine Aufstockung zur Parität. Wie die bisherigen Erfahrungen mit SE-Gründungen in Deutschland zeigen, ist diese Möglichkeit aber reine Theorie und kommt in der Praxis nicht vor. Zwar werden bei SE-Gründungen, soweit ersichtlich, vielfach Beteiligungsvereinbarungen abgeschlossen. Dabei gelingt der Arbeitnehmerseite aber allenfalls eine Aufrechterhaltung des Status quo. Zudem müssen häufig Abstriche, wenn auch nicht bei der Quote, so doch bei der Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat hingenommen werden. Die mitbestimmungsrechtliche Situation vor der Eintragung der SE determiniert damit zu großen Teilen das mitbestimmungsrechtliche Niveau in der eingetragenen SE.

## 1.2 „Einfriereffekt“ bei der SE

Die soeben skizzierte Rechtslage eröffnet für den Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung bei der SE zumindest im Ausgangspunkt die Möglichkeit zur Vermeidung jeglicher Mitbestimmung bzw. zur Konservierung des bestehenden – niedrigeren – Umfangs der Mitbestimmung (sog. „Einfriereffekt“ bzw. „Zementierungseffekt“).<sup>9</sup> Da für die SE kein originäres europäisches Mitbestimmungsrecht existiert und das allgemeine deutsche Mitbestimmungsrecht, wie erwähnt, auf SE mit Sitz in Deutschland nicht zur Anwendung kommt, spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob eine unter Beteiligung einer mitbestimmungsfreien deutschen Gesellschaft gegründete,<sup>10</sup> und daher praktisch ausnahmslos ebenfalls mitbestimmungs-

freie SE, zu einem späteren Zeitpunkt in einer Weise wächst, die für den Fall, dass das Unternehmen in der Form einer deutschen AG betrieben würde, infolge des Erreichens des maßgeblichen Schwellenwertes nunmehr zur Anwendbarkeit des deutschen Mitbestimmungsrechts führen würde. Entsprechendes gilt bei einer deutschen Gesellschaft mit einer bereits vorhandenen Drittelbeteiligung, wenn die unter ihrer Beteiligung gebildete SE, bei der es qua Vereinbarung oder qua gesetzlicher Auffangregelung praktisch ausnahmslos (höchstens) zu einer Drittelbeteiligung kommen wird, später den für die paritätische Mitbestimmung einschlägigen Schwellenwert erreicht.

Zu einer Sonderform des „Einfriereffekts“ würde es kommen, wenn man im Zusammenhang mit der Gründung einer SE für die Frage der Wirksamkeit der Beteiligungsvereinbarung bei der Umwandlung (§ 21 Abs.6 SEBG) sowie für den Inhalt der gesetzlichen Auffangregelung bei einer bereits mitbestimmungspflichtigen Gesellschaft auf das mitbestimmungswidrige Ist-Statut und nicht auf das gesetzeskonforme Soll-Statut abstellen würde, wie dies große Teile des Schrifttums annehmen,<sup>11</sup> obgleich hierdurch im Ergebnis eine gesetzeswidrige Praxis dauerhaft „belehrt“ würde. Nachdem sich hiergegen in der deutschen Rechtsprechung schon in der Vergangenheit zunehmender Widerstand erhoben hat,<sup>12</sup> dürfte sich infolge der in der aktuellen Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SAP zum Ausdruck kommenden Sichtweise<sup>13</sup> nunmehr allerdings die Maßgeblichkeit des Soll-Zustands durchsetzen, wodurch diese offene Flanke geschlossen würde.

## 1.3 Anerkannte Durchbrechungen des „Einfriereffekts“

Das SEBG sieht bereits in seiner gegenwärtigen Fassung verschiedene Wege zur Durchbrechung des skizzierten „Einfriereffekts“ vor, die praktisch aber nur von geringer Bedeutung sind.

So kann einer Perpetuierung der Mitbestimmungsfreiheit bzw. des bisherigen Mitbestimmungsniveaus in der SE zunächst dadurch entgegengewirkt werden, dass sich die Parteien in der Beteiligungsvereinbarung auf der Grundlage von § 21 Abs.1 Nr.6 bzw. Abs.4 SEBG autonom auf Neuverhandlungen für den Fall eines entsprechenden Beschäftigungswach-

<sup>9</sup> Siehe nur OLG München v. 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, ZIP 2020, 1017 (1021) – Sixt; Brandes, ZIP 2008, 2193 (2193 f.); Götz/Winzer/Arnold, ZIP 2009, 245 (251 f.); HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 18 Rn. 4; Kiem, ZHR 173 (2009), 156 (158): „Perpetuierungseffekt“; Rieble, BB 2006, 2018 (2020 f.); WHSS/Seibt, 6. Aufl., 2021, Rn. F 178; Uffmann, AG 2022, 427 (434); Werner, NZG 2022, 541 (542); Witschen, ZGR 2016, 644 (646); Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 277 (282).

<sup>10</sup> Zum Numerus clausus der vier primären SE-Gründungsformen siehe Art. 2 SE-VO.

<sup>11</sup> Siehe nur HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 34 Rn. 6 m. w. N.

<sup>12</sup> Vgl. BGH v. 23.7.2019 – II ZB 20/18, ZIP 2019, 1762 – Deutsche Wohnen (bei bereits eingeleitetem Statusverfahren); OLG München v. 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, ZIP 2020, 1017 – Sixt (bereits bei Möglichkeit der Einleitung eines Statusverfahrens).

<sup>13</sup> Siehe EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 (Rn. 37) – SAP; dazu Grüneberg/Hay/Sick, AuR 2023, 119 (121); Schubert, ZGR 2023, 245 (255 ff.); kritisch Hauser, AG 2022, 850 (853 f.).

tums der SE einigen<sup>14</sup> und für diese Verhandlungen auf der Basis von § 21 Abs. 5 SEBG als Auffangregelung dasjenige Mitbestimmungsniveau vorsehen, das zu diesem Zeitpunkt bei einer AG deutschen Rechts hypothetisch anwendbar wäre. Dass sich das Unternehmen auf eine solche Regelung über eine Art Dynamisierung bei der Aushandlung der Beteiligungsvereinbarung einlässt, dürfte indes realitätsfern sein.<sup>15</sup>

Weiter soll es zu Neuverhandlungen nach verbreiteter Ansicht auch ohne eine dahingehende Vereinbarung in allen Fällen kommen, in denen die bisherige Beteiligungsvereinbarung endet.<sup>16</sup> Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung der Beteiligungsvereinbarung, für die auf der Arbeitnehmerseite der SE-Betriebsrat zuständig wäre,<sup>17</sup> wird für den Fall, dass es in der Vereinbarung an einer ausdrücklichen Kündigungsregelung fehlt, allerdings nur vereinzelt bejaht,<sup>18</sup> während sie von der h.M. abgelehnt wird<sup>19</sup>. Selbst wenn man der Minderansicht folgt und bei einem anschließenden Scheitern der Neuverhandlungen die gesetzliche Auffangregelung für anwendbar hält, führt dies letztlich aber nicht weiter, weil die Stellungnahmen im Schrifttum über den konkreten Inhalt der Auffangregelung nur um die Frage kreisen, ob auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gründung der SE<sup>20</sup> oder auf die Verhältnisse in der SE im Zeitpunkt der Beendigung der Beteiligungsvereinbarung<sup>21</sup> abzustellen ist, während eine Heranziehung des hypothetisch anwendbaren nationalen Mitbestimmungsrechts als Maßstab für die Auffangregelung abgelehnt wird<sup>22</sup>. Vor diesem Hintergrund ergibt sich für die Arbeitnehmerseite daher auch auf diesem Wege keine realistische Option, eine Beteiligungsvereinbarung, die in einer Situation ohne echte Verhandlungsmacht abgeschlossen worden ist, zu beenden, um anschließend Neuverhandlungen mit einer nunmehr entsprechend stärkeren Auffangregelung im Rücken führen zu können.

Einen weiteren Weg zur Durchbrechung des „Einrieffeffekts“ enthält § 18 Abs. 1 und 2 SEBG, der eine Wiederaufnahme der Verhandlungen allerdings nur für die Fälle vorsieht, in denen das besondere Ver-

handlungsgremium einen Beschluss nach § 16 Abs. 1 SEBG darüber gefasst hat, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen wieder abzubrechen. Vor allem aber ist die Verhandlungsposition der Arbeitnehmerseite schwach, weil sich das besondere Verhandlungsgremium in dieser Gestaltung gemäß § 18 Abs. 2 SEBG von vornherein nicht auf die gesetzliche Auffangregelung stützen kann.<sup>23</sup> Wird in den neuerlichen Verhandlungen keine Einigung über eine Arbeitnehmerbeteiligung erzielt, bleibt die SE deshalb mitbestimmungsfrei.<sup>24</sup>

Eine stärkere Verhandlungsposition kommt der Arbeitnehmerseite im Grundsatz gemäß § 18 Abs. 3 SEBG bei strukturellen Änderungen zu, der das bereits in § 1 Abs. 4 SEBG enthaltene Prinzip der Anwendung der Gründungsgrundsätze auch auf strukturelle Änderungen einer gegründeten SE näher konkretisiert. So hat nach § 18 Abs. 3 SEBG neben der Leitung auch die Arbeitnehmerseite in Gestalt des SE-Betriebsrats für den Fall, dass strukturelle Änderungen der SE geplant sind, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, ein Initiativrecht auf eine Wiederaufnahme der Verhandlungen über die Beteiligungsvereinbarung, wobei dieses Neuverhandlungsverfahren aufgrund der Verweisung in § 18 Abs. 3 S. 3 SEBG auf die §§ 34 bis 38 SEBG durch die gesetzliche Auffangregelung abgesichert ist.

Der Mechanismus des § 18 Abs. 3 SEBG wird allerdings nur dann aktiviert, wenn der in Rede stehende spätere Vorgang als „strukturelle Änderung“ qualifiziert werden kann, weil kein allgemeiner Neuverhandlungsanspruch und erst recht keine dahinterstehende gesetzliche Auffangregelung existieren<sup>25</sup>. Für die konkrete Wirkung von § 18 Abs. 3 SEBG ist daher zunächst entscheidend, dass nach nahezu einhelliger Sichtweise in Rechtsprechung und Schrifttum der in dieser Vorschrift verwendete Begriff der „strukturellen Änderungen“ ungeachtet der Frage, ob darunter nur „gründungsähnliche Vorgänge“ bzw. „korporative Akte von erheblichem Gewicht“ oder in Anlehnung an § 37 Abs. 1 EBRG auch sonstige wesentliche Strukturveränderungen zu verstehen sind, jedenfalls nicht das schlichte Beschäftigungswachstum durch Einstellung von Arbeitnehmern („organisches Wachstum“) umfasst.<sup>26</sup> Einzelne Verfechter der herrschenden Ansicht gehen sogar so weit, dass sie sich für

14 Vgl. Ege/Grzimek/Schwarzfischer, DB 2011, 1205 (1207); KölnerKomm AktG/Feuerborn, 4. Aufl., 2021, SEBG § 21 Rn. 40; HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 21 Rn. 25; Oetker, FS Konzen, 2006, 635 (646); Witschen, ZGR 2016, 644 (667 f.).

15 Pointiert Rieble, BB 2006, 2018 (2022).

16 Vgl. HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 21 Rn. 17; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 21 Rn. 36; LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 21 Rn. 38; für ein sofortiges Eingreifen der gesetzlichen Auffangregelung Witschen, ZGR 2016, 644 (669).

17 Vgl. LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 21 Rn. 36.

18 Hoops, Mitbestimmungsvereinbarung, 2009, S. 128; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 21 Rn. 33; Linden, Mitbestimmungsvereinbarung, 2012, S. 128.

19 HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, § 21 SEBG Rn. 23; LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 21 Rn. 35; Witschen, ZGR 2016, 644 (663 f.).

20 HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 21 Rn. 17.

21 MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 21 Rn. 36; Witschen, ZGR 2016, 644 (675 f.).

22 So ausdrücklich Witschen, ZGR 2016, 644 (676).

23 Witschen, ZGR 2016, 644 (650 f.).

24 Siehe nur NFK/Freis, SEBG, SCEBG, MgVG, 3. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 7; HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 6; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 18 Rn. 5.

25 ArbG Stuttgart v. 29.4.2008 – 12 BV 109/97, Juris (Rn. 114); MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 18 Rn. 1.

26 OLG Düsseldorf v. 30.3.2009 – I-3 Wx 248/08, ZIP 2009, 918 (920); ArbG Hamburg v. 28.2.2020 – 17 BV 20/19, BeckRS 2020, 41396 Rn. 21; VHMD/Annuß/Rudolph, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2. Aufl., 2022, § 14 Rn. 181; Grau/Kruppa, RdA 2022, 72 (79); HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 13; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 18 Rn. 10; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 18 Rn. 24; Krause, BB 2005, 1221 (1228); LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 18 Rn. 13; Werner, NZG 2022, 541 (542) jeweils m. w. N.

eine enge Interpretation des Begriffs der strukturellen Änderung gerade deshalb aussprechen, um hierdurch das „Einfrieren“ des Mitbestimmungsniveaus in der SE abzusichern.<sup>27</sup> Die vereinzelt vertretene Gegenansicht, nach der schon nach geltendem Recht der bloße Anstieg der Beschäftigtenzahl eine strukturelle Änderung darstellen könne,<sup>28</sup> hat sich nicht durchsetzen können.

Hinzu kommt, dass es nach § 18 Abs. 3 SEBG einer Eignung der geplanten strukturellen Maßnahme zur Minderung von Beteiligungsrechten bedarf, was von der herrschenden Meinung ebenfalls wiederum eng ausgelegt wird. So soll ein bloßes Vorenthalten von Beteiligungsrechten insoweit nicht genügen.<sup>29</sup> Insbesondere will man gerade keinen Vergleich mit einer der Mitbestimmung unterfallenden deutschen Gesellschaft anstellen.<sup>30</sup> Nach der herrschenden Ansicht löst das Überschreiten der entsprechenden Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze (MitbestG und DrittelbG) für sich genommen also keinen Neuverhandlungsmechanismus aus.

Auch von den Rechtsfolgen her ist die gegenwärtige Ausprägung des § 18 Abs. 3 SEBG wenig geeignet, um dem „Einfriereffekt“ entgegenzuwirken. Zwar kommt bei einem Scheitern der Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 S. 3 SEBG die gesetzliche Auffangregelung über die Mitbestimmung gemäß den §§ 34 bis 38 SEBG zur Anwendung. Diese Verweisung wird im Allgemeinen aber dahin verstanden, dass sich die Auffangregelung am Umfang der Mitbestimmung orientiert, der den Arbeitnehmern in der SE sowie den gegebenenfalls hinzukommenden Arbeitnehmern in ihrem Unternehmen zustand.<sup>31</sup> In den hier erörterten Fällen des späteren organischen Wachstums der SE bedeutet dies, dass sich die Auffangregelung an der Mitbestimmungsfreiheit bzw. an der bloßen Drittelbeteiligung der SE ausrichtet. Dagegen kommt es nicht auf das gesetzlich vorgesehene Mitbestimmungsniveau an, das bestünde, wenn es sich bei der SE im Zeitpunkt dieser Änderung um eine AG deutschen Rechts handeln würde.<sup>32</sup> Alles in allem ist daher auch der Weg über § 18 Abs. 3 SEBG jedenfalls in seiner ge-

genwärtigen Ausprägung kaum geeignet, um dem „Einfriereffekt“ effektiv entgegenzutreten.

Über die bisher angesprochenen Regelungen hinaus enthält § 43 SEBG ein Missbrauchsverbot. Danach darf nach § 43 S. 1 SEBG eine SE nicht dazu missbraucht werden, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Konkretisiert wird das Missbrauchsverbot im Wege einer Koppelung mit der soeben angesprochenen Vorschrift des § 18 Abs. 3 SEBG. So wird gemäß § 43 S. 2 SEBG ein Missbrauch vermutet, wenn ohne die Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG innerhalb eines Jahres seit Gründung der SE eine strukturelle Änderung stattfindet, aufgrund der den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen werden. Auch das Missbrauchsverbot bietet in seiner gegenwärtigen Fassung zumindest nach herrschender Deutung indes keine Handhabe gegen den skizzierten „Einfriereffekt“ in denjenigen Gestaltungen, in denen Unternehmen, die zunächst mitbestimmungsfrei gewesen sind, im Gewande einer SE organisch in eine Größenordnung hineinwachsen, bei der sie für den Fall der Wahl einer deutschen Rechtsform der Mitbestimmung unterliegen würden. Entsprechendes gilt bei einer deutschen Gesellschaft mit einer bereits vorhandenen Drittelbeteiligung, wenn die unter ihrer Beteiligung gebildete SE später infolge organischen Wachstums die Schwelle zur paritätischen Mitbestimmung erreicht. Die Vermutungsregelung des § 43 S. 2 SEBG führt nämlich im Wesentlichen nur zum Begriff der strukturellen Änderung sowie zum Merkmal der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten zurück.<sup>33</sup> Zudem umfasst die Regelung nur solche Veränderungen, die innerhalb eines Jahres nach der Gründung der SE stattfinden.

Im Übrigen lässt sich in Einzelfällen eines späteren Erreichens der maßgeblichen Schwellenwerte zwar daran denken, auf das allgemeine Missbrauchsverbot zurückzugreifen. Immerhin genügt es nach dem Wortlaut von § 43 S. 1 SEBG, dass den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte „vorenthalten“ werden. Danach ist es für den Missbrauchstatbestand nicht erforderlich, dass bereits bestehende Beteiligungsrechte wieder entzogen werden. Sofern Handlungsmöglichkeiten genutzt werden, die durch die Rechtsform der SE eröffnet werden und die dazu führen, dass in der SE keine unternehmerische Mitbestimmung etabliert wird, wie sie in einer vergleichbaren Gesellschaft deutschen Rechts vorgeschrieben wäre, wird dies in Ablehnung an die Gesetzesmaterialien<sup>34</sup> aber nicht schon als Missbrauch eingestuft.<sup>35</sup> Zudem fordert man für

27 Cannistra, Verhandlungsverfahren, 2014, S. 239.

28 NFK/Freis, SEBG, SCEBG, MgVG, 5. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 11; Köstler, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 2005, S. 331 (371); HaKo-BetrVG/Sick, 6. Aufl., 2022, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und grenzüberschreitende Verschmelzung – SE-Betriebsrat und Arbeitnehmerbeteiligung Rn. 52; Sick, FS Kempen, 2013, 361 (380); möglicherweise auch OLG München v. 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, ZIP 2020, 1017 (1021) – Sixt; diffus Güntzel, Arbeitnehmerbeteiligung, 2006, S. 316 ff., 432.

29 HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 18 Rn. 10; LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 18 Rn. 30 ff.

30 HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 14; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 18 Rn. 14.

31 VHMD/Annuß/Rudolph, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2. Aufl., 2022, § 14 Rn. 185; HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 18 Rn. 28; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 18 Rn. 25.

32 In diese Richtung aber Sick, FS Kempen, 2013, 361 (380): „Auffanglösung müsste sich an den neuen Fakten orientieren.“

33 Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 454 ff.

34 Vgl. BT-Drs.15/3405, S. 57.

35 VHMD/Annuß/Rudolph, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2. Aufl., 2022, § 14 Rn. 334; Drinhäusen/Keinath, BB 2011, 2699 (2704); HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 43 Rn. 8; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 43 Rn. 3; MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 43 Rn. 4; Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 460; Rieble, BB 2006, 2018 (2022).

den Missbrauch im Anschluss an die Gesetzesbegründung<sup>36</sup> im Allgemeinen ein subjektives Element auf Seiten der handelnden Akteure.<sup>37</sup> Zwar kann eine von vornherein bestehende Strategie, die SE gezielt als Vehikel zur Umgehung der deutschen Mitbestimmung zu nutzen, indem etwa ein Standort vorübergehend geschlossen oder die Einstellung einer größeren Anzahl von Beschäftigten in der deutlich erkennbaren Absicht hinausgezögert wird, die maßgeblichen Schwellenwerte erst unmittelbar nach der SE-Gründung zu überschreiten, durchaus bereits als Missbrauch qualifiziert werden.<sup>38</sup> Auch mit einem eher großzügigen Einsatz der Rechtsfigur des Missbrauchs lassen sich nach dem derzeit geltenden SEBG aber nicht alle Fälle treffsicher erfassen, in denen es erst im Laufe der Zeit zu einem relevanten Anwachsen der SE kommt.

Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen dysfunktional und unklar. So legt der Straftatbestand des § 45 Abs.1 Nr.2 SEBG eine eher enge Interpretation des Missbrauchs nahe. Zudem sind die zivilrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 43 SEBG diffus.<sup>39</sup> Insbesondere tritt nicht klar hervor, ob es zu neuen Verhandlungen kommen soll, bei denen sich die Auffanglösung an demjenigen Mitbestimmungsniveau orientiert, das im Zeitpunkt der Verhandlungen in der betroffenen SE zur Anwendung kommen würde. Alles in allem stellt die gegenwärtige Ausprägung des Missbrauchsverbots somit ebenfalls kein geeignetes Instrument dar, um dem mitbestimmungsrechtlichen „Einfriereffekt“ wirksam zu begegnen.

#### 1.4 „Einfriereffekt“ bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Zu einer Perpetuierung von Mitbestimmungsfreiheit bzw. einer Drittelbeteiligung trotz eines späteren Beschäftigungswachstums kann es auch in den Fällen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach dem MgVG kommen. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass aus einer solchen grenzüberschreitenden Verschmelzung eine Gesellschaft nationalen Rechts hervorgeht, auf die nach § 4 MgVG im Ausgangspunkt die Mitbestimmungsregelungen des Mitgliedstaats – dynamisch – zur Anwendung kommen, in dem die Gesellschaft ihren Satzungssitz hat.<sup>40</sup> Bei einem Satzungssitz in Deutschland würde eine ursprünglich mitbestimmungsfreie Gesellschaft im Falle eines entsprechenden Beschäftigungsaufbaus also

automatisch in die Mitbestimmung hineinwachsen. Entsprechendes gilt bei einer ursprünglich bestehenden Drittelbeteiligung für den Fall des Erreichens des Schwellenwertes für die paritätische Mitbestimmung.

Diese Grundregel gilt aber nicht in den Fällen des § 5 MgVG. Sofern eine der drei dort genannten Konstellationen vorliegt,<sup>41</sup> greift ebenfalls wiederum das europäische Mitbestimmungsmodell, bestehend aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung, ein, wodurch das Sitzstaatprinzip grundsätzlich verdrängt wird. Hierbei kann die Leitung nach § 23 Abs.1 S.1 Nr.3 MgVG die gesetzliche Auffangregelung unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar zur Anwendung bringen, während das besondere Verhandlungsgremium durch einen Beschluss nach Maßgabe von § 18 S.1 und 2 MgVG über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen gemäß § 18 S.3 MgVG umgekehrt die (dynamische) Geltung des Sitzstaatrechts herbeiführen kann.<sup>42</sup> Hinsichtlich der beiden Wahlrechte geht man im Allgemeinen von einem Exklusivitätsverhältnis zueinander aus, wobei der zeitlich zuerst erfolgte Beschluss maßgebend sein soll.<sup>43</sup> Wird eine Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen oder liegen die Voraussetzungen für eine Mitbestimmung kraft Gesetzes vor, bleiben das darin festgeschriebene Mitbestimmungsniveau von einem späteren Wachstum grundsätzlich unberührt. Allerdings kommt die gesetzliche Auffangregelung vorbehaltlich einer entsprechenden Parteivereinbarung (vgl. § 23 Abs.1 S.1 Nr.1 MgVG) gemäß § 23 Abs.1 S.2 MgVG nur dann zur Anwendung, wenn in den beteiligten Gesellschaften mindestens eine Form der Mitbestimmung bestanden hat (und weitere Voraussetzungen vorliegen), sofern nicht das besondere Verhandlungsgremium bereits vor der Entscheidung der Leitungen im Sinne von § 23 Abs.1 S.1 Nr.3 MgVG einen Beschluss nach § 18 MgVG gefasst hat, keine Verhandlungen aufzunehmen oder diese abzubrechen.<sup>44</sup> Gegen den Willen der Arbeitnehmerseite lässt sich nach der Konzeption des MgVG also keine völlige Mitbestimmungsfreiheit,<sup>45</sup> wohl aber gegebenenfalls eine Drittelbeteiligung „zementieren“<sup>46</sup>.

Eine Durchbrechung des „Einfriereffekts“ kann gemäß § 22 Abs.1 Nr.2 bzw. Abs. 2 MgVG in der Beteiligungsvereinbarung selbst geregelt werden, was indes wiederum wenig realistisch erscheint. Im Übrigen kennt das MgVG keine allgemeine Neuverhandlungs-

36 Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 57: „gezieltes Ausnutzen“.

37 Vgl. MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 43 Rn. 4; Wollburg/Banerjee, ZIP 2005, 277 (281).

38 Siehe LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 43 Rn. 7.

39 Siehe MüKo/Jacobs, 5. Aufl., 2021, SEBG § 43 Rn. 8; LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 43 Rn. 12 f.

40 Zur Relevanz des Satzungssitzes siehe nur Baschnagel/Hilser/Wagner, RdA 2023, 103 (104); Forst, AG 2013, 588 (588 f.); HH/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, MgVG § 4 Rn. 1; Schubert, RdA 2007, 9 (9 f.); HD/Thüsing/Forst, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, MgVG § 4 Rn. 2.

41 Hierzu sowie zur umstrittenen Interpretation insbesondere von § 5 Nr.3 MgVG siehe HD/Thüsing/Forst, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, MgVG § 5 Rn. 2 ff. m. w. N.

42 Müller-Bonanni/Müntefering, NJW 2009, 2347 (2351).

43 Cannistra, Verhandlungsverfahren, 2014, S. 133; Müller-Bonanni/Müntefering, NJW 2009, 2347 (2351): „Prinzip der zeitlichen Priorität“; HD/Thüsing/Forst, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, MgVG § 23 Rn. 15; ebenso wohl Brandes, ZIP 2008, 2193 (2197).

44 Zu den Einzelheiten HD/Thüsing/Forst, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, MgVG § 23 Rn. 6 ff., 12.

45 Ege/Grzimek/Schwarzfischer, DB 2011, 1205 (1211); Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699 (1702); unvollständig daher Brandes, ZIP 2008, 2193 (2194); Götze/Winzer/Arnold, ZIP 2009, 245 (253); Grohmann, Mitbestimmungsverteilung, 2020, S. 83.

46 Mückl/Blunck, DB 2022, 735 (739).

pflicht bei strukturellen Änderungen entsprechend § 18 Abs. 3 SEBG. Wohl aber sehen die durch das Gesetz zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen neu gefassten bzw. neu eingeführten Regelungen der §§ 30, 30a MgVG n.F. nunmehr eine neuerliche Anwendung des Konzepts von Verhandlungsverfahren und Auffangregelung bei innerstaatlichen bzw. grenzüberschreitenden Umwandlungen vor, die nach dem Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung erfolgen, wobei für die verschiedenen Fallgruppen teilweise zusätzliche bzw. abweichende Voraussetzungen und Vorschriften gelten. Dagegen enthält das MgVG kein spezielles Missbrauchsverbot,<sup>47</sup> woran sich durch dessen aktuelle Novellierung<sup>48</sup> nichts geändert hat, sodass insoweit lediglich die allgemeinen Grundsätze über den Rechtsmissbrauch zur Anwendung gebracht werden können, die für die Fallgruppe der grenzüberschreitenden Verschmelzung aber, soweit ersichtlich, nicht diskutiert werden.

## 1.5 Rechtstatsächliche Entwicklung

Die vorstehend aufgezeigten Möglichkeiten zur Mitbestimmungsvermeidung sind nicht nur Theorie, sondern werden in der Praxis in zunehmendem Maße genutzt. Nachdem vor einiger Zeit noch konstatiert werden konnte, dass sich die Zahl der Unternehmen, die sich der Mitbestimmung durch die Verwendung einer SE oder durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung entziehen, in Grenzen hält,<sup>49</sup> schält sich aufgrund neuerer Untersuchungen nunmehr heraus, dass es in den letzten Jahren zu einem signifikanten Anstieg von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien gekommen ist.<sup>50</sup> So haben mit Stand 2020 von den 389 aktiven SE mit Sitz in Deutschland nur 21 einen paritätisch mitbestimmten und weitere 48 einen drittelbeteiligten Aufsichtsrat. Aus der Perspektive der Unternehmensmitbestimmung wichtiger ist die Zahl von 82 SE (konkret 58 SE und 24 SE & Co. KG), die jeweils über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und damit im Falle einer deutschen Rechtsform der paritätischen Mitbestimmung unterliegen würden, diese aktuell aber vermeiden und nur über eine geringere Quote oder über gar keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verfügen. Dabei sind 20 dieser SE ausschließlich oder zumindest überwiegend im Inland aktiv,<sup>51</sup> obgleich die SE eigentlich als Rechtsform für

die Zusammenfassung grenzüberschreitender Unternehmensaktivitäten zwecks Verwirklichung des Binnenmarktes konzipiert ist<sup>52</sup>. Zudem scheint der Trend ungebrochen zu sein, gehört die Mitbestimmungsvermeidung durch SE-Gründung doch mittlerweile zur Standardberatung für mittelständische Unternehmen und Familienunternehmen. Dementsprechend vermeiden nahezu alle Unternehmen in Familienhand, die in der Rechtsform einer SE betrieben werden und mehr als 2.000 Arbeitnehmer im Inland haben (44 von 45), die paritätische Mitbestimmung.<sup>53</sup>

In diesem Sinne werden die SE in aktuellen Beiträgen ganz offen als „probates Instrument zur Aushebelung der Mitbestimmung“ angepriesen<sup>54</sup> und die „Erfolgsgeschichte“ der SE in Deutschland, die in einem bemerkenswerten Kontrast zur Verbreitung der SE in fast allen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union steht, auf die Motivation zurückgeführt, der unternehmerischen Mitbestimmung zu entgehen.<sup>55</sup> Für die grenzüberschreitende Verschmelzung gilt Ähnliches, wenn auch offenbar in geringerem Umfang. Durch diese Vorgehensweisen wird insgesamt über 300.000 Arbeitnehmern das Recht auf paritätische Mitbestimmung, das ihnen nach dem MitbestG von 1976 als Ausdruck einer sozialpolitischen Grundsatzentscheidung des deutschen Gesetzgebers eigentlich zusteht (vgl. § 1 Abs. 1 MitbestG), vorenthalten.<sup>56</sup>

## 1.6 Vorhaben nach dem aktuellen Koalitionsvertrag

Angesichts dieser Sachlage hat sich der Koalitionsvertrag der „Ampel“ von November 2021 das politische Ziel auf die Fahne geschrieben, dem „Einfriereeferkt“ bei der SE entgegenzutreten. Konkret lautet die in diesem Zusammenhang maßgebliche Passage:

„Deutschland nimmt bei der Unternehmensmitbestimmung eine weltweit bedeutende Stellung ein. Die bestehenden nationalen Regelungen werden wir bewahren. Missbräuchliche Umgehungen der Mitbestimmungsrechte wollen wir verhindern. Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereeferkt).“<sup>57</sup>

52 Siehe Erwägungsgründe 1 bis 4 SE-VO.

53 Vgl. <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-20-jahre-europaische-aktiengesellschaft-36938.htm>.

54 So Werner, NZG 2022, 541 (541).

55 Siehe LHT/Middendorf, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, Anhang C Rn. 7; ferner bereits Kiem, ZHR 173 (2009), 156 (158): „verstärkte Nachfrage nach der SE aus Kreisen des Mittelstandes“. Zur Motivation der Akteure siehe auch Rieble, AG 2014, 224 (225).

56 Aufgrund der Koppelung der Geschlechterquote im Vorstand und Aufsichtsrat gemäß §§ 76 Abs. 3a, 96 Abs. 2 u. 3 AktG an die paritätische Mitbestimmung ist die SE auch ein Instrument, um der Geschlechterquote zu entkommen, vgl. Werner, NZG 2022, 541 (541).

57 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 72.

47 Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699 (1703).

48 BGBl. 2023 I Nr. 10 v. 13.1.2023. Das Gesetz tritt am 31.1.2023 in Kraft.

49 Vgl. Köstler/Pütz, AG 2013, R180 f.; Böckler Impuls 3/2016, 1.

50 Zum Folgenden Sick, I.M.U. Mitbestimmungsreport 58 (2020), 13 ff.; Auflistung zahlreicher Unternehmen auch bei HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG Vor § 1-3 Rn. 86 (allerdings ohne Arbeitnehmerzahlen).

51 Vgl. <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-20-jahre-europaische-aktiengesellschaft-36938.htm>.

Nun lassen diese Ausführungen, die sogleich eine lebhaftere Diskussion ausgelöst haben,<sup>58</sup> nicht mit letzter Deutlichkeit erkennen, auf welcher rechtlichen Ebene die Bundesregierung Veränderungen anstrebt. So kommen neben einer Weiterentwicklung des deutschen Rechts auch Veränderungen auf der Ebene des europäischen Rechts in Betracht, die dann europaweit für Klarheit sorgen würden. Vor dem Hintergrund der eher als gering einzuschätzenden politischen Durchsetzungschancen in Europa<sup>59</sup> sollen sich die folgenden Darlegungen indes auf die Frage konzentrieren, ob der deutsche Gesetzgeber dem Phänomen einer Mitbestimmungsvermeidung qua „Einfriereffekt“ stärker als bislang entgegenwirken kann. Hierbei soll die SE im Zentrum der Betrachtungen stehen, während auf die grenzüberschreitende Verschmelzung nur ein Seitenblick geworfen werden soll. Im Kern geht es bei alledem um die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit entsprechender Veränderungen auf der Ebene des deutschen Rechts.

## 2 ABHILFE DURCH SCHAFFUNG VON VORSCHRIFTEN JENSEITS DER SE-RL

In Betracht kommt zunächst, dem „Einfriereffekt“ durch Schaffung solcher Vorschriften entgegenzutreten, die den Arbeitnehmerschutz unabhängig von der SE-RL materiell verbessern.

### 2.1 Pauschale Sperrwirkung der SE-RL?

Die am weitesten reichende Option, nämlich SE mit Sitz in Deutschland in den Numerus clausus der in § 1 Abs. 1 MitbestG bzw. § 1 Abs. 1 DrittelbG aufgelisteten Gesellschaftsform aufzunehmen, ist nach der Systematik der SE-RL allerdings von vornherein verbaut. Zwar wäre das derzeit geltende deutsche Recht in Gestalt von § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG, der die Nichtanwendbarkeit der deutschen Mitbestimmungsvorschriften auf die SE anordnet,<sup>60</sup> durch den deutschen Gesetzgeber bei isolierter Betrachtung abänderbar. Eine schlichte Ausdehnung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf die SE wird aber durch Art. 13 Abs. 2 SE-RL gesperrt, der eindeutig vorgibt, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen, die nicht der Umsetzung der SE-RL dienen, auf SE nicht zur Anwendung kommen. Nimmt man diese Vorschrift wörtlich, schließt sie allerdings nur die un-

mittelbare Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften aus, die nicht der Umsetzung der Richtlinie dienen, ohne für sich genommen etwas über den zulässigen Inhalt solcher Vorschriften zu besagen, die vom Gesetzgeber gerade mit der Intention geschaffen werden, hierdurch die Richtlinie umzusetzen.

Diese – etwas künstlich anmutende – Unterscheidung mag die im Schrifttum vereinzelt aufgestellte These erklären, nach der es das europäische Recht den Mitgliedstaaten geradezu verbiete, für die SE ein „geringeres Quantum an Mitbestimmung“ festzulegen als für die deutsche AG sowie – gleichsam spiegelbildlich – erlaube, die Mitbestimmung „auf breiter Front, also einheitlich für AG und SE“ (zugunsten wie zulasten der Arbeitnehmer) neu zu regeln.<sup>61</sup> Würde man dieser These folgen, könnte der deutsche Gesetzgeber zwar nicht das deutsche Mitbestimmungsrecht einfach auf die SE anwenden, wohl aber offenbar eine parallele und niveaugleiche Mitbestimmungsstruktur für die SE schaffen. Ob tatsächlich ein derart weitgehender Ansatz vertreten werden soll, bleibt freilich unklar, weil diese These weder näher erläutert noch begründet wird. Hiervon abgesehen lässt sich aus Art. 13 Abs. 2 SE-RL zwanglos der Schluss ziehen, dass sich alle Weiterentwicklungen der deutschen Rechtsvorschriften, die sich auf die Mitbestimmung in der SE beziehen, im Rahmen der SE-RL sowie des sonstigen europäischen Rechts zu halten haben.

Betrachtet man daher zunächst die SE-RL selbst näher, zeigt sich, dass sie den Mitgliedstaaten an verschiedenen Stellen durchaus Spielräume zubilligt. So können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 Abs. 3 SE-RL vom Schutzniveau „nach unten“ abweichen, indem sie für einen bestimmten Fall die Unanwendbarkeit der Auffangregelung vorsehen können. Eine ausdrückliche Abweichungsmöglichkeit „nach oben“ enthält etwa Art. 3 Abs. 2 Buchst. b UAbs. 2 SE-RL. Weitere Abweichungs- bzw. Konkretisierungsbefugnisse für die Mitgliedstaaten finden sich in Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2, Art. 7 Abs. 2 Buchst. c UAbs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 4 UAbs. 2 und Art. 13 Abs. 4 SE-RL. Dagegen enthält die SE-RL – anders als etwa Art. 8 der auf die Binnenmarktcompetenz nach Art. 94 EG (heute Art. 114 AEUV) gestützten Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG – keinen allgemeinen Vorbehalt für günstigere mitgliedstaatliche Regelungen, der dem deutschen Gesetzgeber vorbehaltlich der Grenzen des Primärrechts weitgehend freie Hand für eine Anhebung des Arbeitnehmerschutzes lassen würde.

Allerdings ist im Hinblick auf den Inhalt der gesetzlichen Auffangregelung, deren Schaffung den Mitgliedstaaten durch Art. 7 Abs. 1 SE-RL auferlegt wird, darauf aufmerksam zu machen, dass die Auffangregelung den im Anhang niedergelegten Bestimmungen (nur) „genügen“ und nicht „entsprechen“ muss,<sup>62</sup> woraus im Schrifttum auf den Charakter der

58 Grau/Kruppa, RdA 2022, 72 (79 f.); Mohamed, ZIP 2022, 305 ff.; Nagel, ZIP 2022, 208 ff.; Uffmann, AG 2022, 427 ff.; siehe auch Teichmann, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE), 2022.

59 Ebenso Bauer/Roll, NZA 2021, 1685 (1689); Mohamed, ZIP 2022, 305 (307); Uffmann, AG 2022, 427 (436).

60 Dazu auch BGH v. 23.7.2019 – II ZB 20/18, ZIP 2019, 1762 (Rn. 24) – Deutsche Wohnen.

61 Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 369 (371).

62 Ähnlich andere Sprachfassungen: Englisch: „must satisfy“, Französisch: „doivent satisfaire“.

Vorgaben im Anhang als bloße Mindestvorschriften geschlossen wird.<sup>63</sup> Denkt man ein solches Verständnis weiter, könnte der deutsche Gesetzgeber an diesem Punkt über die Mindestanforderungen der SE-RL offenbar hinausgehen und als Inhalt der gesetzlichen Auffangregelung möglicherweise von vornherein Nachverhandlungen für den Fall der späteren Überschreitung bestimmter Schwellenwerte in der SE mit einer dann an der mittlerweile erreichten Größe der SE orientierten Auffangregelung vorsehen. Freilich erscheint die Basis für einen solchen Ansatz doch recht schmal und unsicher. Immerhin zeigen diese Überlegungen, dass man nicht voreilig von einer pauschalen Vollharmonisierung der SE-RL ausgehen sollte, die jeden Gedanken an einen Spielraum des deutschen Gesetzgebers für Maßnahmen zur Eindämmung des „Einfriereffekts“ von vornherein im Keim erstickt.<sup>64</sup>

## 2.2 Günstigere Vorschriften als Sozialpolitik?

Ein entsprechender Spielraum käme dem deutschen Gesetzgeber zu, wenn sich dies aus Gründen der primärrechtlichen Kompetenzverteilung ergeben würde. So würde den Mitgliedstaaten die Option für Regelungen, die sich im Gegenstandsbereich der SE-RL bewegen, dabei aber ein höheres Schutzniveau zugunsten der Arbeitnehmerseite vorsehen, dann von vornherein offenstehen, wenn sich die SE-RL, und damit die unionsrechtlichen Vorgaben über die Mitbestimmung in der SE, auf Art. 153 Abs. 1 Buchst. f AEUV stützen würden. In sachlichen Hinsicht geht die dort genannte „Mitbestimmung“ nämlich unstreitig über die in Art. 153 Abs. 1 Buchst. e AEUV enthaltene Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer hinaus, sodass diese Kompetenznorm thematisch die Mitbestimmung in den Gesellschaftsorganen erfasst.<sup>65</sup> Zudem bezieht sich Art. 153 Abs. 1 Buchst. f AEUV nicht etwa nur auf die Harmonisierung von genuin mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsregelungen, sondern betrifft im Grundsatz auch die Mitbestimmung in supranationalen Gesellschaftsformen.<sup>66</sup> Dem entspricht es, dass die Richtlinie 2009/38/EG über Europäische Betriebsräte auf Art. 137 EG, und damit auf die Vorgängernorm von Art. 153 AEUV, gestützt worden ist, obwohl es bei dieser Richtlinie ebenfalls um Vorschriften für einen genuin grenzüberschreitenden Sachverhalt, nämlich um die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, und nicht nur um die Harmonisierung von mitgliedstaatlichen Bestimmungen über die rein nationale betriebliche Mitbestimmung geht.<sup>67</sup> Die Nutzung von Art. 153 Abs. 1

Buchst. f AEUV als Kompetenznorm hätte zur Folge, dass für die Arbeitnehmerseite günstigere mitgliedstaatliche Regelungen grundsätzlich zulässig wären, weil die auf der Basis von Art. 153 Abs. 1 AEUV erlassenen Regelungen gemäß Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 Buchst. b S. 1 AEUV lediglich Mindestvorschriften enthalten dürfen und Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV ausdrücklich vorsieht, dass die Mitgliedstaaten an strengeren Schutzvorschriften nicht gehindert werden sollen, sofern diese mit dem Primärrecht vereinbar sind, um den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik einen hinreichenden Spielraum zu belassen.<sup>68</sup>

Nun hat sich der Rat für die SE-RL nicht auf eine sozialpolitische Regelungskompetenz, sondern nicht zuletzt infolge der Verklammerung der Mitbestimmungsfrage mit der SE-VO auf die Flexibilitätsklausel bzw. Abrundungskompetenz des Art. 308 EG (heute Art. 352 AEUV) gestützt. Allerdings ist fraglich, ob sich die SE-RL wirklich nur auf Art. 308 EG stützen ließ, wie dies Erwägungsgrund 17 SE-RL insinuiert. So hatte das Europäische Parlament seinerzeit für Art. 137 EG als zutreffende Rechtsgrundlage plädiert (um sich hierdurch größere Mitentscheidungsrechte zu sichern)<sup>69</sup>. Zu einer gerichtlichen Klärung dieser Kompetenzfrage, die nicht von der Einschätzung des Rats abhängt, sondern sich nach objektiv nachprüfbaren Umständen richtet,<sup>70</sup> ist es trotz eines entsprechenden Vorbehalts des Parlaments indes nicht gekommen.<sup>71</sup> Der EuGH hat auf die spätere Nichtigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen den Rat der Europäischen Union im Hinblick auf das Statut der Europäischen Genossenschaft (VO (EG) 1435/2003) zwar entschieden, dass dieses nur auf Art. 308 EG gestützt werden konnte.<sup>72</sup> Verfahrensgegenstand war aber lediglich das Statut über die Verordnung der SCE selbst, nicht jedoch die dazugehörige SCE-Beteiligungsrichtlinie 2003/72/EG, die ebenfalls auf Art. 308 EG gestützt worden war. Damit korrespondierend, ging es im damaligen Verfahren auch nur um die Abgrenzung zur Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EG (heute Art. 115 AEUV), hingegen nicht um die Abgrenzung zur Kompetenz für die Gestaltung der Sozialpolitik nach Art. 137 EG (heute Art. 153 AEUV).

In der Tat verdient die Wahl von Art. 308 EG als Kompetenzgrundlage durch den Rat Kritik, weil es bei der Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung in der SE gegenständlich – auch und sogar schwerpunktmäßig – um Sozialpolitik geht, wie an der Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1 Buchst. f AEUV deutlich wird, und Erwägungsgrund 3 SE-RL selbst an-

63 EuArbRK/Oetker, 4. Aufl., 2022, RL 2001/86/EG Art. 7 Rn. 2.

64 In diese Richtung aber Mohamed, ZIP 2022, 305 (307); Mückl/Blunck, DB 2022, 735 (737 f.).

65 Siehe nur EuArbRK/Franzen, 4. Aufl., 2022, AEUV Art. 153 Rn. 34.

66 Vgl. SBHS/Rebhahn/Reiner, EU-Kommentar, 4. Aufl., 2019, AEUV Art. 153 Rn. 52; a.A. Kuffner, Beteiligung, 2003, S. 53.

67 Vgl. KOM(2008) 419, S. 6 f.

68 Vgl. EuGH v. 19.11.2019 – Rs. C-609/17 und C-610/17, CLI:EU:C:2019:981 = NZA 2019, 1631 (Rn. 48) – TSN und AKT; EuGH v. 22.6.2022 – Rs. C-534/20, ECLI:EU:C:2022:495 = NZA 2022, 1111 (Rn. 33) – Leistritz.

69 Art. 308 EG sah lediglich eine Anhörung des Parlaments vor.

70 EuGH v. 26.3.1987 – Rs. 45/86, ECLI:EU:C:1987:163 (Rn. 11) – Kommission/Rat; EuGH v. 11.6.1991 – Rs. C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244 (Rn. 10) – Kommission/Rat.

71 Dazu Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358 (359).

72 EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-436/03, ECLI:EU:C:2006:277 (Rn. 35 ff.) – Parlament/Rat.

erkennt (Förderung der „Ziele der Gemeinschaft im sozialen Bereich“).<sup>73</sup> Es greift daher zu kurz, in der SE-RL ausschließlich eine Regelung zu sehen, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dient.<sup>74</sup> Allerdings lässt sich die konkret gewählte Kompetenzgrundlage nicht einfach beiseiteschieben, um auf die „eigentlich“ anwendbare Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1 Buchst. f AEUV und die daraus folgende Erweiterung des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums für günstigere Vorschriften durchzugreifen.

Dass die Qualifizierung einer Regelungsmaterie als Sozialpolitik mit der Folge einer gemäß Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b AEUV zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit auch in scheinbar abschließend geregelten Bereichen möglich ist, verdeutlicht indes die Entscheidung des EuGH zur Europarechtskonformität eines strengeren nationalen Kündigungsschutzes für Datenschutzbeauftragte.<sup>75</sup> Indem der EuGH den Kündigungsschutz als eine vom besonderen Schutz des Datenschutzbeauftragten nach Art. 38 Abs. 3 S. 2 DSGVO zu unterscheidende Materie angesehen und nicht als Datenschutz, sondern als Sozialschutz qualifiziert hat, stieß er das Tor für die Überlegung auf, dass die Union selbst einen Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte nur auf Art. 153 Abs. 1 Buchst. d AEUV hätte stützen können, eine solche Regelung strengere mitgliedstaatliche Schutzmaßnahmen nach Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV aber gerade nicht ausschließen würde.

Würde man diesen gedanklichen Ansatz auf die Frage nach der Zulässigkeit zusätzlicher mitgliedstaatlicher Sozialschutzmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmerseite mit dem Ziel der Vermeidung einer Aushöhlung des eigenen Mitbestimmungsregimes übertragen, ergäbe sich auf eine überraschende Weise eine Option für entsprechende Regelungen des deutschen Gesetzgebers. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es sich beim Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte um eine klar außerhalb des Datenschutzrechts angesiedelte Thematik handelt, sodass es leichtfällt, insoweit eine Sperrwirkung der DSGVO zu verneinen. Demgegenüber steht vorliegend in Rede, ob ein Mitgliedstaat günstigere Vorschriften in einem Bereich schaffen kann, der den Regelungsgegenstand der SE-RL unmittelbar betrifft. Letztlich lässt sich aus diesem Ansatz daher keine tragfähige Befugnis der Mitgliedstaaten zur Schaffung günstigerer Regelungen herleiten.

### 2.3 Günstigere Vorschriften im Bereich der Flexibilitätsklausel?

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob Art. 308 EG bzw. heute Art. 352 AEUV es seinerseits überhaupt erlaubt, durch europarechtliche Regelungen den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten mittels einer Vollharmonisierung „nach oben“ zu begrenzen. Nun lässt sich Art. 352 AEUV im Grundsatz nicht entnehmen, dass die Flexibilitätsklausel auf europäischer Ebene von vornherein nur die Schaffung von Mindestvorschriften gestattet. Vielmehr ist anzunehmen, dass es der europäische Gesetzgeber grundsätzlich in der Hand hat, über die Reichweite etwaiger mitgliedstaatlicher Abweichungsbefugnisse selbst zu bestimmen, also im Ergebnis eine Richtlinie als Mindestvorschrift auszugestalten oder aber eine Vollharmonisierung bzw. eine umfassende Vereinheitlichung vorzunehmen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für die Nutzung der Flexibilitätsklausel vorliegen und die Ausübungsvoraussetzungen und -beschränkungen gewahrt sind.

Allerdings untersagt es Art. 352 Abs. 3 AEUV, Maßnahmen auf die Flexibilitätsklausel zu stützen, mit denen anderenorts geregelte Harmonisierungsverbote unterlaufen werden. Hierzu zählen zum einen ausdrückliche Harmonisierungsverbote wie etwa Art. 165 Abs. 4, 166 Abs. 5 und 167 Abs. 5 AEUV. Zum anderen dürfen aber auch sonstige explizite Beschränkungen der gemeinschaftlichen Kompetenzen durch die Nutzung der Flexibilitätsklausel nicht umgangen werden, wobei im Schrifttum exemplarisch gerade auf eine Vorschrift aus dem Bereich der Sozialpolitik, nämlich auf Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 1 AEUV, verwiesen wird, der sich auf die Festlegung der Grundprinzipien des jeweiligen mitgliedstaatlichen Systems der sozialen Sicherheit bezieht.<sup>76</sup> Zwar ist die RL 2001/86/EG selbst noch auf Art. 308 EG gestützt worden, der seinerzeit noch keine dem heutigen Art. 352 Abs. 3 AEUV entsprechende Übertragung der vertraglichen Harmonisierungsverbote auf die Flexibilitätsklausel enthielt. Jedoch wurde eine solche Begrenzung der Verbandskompetenz von großen Teilen des Schrifttums schon nach früherem Recht anerkannt.<sup>77</sup>

Dehnt man diesen Ansatz auch auf das in Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV zum Ausdruck kommende Verbot der Vollharmonisierung auf dem Gebiet der Sozialpolitik aus und qualifiziert man die Arbeitnehmerbeteiligung in supranationalen Gesellschaftsformen, wie soeben skizziert, als Sozialpolitik, so würde sich aus der Zusammenführung dieser beiden Überlegungen ergeben, dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten durch ein Ausweichen auf die Flexibilitätsklausel gerade nicht die Befugnis zu günstigeren Sozialschutzvorschriften nehmen kann. Eine solche Schlussfolgerung ist bislang allerdings,

73 Ebenso MüKoAktG/Jacobs, 5. Aufl., 2021, Vor § 1 SEBG Rn. 14; SBHS/Rebhahn/Reiner, EU-Kommentar, 4. Aufl., 2019, AEUV Art. 153 Rn. 52: „wenig überzeugend“.

74 So aber Mückl/Blunck, DB 2022, 735 (738).

75 EuGH v. 22.6.2022 – Rs. C-534/20, ECLI:EU:C:2022:495 = NZA 2022, 1111 (Rn. 31 ff.) – Leistriz.

76 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Winkler, 77. EL September 2022, AEUV Art. 352 Rn. 84.

77 Zu alledem Ludwigs, ZEuS 2004, 211 (238 ff.).

soweit ersichtlich, noch nicht gezogen worden. Vielmehr wird die Zulässigkeit des Charakters der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinien für die SE wie auch für die SCE als grundsätzlich vollharmonisierend in der europarechtlichen Literatur offensichtlich nicht angezweifelt.<sup>78</sup>

Die Kompetenzfrage erscheint daher letztlich als doch zu vage, um darauf günstigere mitgliedstaatliche Vorschriften zu stützen. Dies besagt freilich zunächst nur, dass sich gesetzliche Regelungen zur Eindämmung des „Einfriereffekts“ in dem von der SE-RL aufgespannten Rechtsrahmen bewegen müssen, ohne dass hierdurch zugleich präjudiziert wird, wie eng oder wie weit dieser Rechtsrahmen selbst zu interpretieren ist.

### 3 ABHILFE DURCH SCHAFFUNG VON VORSCHRIFTEN IM RAHMEN DER SE-RL

Als realistischere Perspektive für eine Weiterentwicklung des deutschen SE-Rechts kommt nach alledem nur eine Konkretisierung derjenigen Vorgaben in der SE-RL in Betracht, die sich mit der Verhinderung einer Umgehung bzw. Vermeidung von Beteiligungsrechten befassen. Insoweit geht es zum einen um Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL, der strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE betrifft, sowie zum anderen um das in Art. 11 SE-RL geregelte Verbot des Missbrauchs einer SE („Verfahrensmisbrauch“)<sup>79</sup>. Im Kern läuft diese Frage darauf hinaus, welche Spielräume diese Vorgaben der SE-RL einschließlich ihres normativen Umfeldes den Mitgliedstaaten belassen, um ihre jeweiligen nationalen Mitbestimmungsregime vor einer Aushöhlung abzusichern.

#### 3.1 Herrschende Sichtweise: Restriktives Verständnis

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum versteht die beiden europarechtlichen Vorgaben bzw. Anknüpfungspunkte für eine mitgliedstaatliche Eindämmung von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien restriktiv.

Dies gilt zunächst für den Weg über die nachträgliche strukturelle Veränderung.<sup>80</sup> Im Zentrum steht insoweit Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL, der diesen Aspekt anspricht, ohne dass sich hierfür im normativen („verfügenden“) Teil der Richtlinie eine korrespondierende Regelung findet. Grundlegend für das Verständnis von Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL sind die Aussagen in Erwägungsgrund 18 S. 1 und S. 2 SE-RL. So wird in Satz 1 die „Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer“ über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen als „fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel“ der Richtlinie bezeichnet. Weiter sollen nach Satz 2 die „vor der Gründung der SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer“ der Ausgangspunkt für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE bilden, was ausdrücklich als „Vorher-Nachher-Prinzip“ bezeichnet wird. Gemäß Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL soll „dieser Ansatz“ nicht nur für die Neugründung einer SE, sondern auch für strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE gelten.

Hieraus wird allgemein abgeleitet, dass in den Fällen von „strukturellen Veränderungen“, die in der SE-RL nicht näher definiert werden, ebenfalls nur das „Vorher-Nachher-Prinzip“ gilt. Bei einer späteren „strukturellen Veränderung“ sollen danach also lediglich die ursprünglich in den mitgliedstaatlichen Gründungsgesellschaften vorhandenen Beteiligungsrechte weiterhin abgesichert werden. Nicht aber gehe es darum, durch den Mechanismus einer obligatorischen Wiederaufnahme der Verhandlungen und einer dahinterstehenden Auffangregelung solche Beteiligungsrechte in der SE erstmals zu begründen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL die Mitgliedstaaten zu ergänzenden Regelungen bei nachträglichen strukturellen Veränderungen ermächtige, weil sie auch bei der Ausübung dieser Ermächtigung an das „Vorher-Nachher-Prinzip“ gebunden seien. Die Beschränkung auf eine reine Sicherung des Status quo als Grundtendenz des Mitbestimmungskonzepts der SE-RL komme zudem in weiteren Erwägungsgründen zum Ausdruck, nämlich in Erwägungsgrund 3 („Gründung einer SE [darf] nicht zur Beseitigung oder zur Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung [führen]), Erwägungsgrund 7 („Mitbestimmungsrechte ... sollten ... durch Übertragung an die SE nach deren Gründung erhalten bleiben“), Erwägungsgrund 9 („Beibehaltung der bestehenden Mitbestimmungssysteme“), Erwägungsgrund 10 („Gefahr der Beseitigung oder der Einschränkung der bestehenden Mitbestimmungssysteme und -praktiken“) und Erwägungsgrund 11 („... sofern und soweit es eine derartige Mitbestimmung vor der Errichtung der SE in der beteiligten Gesellschaften gegeben hat“).

<sup>78</sup> Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Winkler, 77. EL September 2022, AEUV Art. 352 Rn. 127.

<sup>79</sup> Obwohl Art. 11 SE-RL als „Verfahrensmisbrauch“ beschrieben ist, geht es nicht um den Verfahrensmisbrauch im Sinne der Simmenthal II-Entscheidung des EuGH v. 5.3.1980 – Rs. 243/78, ECLI:EU:C:1980:65, der (nur) den Missbrauch eines gerichtlichen Verfahrens betrifft, während der EuGH sonst durchgängig allgemein von Missbrauch bzw. von Rechtsmissbrauch spricht. Immerhin deutet der von Art. 11 SE-RL gewählte Begriff des Verfahrensmisbrauchs an, dass es um einen gestreckten Vorgang als Gegenstand eines möglichen Missbrauchs geht.

<sup>80</sup> Zum Folgenden Grau/Kruppa, RdA 2022, 73 (79 f.); Mohamed, ZIP 2022, 305 (306 f.); Mückl/Blunck, DB 2022, 735 (737 f.); Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 178 f.; Sagan, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit, 2012, S. 171 (177 ff.); Teichmann, FS Hellwig, 2010, S. 347 ff.; Uffmann, AG 2022, 427 (435 f.).

Weiter wird auch das Verfahrensmissbrauchsverbot des Art. 11 SE-RL mehrheitlich dahin gedeutet, dass es objektiv einer Maßnahme der Arbeitgeberseite bedürfe, die im Widerspruch zu den Zwecken der SE-RL stehe und die kausal für das Entziehen oder die Vorenthaltung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer ist, während subjektiv ein darauf gerichteter Vorsatz des Arbeitgebers erforderlich sei.<sup>81</sup> Dabei führt die Rückanbindung auch des Missbrauchsverbots an die bloße Sicherung bereits bestehender Beteiligungsrechte („Vorher-Nachher-Prinzip“) als vorgeblich alleiniges Ziel der SE-RL dazu, dass praktisch nur Umgehungen des Bestandsschutzes selbst als Missbrauch angesehen werden. Jede Ausdehnung auf weitere Fälle, bei der auch künftige Veränderungen berücksichtigt werden, soll dagegen nicht mehr durch Art. 11 SE-RL erfasst sein.

Diese mehrheitlich vertretene Sichtweise lässt sich dahin zusammenfassen, dass das Mitbestimmungskonzept der SE-RL lediglich in einer Absicherung des in den mitgliedstaatlichen Ausgangsgesellschaften im Zeitpunkt der Gründung der SE erreichten Mitbestimmungsniveaus bestehen soll. Die SE soll danach zwar nicht als Vehikel eingesetzt werden können, um eine bereits existierende Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite abzuschütteln. Die Verhinderung der Vermeidung einer in den Ausgangsgesellschaften noch nicht vorhandenen Mitbestimmung soll aber nicht mehr zum Regelungsansatz der SE-RL gehören. Mehr noch: Die gezielte Nutzung der SE als ein rechtliches Instrument, um eine künftige Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft nationalen Rechts dauerhaft zu blockieren, wird als eine dem Regelungskonzept der SE-RL gerade entsprechende Vorgehensweise verstanden, wobei es offenbar keine Rolle spielen soll, ob das betreffende Unternehmen überhaupt grenzüberschreitend auf dem Binnenmarkt tätig wird. Da die SE über kein originäres Mitbestimmungsregime verfügt, solle durch den Mechanismus von Verhandlungen und Auffangregelung ausschließlich die Flucht aus der Mitbestimmung, nicht aber die Flucht vor der Mitbestimmung verhindert werden. Die SE wird damit als eine Rechtsform begriffen, der vom europäischen Gesetzgeber bewusst das Potenzial verliehen worden ist, diejenigen mitgliedstaatlichen Mitbestimmungssysteme, die in ihren Mitbestimmungsgesetzen Schwellenwerte vorsehen, sukzessive auszutrocknen. Ungeachtet der Frage, ob die Mitbestimmung im Einzelfall einen Grundpfeiler der mitgliedstaatlichen Sozialordnung bildet, habe der europäische Gesetzgeber eine solche Entwicklung zumindest sehenden Auges in Kauf genommen, sodass sie von den Mitgliedstaaten ohne die Möglichkeit zur Abwehr hinzunehmen sei.

Auch wenn die soeben skizzierte Auffassung im Schrifttum in der Sache eindeutig dominiert, muss gleichwohl die Frage aufgeworfen werden, ob es sich hierbei um die einzig mögliche Interpretation der

europarechtlichen Vorgaben handelt oder ob nicht doch größere mitgliedstaatliche Spielräume bestehen, als gemeinhin angenommen wird, um dem „Einfriereeffekt“ bei der SE entgegenzuwirken. Um diese Spielräume auszuloten, sollen zunächst eine rechtsvergleichende Umschau erfolgen sowie der aktuell im MgFSG gewählte Weg für eine Eindämmung der Flucht aus bzw. vor der Mitbestimmung in den Blick genommen werden, bevor anschließend den unionsrechtlichen Rahmenbedingungen, und dabei insbesondere der Rechtsfigur des Rechtsmissbrauchsverbots, näher nachgegangen werden soll.

### 3.2 Rechtsvergleichende Umschau

Einige Mitgliedstaaten knüpfen zum Schutz der Arbeitnehmer bei späteren Änderungen der SE im Grundsatz an das Konzept der „strukturellen Veränderung“ an, wobei dies teilweise mit dem Rechtsmissbrauchsverbot verzahnt wird und als Rechtsfolge typischerweise Neuverhandlungen vorgesehen sind.<sup>82</sup>

Als häufig herangezogenes Beispiel für einen Regelungsmechanismus zur Verhinderung einer Flucht aus bzw. vor der Mitbestimmung ist zunächst § 228 Abs. 2 des österreichischen Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) zu nennen, der im Gegensatz zur gegenwärtigen deutschen Regelung in § 18 Abs. 3 SEBG eine fallgruppenartige Auflistung derjenigen Konstellationen enthält, die Neuverhandlungen auslösen. Die Vorschrift lautet:

„Als wesentliche Änderungen der Struktur der Europäischen Gesellschaft gelten insbesondere die Verlegung des Sitzes der Europäischen Gesellschaft, der Wechsel des Verwaltungssystems der Europäischen Gesellschaft, die Stilllegung, Einschränkung oder Verlegung von Unternehmen oder Betrieben der Europäischen Gesellschaft, der Zusammenschluss von Betrieben oder Unternehmen der Europäischen Gesellschaft sowie der Erwerb wesentlicher Beteiligungen an anderen Unternehmen durch die Europäische Gesellschaft, sofern diese erheblichen Einfluss auf die Gesamtstruktur der Europäischen Gesellschaft haben, sowie erhebliche Änderungen der Zahl der in der Europäischen Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften Beschäftigten.“

Scheitern die Neuverhandlungen, kommt es gemäß § 228 Abs. 5 ArbVG zur Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung mit der Maßgabe, dass sich der Umfang der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer nach der Struktur der SE sowie ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe im Zeitpunkt des Scheiterns der Verhandlungen bestimmt. Mit dem Abstellen auf die aktuelle Struktur der SE, und nicht auf das ursprüngliche Niveau der Beteiligungsrechte, gewinnt die Auffangregelung ersichtlich einen dynamischen Charakter, ohne dass sich in den Gesetzesmaterialien ein Hinweis da-

81 Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 86 ff., mit Zusammenfassung auf S. 210.

82 Umfassender Überblick bei Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 321 ff.

rüber findet, in welchem Verhältnis dies zu dem in Erwägungsgrund 18 S.2 SE-RL genannten „Vorher-Nachher-Prinzip“ steht.<sup>83</sup>

Als erhebliche Änderung der Beschäftigtenzahl wird im österreichischen Schrifttum ein Zuwachs oder ein Absinken um 20 % angesehen.<sup>84</sup> Praktische Erfahrungen mit dieser Vorschrift scheint es nicht zu geben, wozu es allerdings beitragen dürfte, dass nach § 110 Abs.1 ArbVG bei der AG unabhängig von der Arbeitnehmerzahl des Unternehmens ein Recht der Arbeitnehmerseite auf eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat besteht. Daher kann es in Österreich insoweit nicht zu einem Hineinwachsen in die Mitbestimmung und somit zu einem Anreiz für Unternehmen kommen, ein solches Hineinwachsen durch die Gründung einer SE zu vermeiden. Dies gilt gemäß § 110 Abs. 5 Nr.1 ArbVG grundsätzlich auch für die GmbH, sofern sie einen Aufsichtsrat hat, dessen Errichtung nach § 29 Abs.1 öGmbHG allerdings erst u.a. bei einer Arbeitnehmerzahl von mehr als 300 obligatorisch ist (Nr.2). Für kleinere und im Wachsen begriffene GmbH, die bislang über keinen Aufsichtsrat verfügen, könnte der „rechtzeitige“ Wechsel in die Rechtsform einer SE deshalb durchaus reizvoll sein, wenn auf diese Weise ein „Einfriereffekt“ herbeigeführt werden könnte, der durch § 228 ArbVG aber offenbar verhindert werden soll.

Nun ist nicht ersichtlich, dass die Europäische Kommission trotz ihrer im Jahr 2008 vorgenommenen Überprüfung der SE-RL<sup>85</sup> jemals Bedenken gegenüber der bereits im Oktober 2004 in Kraft getretenen österreichischen Regelung geäußert hat. Vielmehr hat die Kommission bei ihren auf den Verfahrensmisbrauch bezogenen Ausführungen gerade umgekehrt ihre Besorgnis nur darüber zum Ausdruck gebracht, dass einige Mitgliedstaaten der aus Art.11 SE-RL erwachsenden Handlungspflicht zum Treffen geeigneter Maßnahmen zur Unterbindung des Missbrauchs einer SE<sup>86</sup> nicht nachgekommen sind,<sup>87</sup> was – wenn auch nur schwach – für einen gewissen mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben spricht. Im deutschen Schrifttum jedenfalls wird die österreichische Regelung als Beispiel für eine mitgliedstaatliche Konkretisierung verstanden, ohne dass zugleich europarechtliche Zweifel am weiten Ansatz des österreichischen Rechts, der auch ein (erhebliches) organisches Wachstum (dynamisch) einbezieht, geäußert werden.<sup>88</sup> In den wenigen österreichischen Stellungnahmen zu dieser Regelung wird freilich auch die These vertreten, dass die Vorschrift einen überschießenden Charakter habe, weil das Unionsrecht nur strukturelle Änderungen erwähne, während § 228 ArbVG zusätzlich auf die Änderung der Ar-

beitnehmerzahl abstelle,<sup>89</sup> womit implizit behauptet wird, der in der SE-RL verwendete Begriff der strukturellen Veränderung umfasse gerade nicht die Zunahme bzw. die Abnahme der Beschäftigtenzahl.

In eine ähnliche Richtung wie das österreichische Recht bewegt sich das polnische Recht zur Umsetzung der Regelung über die SE. Die einschlägige Vorschrift findet sich in Art.120 Abs.1 des Gesetzes vom 4.5.2005 über die EWIV und die SE und lautet (in einer inoffiziellen Übersetzung der EU):

„If after the registration significant changes occur in the SE, its subsidiaries or establishments, which concern their structure, the number of employees, and in the case of the SE also its place of registration, and which indicate an intention to withdraw or reduce in whatever way the rights of employees in respect of their involvement, negotiations shall be carried out with a view to concluding an agreement which would determine the principles of involvement of employees in the SE under these new conditions.“<sup>90</sup>

Die polnische Regelung versteht sich laut Überschrift als Mittel zur Verhinderung von „Irregularitäten“ und sieht „significant changes“ als Oberbegriff an, der sowohl Änderungen in der Struktur der SE als auch Änderungen der Arbeitnehmerzahl umfasst, sodass auch diese Regelung Fälle des organischen Wachstums einbeziehen dürfte, an die sodann Neuverhandlungen geknüpft werden, sofern man aus dem Kriterium der „intention to withdraw ... the rights of employees“ nicht auf die Notwendigkeit einer Einwirkung auf bereits existierende Beteiligungsrechte schließt<sup>91</sup>. Allerdings existieren soweit ersichtlich keine praktischen Anwendungsfälle. Darüber hinaus halten sich die Auswirkungen dieser Regelung ohnehin von vornherein in engen Grenzen, weil das polnische Recht Formen der Unternehmensmitbestimmung nur bei staatlichen und bei (lediglich) teilweise privatisierten Unternehmen kennt,<sup>92</sup> es also auch nur insoweit zu einer etwaigen Umgehung durch Nutzung einer SE kommen kann. Im Übrigen ist die Kommission auch gegen diese Vorschrift bislang nicht vorgegangen.

Ein vergleichbares Bild ergibt sich bei einem Blick auf das französische Recht, das in Art.L2354-4 Code du travail folgende Regelung enthält:

„Si, après l'immatriculation de la société européenne, des changements interviennent dans la structure de l'entreprise, la localisation de son siège ou le nombre de travailleurs qu'elle occupe et qu'ils sont susceptibles d'affecter substantiellement la composition du comité de la société européenne ou les modalités d'implication des travailleurs telles qu'arrêtées par l'accord issu des négociations engagées avant l'immatriculation de la société européenne ou en ap-

83 Vgl. XXII. GP, Beilagen Nr. 475, S.16.

84 Gagawczuk/Mayr/Mayr, ArbVG, Bd. 5, 2020, § 228 Rn. 8.

85 Vgl. KOM(2008) 591.

86 Hierzu Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 62 ff.; Sagan, BLR 2010, 15 (23).

87 KOM(2008) 591, S. 6.

88 Vgl. LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 18 Rn. 20 (der sich selbst in Rn. 23 allerdings dagegen ausspricht, die Vergrößerung der Belegschaft als strukturelle Änderung zu qualifizieren).

89 So Kovács, ZAS 2019, 165 (168).

90 Abrufbar unter; <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelId=212>.

91 So anscheinend Badura, Unternehmensmitbestimmung, 2021, S. 524 f., nach der das deutsche Missbrauchsverbot „deutlich weiter gefasst“ als die entsprechende polnische Vorschrift ist.

92 Vgl. Badura, Unternehmensmitbestimmung, 2021, S. 244 ff.

plication de l'article L. 2353-28 et suivants, une nouvelle négociation est engagée dans les conditions prévues par le chapitre II. Dans ce cas, l'échec des négociations entraîne l'application des dispositions des articles L. 2353-2 et suivants."<sup>93</sup>

Eine Änderung der Arbeitnehmerzahl hat somit Neuverhandlungen zur Folge, wobei praktische Anwendungsfälle aber wiederum nicht ersichtlich sind.

Hinzuweisen ist schließlich auf das belgische Recht zur Umsetzung der Regelungen über die SE. So heißt es in Art. 31 Abs. 1 der Königlichen Verordnung zur Implementierung der Kollektivvereinbarung Nr. 84 vom 6.10.2004 (in einer inoffiziellen Übersetzung der EU):

„In the event of changes in the structure or size of the SE or its subsidiaries and establishments or in the case of major changes in the workforce, the representative body shall be adapted or where necessary re-established in compliance with Article 27 ff.“<sup>94</sup>

Als Rechtsfolge sieht das belgische Recht indes nur eine Neuzusammensetzung des Repräsentationsorgans auf der Arbeitnehmerseite vor. Für Neuverhandlungen mit einer dann an der aktuellen Situation orientierten Auffanglösung gibt es allerdings auch keinen Anlass, weil im belgischen Recht keine allgemeine Unternehmensmitbestimmung existiert.

Andere Mitgliedstaaten knüpfen der Sache nach eher an das Konzept des „Missbrauchs einer SE“ an, wobei die Regelungen im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet sind.<sup>95</sup>

Zu erwähnen sind die nordischen Mitgliedstaaten Dänemark, Schweden und Finnland. So sieht das dänische Recht in § 44 des Gesetzes Nr. 281 vom 26. April 2004 eine sehr umfangreiche Regelung vor, die wie folgt lautet (in einer inoffiziellen Übersetzung der EU):

„(1) If changes take place within the SE, its subsidiaries or establishments within two years of its registration, and applying the provisions of this Act would have led to a different result if those changes had been implemented before the establishment of the SE, new negotiations shall take place. In this case:

- 1.1 negotiations shall take place at the request of the representative body or the employees' representatives in companies, subsidiaries or establishments which become part of the SE after its establishment, and
- 1.2 Part 2 of this Act shall apply mutatis mutandis, whereby:
  - a) "the SE, subsidiaries and establishments" replaces "participating companies",
  - b) "the representative body" or any body established with a view to implementing

information and consultation procedures in accordance with § 17(1)(6) replaces "the special negotiating body", and  
c) "the date of registration of the SE" is replaced by "where the negotiations end without reaching an agreement in accordance with § 11".

(2) If it is shown that the changes referred to in paragraph (1) were not intended to limit employees' involvement, new negotiations shall not take place.

(3) If it can be determined on a basis other than changes within the SE after its establishment that the purpose of establishing the SE was primarily to limit employees' involvement, new negotiations shall take place as referred to in paragraph (1)."<sup>96</sup>

Das schwedische Recht enthält in § 67 des Gesetzes vom 10. Juni 2004 folgende Regelung (in einer inoffiziellen Übersetzung der EU):

„The rules governing European companies may not be misused with the aim of removing or denying employees their right to involvement. Where major changes to the European company, its subsidiaries or establishments occur within one year of the date on which the European company was registered, or are such that the employees should have been more comprehensively involved in the changes made prior to registration of the European company, the changes in question shall be considered to have been made with the aim of removing or denying employees their right to involvement unless the company can show that the changes were introduced for a different reason.“<sup>97</sup>

Das finnische Recht schließlich sieht in § 36 des Gesetzes Nr. 758 vom 13. August 2004 Folgendes vor (in einer inoffiziellen Übersetzung der EU):

„Where significant changes occur in a European company, its subsidiaries or establishments within one year of the European company being registered, and their nature is such that the employees should have had greater involvement in the formation of the European company, new negotiations shall be conducted on the arrangements governing employee involvement. The negotiations shall be conducted in the manner in which they would have taken place if the above-mentioned changes had occurred before the registration of the European company. However, new negotiations need not be initiated where the European company demonstrates that there is an acceptable reason for the significant changes and that such changes could not have been implemented prior to its registration.“<sup>98</sup>

93 Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelD=212>.

94 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelD=212>.

95 Umfassender Überblick bei Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 317 ff.

96 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelD=212>.

97 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelD=212>.

98 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPagelD=212>.

Als Quintessenz der rechtsvergleichenden Umschau lässt sich festhalten, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Ansätze entwickelt haben, um dem Phänomen der Flucht aus bzw. vor der Mitbestimmung entgegenzuwirken. Zwar fehlt es, soweit ersichtlich, an jeglichen Anwendungsfällen für diese Regelungen, aus denen sich ein näherer Aufschluss über ihre Reichweite und Effektivität gewinnen ließe. Immerhin lässt sich zum einen festhalten, dass die Steigerung der Arbeitnehmerzahl *nach* der SE-Gründung in zahlreichen mitgliedstaatlichen Umsetzungen der SE-RL als ein regelungsbedürftiges Problem angesehen wird, dem begegnet werden soll, wobei es nicht selten offenbar nur auf objektive Merkmale, nicht aber auf eine regelrechte Missbrauchsabsicht der SE-Gründer ankommen soll. Zum anderen ist die Kommission bislang gegen keinen der mitgliedstaatlichen Versuche, auch bei nachträglichen Veränderungen einen Neuverhandlungsmechanismus zu installieren, vorgegangen. Auch wenn sich dies alles nicht unmittelbar auf die rechtsverbindlich vom EuGH zu bestimmende Reichweite der europarechtlichen Vorgaben auswirkt, spricht dies doch zumindest tendenziell dafür, die gegenwärtige deutsche Regelung im SEBG nicht als die einzig denkbare Umsetzung der SE-RL zu begreifen, wenn es darum geht, einen Mechanismus zur Verhinderung der Flucht aus bzw. vor der Mitbestimmung zu schaffen.

### 3.3 Neue Regelungen im MgFSG

Zu nennen ist weiter das neue Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung (MgFSG) vom 4. Januar 2023<sup>99</sup>. Dieses Gesetz bringt gleich zu Beginn in § 1 Abs. 2 MgFSG als übergeordnetes Prinzip das Verbot zum Ausdruck, grenzüberschreitende Vorhaben zu dem missbräuchlichen Zweck der Entziehung oder Vorenthaltung von Mitbestimmungsrechten zu nutzen. Auf der operativen Ebene soll diese Zielsetzung durch ein gegenüber § 43 SEBG wesentlich erweitertes Missbrauchsverbot bewerkstelligt werden, das in § 36 MgFSG wie folgt formuliert ist:

„Ein grenzüberschreitendes Vorhaben darf nicht dazu missbraucht werden, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn innerhalb von vier Jahren ab Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Vorhabens strukturelle Änderungen erfolgen, die bewirken, dass ein Schwellenwert der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat überschritten wird oder sonst Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte vorenthalten oder entzogen werden. Bei einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot sind Verhandlungen über die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer ent-

sprechend den §§ 6 bis 24 zu führen. Wird in diesen Verhandlungen keine Einigung erzielt, sind die §§ 25 bis 30 über die Mitbestimmung kraft Gesetzes entsprechend anzuwenden.“

Diese Regelung versteht sich als Umsetzung von Art. 86I Abs. 3 Buchst. f und Art. 160I Abs. 3 Buchst. f der durch die Umwandlungsrichtlinie (EU) 2019/2121 (UmwRRL) geänderten Gesellschaftsrechtsrichtlinie (EU) 2017/1132 (GesRRL), die für das Missbrauchsverbot als solches jeweils schlicht auf Art. 11 SE-RL verweisen.<sup>100</sup> Das aktuell erweiterte Missbrauchsverbot begreift sich in der Sache also als eine Konkretisierung des ursprünglichen SE-rechtlichen Missbrauchsverbots. Ähnlich wie schon in § 43 S. 2 SEBG werden die strukturelle Änderung und der Missbrauch miteinander verschränkt. Zudem wird nunmehr ausdrücklich geregelt, dass ein Missbrauch auch darin liegen kann, dass durch eine strukturelle Änderung ein mitbestimmungsrechtlicher Schwellenwert im Sitzstaat nachträglich überschritten wird. Dabei legt es der Wortlaut von § 36 S. 2 MgFSG nahe, dass es zunächst einer strukturellen Änderung bedarf, die dann anschließend auf ihre Mitbestimmungsrelevanz überprüft wird. Als Beispiel für eine solche strukturelle Änderung nennen die Gesetzesmaterialien den Fall, dass eine aus einer grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgegangene Gesellschaft eine größere Anzahl von Arbeitnehmern aus einer mitbestimmten Gesellschaft aufnimmt, weil die Situation mit einer Verschmelzung vergleichbar sei.<sup>101</sup> Das gewählte Beispiel betrifft somit nicht vollumfänglich den Fall eines schlichten organischen Wachstums einer zunächst mitbestimmungsfreien Gesellschaft, weil auf die bereits vorhandenen Mitbestimmungsrechte derjenigen Arbeitnehmer abgestellt wird, die übernommen werden. Allerdings genügt es nach dem Wortlaut von § 36 MgFSG, wenn es zu einer Schwellenwertüberschreitung kommt, sofern dies nur die Folge einer strukturellen Änderung ist, ohne dass zwingend eine Situation vorliegen muss, bei der die übernommenen Arbeitnehmer Beteiligungsrechte einbüßen. Vielmehr reicht es aus, dass hierdurch („oder sonst“) Mitbestimmungsrechte vorenthalten werden.

Nun wird die Schwellenwertüberschreitung als solche in § 36 S. 2 MgFSG einerseits nicht per se als strukturelle Änderung eingestuft. Andererseits schließt es der Wortlaut von § 36 S. 2 MgFSG aber auch nicht aus, dass ein Anstieg der Anzahl der Beschäftigten innerhalb der zunächst mitbestimmungsfreien Gesellschaft selbst als strukturelle Änderung qualifiziert wird, was vor allem dann naheliegt, wenn es zu einem signifikanten Zuwachs kommt, der sich vielfach auch in veränderten betrieblichen Strukturen auswirken wird, weil eine deutlich größere Belegschaft kaum im Rahmen exakt derselben betrieb-

<sup>99</sup> BGBl. 2023 I Nr. 10 v. 13.1.2023. Das Gesetz ist am 31.1.2023 in Kraft getreten.

<sup>100</sup> Zur Neuregelung insgesamt kritisch Baschnagel/Hilser/Wagner, RdA 2023, 103 (110 f.); Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457 (464); differenzierend Sauerbrey, GmbHR 2023, 5 (9); Schubert, ZFA 2023, 339 (360 ff.).

<sup>101</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3817, S. 56.

lichen Strukturen wie eine deutlich kleinere Belegschaft arbeiten dürfte.

Rechtstechnisch wird das Missbrauchsverbot dadurch verstärkt, dass anstelle einer bloßen Vermutungsregel, wie sie in § 43 S. 2 SEBG enthalten ist, eine Fiktionsregel („Missbrauch liegt insbesondere vor“) geschaffen und darüber hinaus die maßgebliche Frist für relevante Strukturänderungen von einem auf vier Jahre verlängert wurde.

Darüber hinaus findet sich ein verändertes Rechtsfolgenkonzept. So wird in § 36 S. 3 und 4 MgFSG nunmehr eindeutig das europäische Modell der Mitbestimmung, bestehend aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung, angeordnet. Für den Inhalt der gesetzlichen Auffangregelung, die erfahrungsgemäß die Verhandlungsstärke beider Seiten maßgeblich beeinflusst, verweist § 36 S. 4 MgFSG auf eine entsprechende Anwendung der §§ 25 bis 30 MgFSG, was auf einen bloßen Bestandsschutz hindeutet. In diese Richtung weisen auch die Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien, die das Missbrauchsverbot dogmatisch als Umgehungsverbot qualifizieren und als umgangene Vorschriften insoweit offenbar (nur) die Regelungen des MgFSG selbst und nicht die Regelungen der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat begreifen.<sup>102</sup> In einem gewissen Widerspruch hierzu steht freilich, dass diese Rechtsfolge u. a. auch durch ein Überschreiten von Schwellenwerten der Mitbestimmungsgesetze im Sitzstaat ausgelöst werden soll, was eher für eine Konzeption spricht, nach der als umgangene Vorschriften die Regelungen in diesen Gesetzen anzusehen sind. Für die vom MgFSG erfassten Fälle des grenzüberschreitenden Formwechsels und der grenzüberschreitenden Spaltung stellt die Ausgestaltung der gesetzlichen Auffangregelung im Anschluss an Neuverhandlungen als bloßem Bestandsschutz letztlich aber kein Hindernis für eine gewisse Dynamisierung dar, weil das neu zu bildende besondere Verhandlungsgremium infolge der Verweisung in § 36 S. 3 MgFSG auch auf § 19 MgFSG die Möglichkeit hat, mit doppelt qualifizierter Mehrheit einen Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen zu fassen und auf diese Weise nunmehr die im Sitzstaat der Gesellschaft geltenden Mitbestimmungsgesetze zur Anwendung zu bringen.<sup>103</sup> Im Übrigen wird im MgFSG von der Einführung einer strafrechtlichen Sanktion bei einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot, wie sie sich in § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG findet und dort eine enge Interpretation des Missbrauchsverbots nahelegt, bewusst Abstand genommen.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3817, S. 56.

<sup>103</sup> Dies ist aus der Perspektive des deutschen Mitbestimmungsrechts wegen § 4 MgFSG allerdings nur dann zielführend, wenn sich der künftige Satzungssitz in Deutschland befindet. Für eine dauerhafte Bindung der Arbeitnehmerseite an das beim grenzüberschreitenden Vorgang ursprünglich gewählte Modell von Verhandlungs- bzw. Auffanglösung dagegen Bungert/Strothotte, BB 2022, 1411 (1419).

<sup>104</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3817, S. 56.

Die skizzierten Ansätze des österreichischen und des polnischen Rechts sowie die neue deutsche Regelung verdeutlichen die Bandbreite der Lösungen, mit denen Mitgliedstaaten das Problem der Mitbestimmungsvermeidung angehen, nämlich zum einen durch eine Anknüpfung an das in Art. 11 SE-RL ausdrücklich geregelte Verbot des Verfahrensmissbrauchs und zum anderen durch eine Anknüpfung an Erwägungsgrund 18 SE-RL als einzige Passage in der SE-RL, in der von „strukturellen Veränderungen“ die Rede ist. Zugleich machen die verschiedenen Vorschriften deutlich, dass die bislang im SEBG gefundene Lösung zur Eindämmung von Mitbestimmungsvermeidungsstrategien nicht von vornherein die einzig denkbare Konkretisierung der entsprechenden Vorgaben in der SE-RL sein muss, sondern auch andere Konkretisierungen in Betracht kommen. Allerdings ändern alle diese mitgliedstaatlichen Regelungen für sich genommen nichts an den unionsrechtlichen Vorschriften, in deren Rahmen sie sich einfügen müssen, sodass es gilt, die genauen Grenzen dieses Rahmens auszuloten. Damit geht die entscheidende Frage letztlich dahin, wie weit der mitgliedstaatliche Konkretisierungsspielraum reicht, den die SE-RL sowie das sonstige Unionsrecht gewähren.

### 3.4 Allgemeine Grundsätze zur Umsetzung und Auslegung von Richtlinien

Soweit es um die allgemeinen Grundsätze zur Umsetzung und Auslegung von Richtlinien geht, ist zunächst festzuhalten, dass jede einzelne Bestimmung in einer Richtlinie einer eigenständigen Betrachtung bedarf. Dies steht einer pauschalen Charakterisierung der SE-RL als Vollharmonisierung, die einer wie auch immer gearteten Ergänzung oder Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten von vornherein nicht zugänglich sei, entgegen.<sup>105</sup> Vielmehr kann das Ausmaß der Harmonisierung innerhalb eines Regelwerks von Vorschrift zu Vorschrift variieren, ohne dass aus der weitgehenden Harmonisierung, die durch eine Regelung herbeigeführt wird, auf den Grad der Harmonisierung geschlossen werden kann, der durch eine andere Regelung bewirkt wird. Was Generalanwalt *De la Tour* für die die DSGVO ausgesprochen hat,<sup>106</sup> bei der es sich immerhin um einen Rechtsakt handelt, der gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen seinen Teilen verbindlich ist und der unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, gilt erst recht für Richtlinien, die nach Art. 288 Abs. 3 lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, den innerstaatlichen Stellen aber die Wahl der Form und der Mittel überlassen.<sup>107</sup> Schon aus diesem Grunde sollte die rechtstechnische Einkleidung für das Bestreben der SE-RL, Mitbestimmungsvermeidungsstrategien ent-

<sup>105</sup> Insoweit auch Uffmann, AG 2022, 427 (436).

<sup>106</sup> GA De la Tour v. 27.1.2022 – Rs. C-534/20, ECLI:EU:C:2022:62 (Rn. 39) – Leistriz.

<sup>107</sup> Dazu Wietfeld, JZ 2020, 484 (492 ff.).

gegenzutreten, nicht überbetont werden. Auch ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH über einen weiten Ermessensspielraum verfügen.<sup>108</sup> Nach den Worten von Generalanwalt *Bobek* stehen die Maßnahmen zur Umsetzung der sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtungen sogar im freien Ermessen der Mitgliedstaaten, solange diese Maßnahmen nicht durch die Richtlinie selbst ausdrücklich ausgeschlossen werden bzw. nicht zu den Zielen der Richtlinie in Widerspruch stehen.<sup>109</sup> Soweit es schließlich um die Auslegung einer konkreten Regelung geht, kommt es nach einer mittlerweile gefestigten Formel des EuGH auf den Wortlaut, den Zusammenhang und die Ziele der fraglichen Regelung, also auf eine grammatikalische, systematische und teleologische Interpretation an.<sup>110</sup>

### 3.5 Verhältnis von struktureller Veränderung und Rechtsmissbrauchsverbot

Zu den Grundproblemen bei der Interpretation der SE-RL im Hinblick auf spätere Veränderung in der SE gehört es, dass die SE-RL mit den „strukturellen Veränderungen“ und dem Verbot des Verfahrensmissbrauchs zwei schlecht aufeinander abgestimmte Instrumente bzw. Anknüpfungspunkte enthält. Die strukturellen Veränderungen werden nämlich nur in Erwägungsgrund 18 angesprochen, ohne dass es hierzu eine unmittelbar passende normative Regelung gibt, während umgekehrt das Missbrauchsverbot in Art.11 SE-RL seinen Platz gefunden hat, ohne indes von einem unmittelbar dazu passenden Erwägungsgrund motiviert zu werden, was vom Normalfall der „untrennbaren Verbindung“ zwischen dem verfügbaren Teil eines europäischen Rechtsakts und seiner Begründung<sup>111</sup> abweicht.

Vor diesem Hintergrund haben sich zum Verhältnis beider Komplexe zueinander im (deutschen) Schrifttum zahlreiche unterschiedliche Sichtweisen herausgebildet, die von der einheitlichen Betrachtung über

die Einstufung der „strukturellen Veränderungen“ als Unterfall des „Missbrauchs“ und den Bezug zur SE-Gründung als Unterscheidungskriterium bis hin zur wechselseitigen Ausschließlichkeit von „strukturellen Veränderungen“ und „Missbrauch“ reichen.<sup>112</sup> Insoweit überzeugt es letztlich am meisten, von einander partiell überlappenden Anwendungsbereichen auszugehen. Danach kann eine „strukturelle Veränderung“ einen Missbrauch darstellen, muss dies aber nicht, während spiegelbildlich ein Missbrauch in einer „strukturellen Veränderung“ bestehen, aber auch darüber hinausgehen kann. Wenn der europäische Gesetzgeber zwei verschiedene Instrumente bzw. Anknüpfungspunkte vorgesehen hat, um Mitbestimmungsvermeidungsstrategien entgegenzutreten, spricht dies nämlich dafür, dass diese Zielsetzung möglichst breitflächig verfolgt werden soll, also nicht etwa die Grenzen des einen Ansatzes, konkret eine starke Betonung des „Vorher-Nachher-Prinzips“, auf den anderen Ansatz, nämlich das Missbrauchsverbot, zu übertragen ist, um den Anwendungsbereich dieses Verbots zu minimieren, zumal dies dem soeben skizzierten Grundsatz widersprechen würde, den Harmonisierungsgrad jeder Vorschrift einzeln zu bestimmen. Insoweit kränken zumindest Teile der Literatur daran, dass sie eine Art „Kumulationstheorie“ vertreten und von einem Verfahrensmissbrauch von vornherein nur dann sprechen wollen, wenn es darum geht, bereits bestehende Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu beseitigen, also das ausschließlich in Erwägungsgrund 18 SE-RL, nicht aber in Art.11 SE-RL genannte „Vorher-Nachher-Prinzip“, zu unterlaufen.

### 3.6 Verhinderung der Vorenthaltung von Beteiligungsrechten

Beginnt man die Interpretation der SE-RL vor dem geschilderten Hintergrund mit dem Wortlaut der Regelung selbst, also mit dem verfügbaren Teil in Abgrenzung zu den Erwägungsgründen, die für sich genommen keine Regelungen enthalten, sondern lediglich der Erläuterung der getroffenen Regelungen dienen, so fällt zunächst auf, dass im Hinblick auf spätere Veränderungen bei der SE lediglich Art.11 SE-RL eine hinreichend aussagekräftige Anordnung enthält. Danach müssen die Mitgliedstaaten durch geeignete Maßnahmen einen Missbrauch der SE verhindern, wobei ein Missbrauch nicht nur in der „Entziehung“ (Var. 1), sondern ausdrücklich auch in der „Vorenthaltung“ (Var. 2) von Beteiligungsrechten bestehen kann. Dabei kann es zunächst nicht zweifelhaft sein, dass die in Rede stehenden Beteiligungsrechte als Bezugspunkt für eine „Entziehung“ oder eine „Vorent-

108 EuGH v. 29.7.2019 – Rs. C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (Rn. 49) – Fashion ID.

109 GA Bobek v. 19.12.2018 – Rs. C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039 (Rn. 29) – Fashion ID.

110 Siehe nur EuGH v. 14.10.2021 – Rs. C-373/20, ECLI:EU:C:2021:850 (Rn. 36) – Dyrektor Z. Oddziału Regionalnego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa; EuGH v. 22.2.2022 – Rs. C-160/20, ECLI:EU:C:2022:101 (Rn. 29) – Stichting Rookpreventie Jeugd u. a.; EuGH v. 12.5.2022 – C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 = NZA 2022, 1041 (Rn. 29) – Luso Temp; EuGH v. 22.6.2022 – Rs. C-534/20, ECLI:EU:C:2022:495 = NZA 2022, 1111 (Rn. 18) – Leistritz; EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 (Rn. 31) – SAP. Ferner Lenaerts/Gutiérrez-Fons, AEL, 2013/9, S. 6 ff.; Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 10 Rn. 12 ff.

111 So EuGH v. 27.6.2000 – Rs. C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345 (Rn. 41) – Kommission/Portugal; EuGH v. 29.4.2004 – Rs. C-298/00 P, ECLI:EU:C:2004:240 (Rn. 97) – Italien/Kommission; EuGH v. 19.11.2009 – Rs. C-402/07, ECLI:EU:C:2009:716 (Rn. 42) – Sturgeon.

112 Hierzu detailliert Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 180 ff.; frühzeitig auch Rehberg, ZGR 2005, 859 ff.; speziell zu strukturellen Änderungen Teichmann, FS Hellwig, 2010, S. 347 ff.; speziell zum Missbrauchsverbot Sagan, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit, 2012, S. 171 ff.

haltung“ mangels eines originären Mitbestimmungsregimes der SE zumindest ursprünglich aus den nationalen Mitbestimmungsordnungen stammen. Weiter spricht das Vorhandensein zweier Varianten im Rahmen des Missbrauchstatbestands dafür, dass der Richtliniengeber von zwei unterschiedlichen Formen des Umgangs mit diesen Beteiligungsrechten als Basis eines möglichen Missbrauchs ausgeht. Während sich die „Entziehung“ eindeutig auf schon vorhandene Beteiligungsrechte bezieht, die der Arbeitnehmerseite gleichsam „weggenommen“ werden, liegt es im Hinblick auf die Variante der „Vorenthaltung“ zumindest nahe, dass es um solche Beteiligungsrechte gehen soll, die gerade nicht schon existieren, sondern als Folge der Gründung einer SE von vornherein nicht gewährt werden.<sup>113</sup> Würde man auch für die zweite Variante der Arbeitnehmerseite bereits konkret zustehende Beteiligungsrechte fordern, die künftig nicht mehr „gewährt“ werden, würde diese Variante in der Sache lediglich eine Umformulierung der ersten Variante darstellen und damit praktisch funktionslos sein. Demgegenüber erscheint es plausibler, dass es bei der Variante der „Vorenthaltung“ um die Nichtgewährung von solchen Beteiligungsrechten geht, die der Arbeitnehmerseite zustünden, wenn das fragliche Unternehmen nicht in der Rechtsform einer SE, sondern in einer mitgliedstaatlichen Rechtsform betrieben würde.<sup>114</sup>

Diese Schlussfolgerung wird allerdings vielfach bestritten. Danach soll ein „Vorenthalten“ nur dann vorliegen, wenn die Arbeitnehmer schon über Rechte verfügen, weil ihnen lediglich in einem solchen Fall etwas „vorenthalten“ werde.<sup>115</sup> Auch werden insoweit die englische Sprachfassung („to withhold“ = einbehalten, zurückbehalten, versagen) und die französische Fassung („refuser“ = ablehnen, verweigern, versagen, aberkennen) angeführt.<sup>116</sup> Nähert man sich diesen Umschreibungen unbefangen, so zeigt sich, dass sie allesamt auch eine Deutung zulassen, nach der es auf die Beteiligungsrechte in einer vergleichbaren mitgliedstaatlichen Rechtsform ankommt, weil der Arbeitnehmerseite auch in diesem Fall Beteiligungsrechte vom Unternehmen (Management bzw. Anteilseignerseite) „abgelehnt“, „verweigert“ und „versagt“ werden. Dass nicht alle sprachlichen Ausdrücke, wie etwa „zurückbehalten“ und „aberkennen“, ebenfalls exakt dieselbe Bedeutung haben, kann man schwerlich dafür nutzen, die immerhin denkbaren weitergehenden Interpretationen a priori beiseitezuschieben. Selbst wenn man aber annimmt, dass „vorenthalten“ sprachlich bedeutet, „jemandem

etwas, worauf er Anspruch hat, nicht zu geben“;<sup>117</sup> folgt daraus noch nicht, dass nur eine in der Vergangenheit bereits vollgültig erworbene Rechtsposition Gegenstand eines „Vorenthaltes“ sein kann. Auch in diesem Fall kommt es nämlich maßgeblich auf den Bezugspunkt an. Nur wenn man von vornherein annimmt, dass Arbeitnehmer in großen Kapitalgesellschaften in Deutschland „eigentlich“ kein Recht auf Mitbestimmung haben, kann ihnen ein solches Recht für den Fall, dass das arbeitgebende Unternehmen in der Rechtsform einer SE betrieben wird und eine hinreichende Größe aufweist, nicht „vorenthalten“ werden. Geht man dagegen umgekehrt davon aus, dass die deutschen Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern in entsprechend großen Kapitalgesellschaften auch auf der unternehmerischen Ebene grundsätzlich Beteiligungsrechte verschaffen wollen, was angesichts der Ausgestaltung von MitbestG und DrittelbG als gesetzlicher Normalfall kaum in Abrede gestellt werden kann, führt kein Weg an der Aussage vorbei, dass ihnen diese Beteiligungsrechte nach allgemeinem Sprachgebrauch „vorenthalten“ werden, wenn sich das Management und die Anteilseignerseite dafür entscheiden, das Unternehmen künftig in der Rechtsform einer SE zu führen. Für diesen Schluss bedarf es im Übrigen keiner Vorstellung von einer Art „Anwartschaft“ auf eine unternehmerische Mitbestimmung,<sup>118</sup> die es so in der Tat nicht gibt, weil die Belegschaft eines kleineren Unternehmens keine gesicherte rechtliche Aussicht darauf hat, dass dieses Unternehmen durch die Einstellung von Arbeitnehmern in die Mitbestimmung hineinwächst<sup>119</sup>. Vielmehr genügt es für den Begriff des „Vorenthaltes“, wenn mit der SE eine Rechtsform gewählt wird, die Mitbestimmungsrechte trotz eines entsprechenden Größenwachstums des Unternehmens definitiv ausschließt bzw. begrenzt.

Nun besagt diese am äußeren Wortlaut von Art. 11 SE-RL orientierte Interpretation für sich genommen noch nicht abschließend, ob sich ein Vorenthalten von Beteiligungsrechten auch aus einem Vergleich mit dem Mitbestimmungsniveau ergeben kann, das bestünde, wenn die Akteure davon abgesehen hätten, das Unternehmen in der Rechtsform einer SE zu betreiben. Vielmehr geht es an dieser Stelle zunächst lediglich darum, dem Eindruck entgegenzutreten, als würde die sprachliche Fassung des verfügenden Teils der SE-RL eine solche Deutung zwingend ausschließen. Jedenfalls sollte der Umstand, dass der Wortlaut von Art. 11 SE-RL zwei Varianten enthält, in denen sich der Missbrauch von SE manifestieren kann, nämlich einerseits die „Entziehung“ und andererseits die „Vorenthaltung“, Anlass genug dafür sein, die zweite Variante nicht von vornherein in einer Weise auszule-

113 Insoweit auch Sagan, EBLR 2010, 15 (22 f.).

114 Ebenso Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 198 ff.

115 So Drinhausen/Keinath, BB 2011, 2699 (2701 f.); Rehberg, ZGR 2005, 839 (873 f.); von der Höh, Vorrats-SE, 2017, S. 312; für § 43 SEBG ebenso HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 43 Rn. 4.

116 Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 125.

117 Vgl. Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 124.

118 In diese Richtung aber Habersack, ZHR 182 (2018), 495 (502).

119 Insoweit auch Bungert, FS Krieger, 2020, 111 (135); Sauerbrey, GmbHR 2023, 5 (12).

gen, die nur in einer Umformulierung bzw. in einem Unterfall der ersten Variante besteht. Dies wird letztlich auch von denjenigen zugestanden, die sich für ein enges Verständnis von Art. 11 Var. 2 SE-RL aussprechen. Wenn es heißt, das Merkmal „Vorenthalten“ sei teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass lediglich bereits bestehende Beteiligungsrechte geschützt sind,<sup>120</sup> heißt dies nichts anderes, als dass der Wortlaut der Vorschrift insoweit weiter reicht und es erst einer teleologischen Reduktion bedarf, um ihn auf bestimmte Fälle zu beschränken.

### 3.7 Systematische Aussagekraft der Erwägungsgründe der SE-RL

Soweit es um die Erwägungsgründe geht, steht ihre prinzipielle Bedeutung für die Interpretation einer Richtlinie außer Frage.<sup>121</sup> Allerdings ist in diesem Kontext vorab noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass kein ausdrückliches auf Art. 11 SE-RL gemünztes Erwägungsgrund existiert, während umgekehrt Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL keinen expliziten Niederschlag im verfügbaren Teil der Richtlinie gefunden hat.

Nun besteht im Ausgangspunkt kein Zweifel daran, dass die Absicherung der bei der Gründung einer SE bereits bestehenden Beteiligungsrechte zum Kernanliegen des Mitbestimmungskonzepts der SE-RL gehört, auch wenn dies je nach Gründungsart zusätzlich an die Erreichung bestimmter Schwellenwerte im Hinblick auf die bisherige Verbreitung der Beteiligungsrechte gekoppelt ist. Insoweit ist die Wahrung des Status quo, in Erwägungsgrund 18 S. 2 SE-RL treffend als „Vorher-Nachher-Prinzip“ bezeichnet, zentraler Bestandteil des mitbestimmungsrechtlichen Regelungskonzepts der SE-RL, das wie geschildert auch in zahlreichen weiteren Erwägungsgründen (3, 7, 9, 10 und 11) zum Ausdruck kommt. Fraglich ist allerdings, welche Schlussfolgerungen aus diesem Befund zu ziehen sind.

Bei einer isolierten Betrachtung von Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL dürften alle Versuche, auf diesem Wege zu einer wie auch immer gearteten Dynamisierung zu gelangen, auf schwer übersteigbare Grenzen stoßen. Zwar enthält der dort verwendete Begriff der „strukturellen Veränderung“, der vom Unionsgesetzgeber nicht näher konkretisiert worden ist, für sich genommen durchaus Entwicklungspotenzial. So kann es nicht zweifelhaft sein, dass man es mit einem autonomen Begriff zu tun hat, der nicht von vornherein nach mitgliedstaatlichen Kategorien auszulegen ist. Die in Deutschland vielfach vertretene restriktive Sicht, nach der unter den Begriff der „strukturellen Veränderungen“ nur Veränderungen auf der

korporationsrechtlichen Ebene zu fassen sind, ist daher für die Auslegung von Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL nicht bindend. Stellt man in Rechnung, dass eine wesentliche Vergrößerung der Arbeitnehmerzahl kaum ohne neue betriebliche Strukturen auskommen wird, ließe sich diese Konstellation sprachlich daher durchaus noch als strukturelle Veränderung begreifen. Hiergegen lässt sich nicht der systematische Gesichtspunkt mobilisieren, dass Erwägungsgrund 40 der EBR-Richtlinie 2009/38/EG als Beispiele für die in Art. 13 Abs. 1 RL 2009/38/EG erwähnten wesentlichen Strukturänderungen nur Fusion, Übernahme und Spaltung nennt, weil es sich hierbei lediglich um eine beispielhafte und nicht um eine abschließende Auflistung handelt.

Ein wesentliches Hemmnis für eine Dynamisierung ist aber die Verknüpfung von „struktureller Veränderung“ mit dem „Vorher-Nachher-Prinzip“ („dieser Ansatz“) im Rahmen von Erwägungsgrund 18 SE-RL, die dafür spricht, insoweit auf das erreichte Mitbestimmungsniveau abzustellen, das den Arbeitnehmern auch weiterhin gewährleistet werden soll.<sup>122</sup> Erst bei einer Veränderung dieses Prinzips in dem Sinne, dass es für die Auffangregelung auf die hypothetische Situation im Zeitpunkt der späteren Veränderung ankommt, wäre ein weites Verständnis der strukturellen Änderung als Auslöser für Neuverhandlungen zielführend. Allein im Rahmen von Erwägungsgrund 18 SE-RL erscheint eine solche Weiterentwicklung indes nicht leistbar.

Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob das aus den Erwägungsgründen ableitbare „Vorher-Nachher-Prinzip“ in dem Sinne zu verabsolutieren ist, dass es auch die Interpretation von Art. 11 SE-RL determiniert.<sup>123</sup> Hiergegen spricht, dass man aus einem in verschiedenen Erwägungsgründen genannten Schutzziel nicht folgern kann, dass sich eine mit diesen Erwägungsgründen nicht unmittelbar in Zusammenhang stehende Regelung, die sich im verfügbaren Teil der Richtlinie befindet, darauf zu beschränken hat, ausschließlich dieses ein Schutzziel zu verwirklichen. Vielmehr ließe sich eher umgekehrt argumentieren, dass Erwägungsgrund 18 S. 3 SE-RL, dessen Ziel gerade darin besteht, auf eine Ausdehnung der Absicherung der Arbeitnehmerseite auch auf das Nachgründungsstadium hinzuwirken, seinerseits „missbraucht“ wird, wenn aus dieser Vorgabe eine Einschränkung des Missbrauchsverbots abgeleitet wird, zumal nach dem Wortlaut von Art. 11 SE-RL eben nicht nur der Entziehung, sondern auch der Vorenthaltung von Beteiligungsrechten entgegengetreten werden soll.

Darüber hinaus lässt sich der Entscheidung des EuGH im Fall *Kommission/Niederlande* entnehmen, dass die SE-RL einer Ausweitung von aus dem mitgliedstaatlichen Recht resultierenden Beteiligungs-

120 Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 126.

121 Dazu allgemein Rebhahn, ZfPW 2016, 281 (294); speziell zur SE-RL EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 (Rn. 43 f.) – SAP.

122 Kleinsorge, RdA 2002, 343 (351); Witschen, EuZA 2022, 143 (150 ff.).

123 Drinhausen/Keinath, BB 2011, 2699 (2702); HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 43 Rn. 4.

rechten keineswegs entgegensteht, sondern sie in bestimmten Fällen sogar vorschreibt,<sup>124</sup> wobei freilich in Rechnung zu stellen ist, dass sich die seinerzeitige Aussage des EuGH nicht auf das nachträgliche „Hineinwachsen“ einer SE in die Mitbestimmung, sondern auf die Erstreckung einer in einer beteiligten Gesellschaft bereits vorhandenen Mitbestimmung auf bislang nicht erfasste Arbeitnehmer bezog. Gleichwohl lässt sich vor dem Hintergrund dieser Entscheidung jedenfalls nicht die Behauptung aufstellen, dass es die SE-RL geradezu verbietet, in den mitbestimmungsrechtlichen Schutz auch solche Arbeitnehmer einzubeziehen, denen entsprechende Beteiligungsrechte im Zeitpunkt der SE-Gründung noch nicht zugestanden haben.

Fasst man die bisherigen Überlegungen zusammen, zeigt sich, dass ein Anknüpfungspunkt für eine gewisse Dynamisierung eher im Verbot des Verfahrensmissbrauchs als im Kontext der strukturellen Änderung zu suchen ist, weil jedenfalls nach der Systematik der SE-RL zwar für den zweitgenannten Ansatz, nicht aber für den erstgenannten Ansatz das „Vorher-Nachher-Prinzip“ den Orientierungsmaßstab bildet.

### 3.8 Bedeutung der allgemeinen Grundsätze über das europäische Rechtsmissbrauchsverbot

Hält man das Missbrauchsverbot innerhalb der SE-RL für das im Ansatz geeignetste Instrument, um dem „Einfriereffekt“ entgegenzuwirken, geht es im Kern um die Frage, ob die Nutzung einer SE als Rechtsform zur Mitbestimmungsvermeidung bzw. Mitbestimmungskonservierung einen zulässigen Gebrauch oder einen unzulässigen Missbrauch von rechtlichen Handlungsmöglichkeiten darstellt. Um es in dieser strittigen Frage nicht bei bloßen Behauptungen bewenden zu lassen, bietet es sich an, sie in den größeren Kontext der allgemeinen Grundsätze über den Rechtsmissbrauch im europäischen Recht einzubetten. Dies gilt umso mehr, als anzunehmen ist, dass der EuGH das sekundärrechtlich kodifizierte Missbrauchsverbot des Art.11 SE-RL nicht anders als das sekundärrechtlich geregelte Missbrauchsverbot gemäß Art.11 Abs.1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG (nunmehr Art.15 Abs.1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 2009/133/EG) als Widerspiegelung der ungeschriebenen Grundsätze über den Missbrauch von Unionsrecht begreifen<sup>125</sup> und sich bei der Interpretation der Richtlinienbestimmung deshalb von diesen Grundsätzen lei-

ten lassen wird,<sup>126</sup> wie dies im deutschen Schrifttum ebenfalls vielfach befürwortet wird<sup>127</sup>.

So hat der EuGH über Jahrzehnte hinweg schrittweise allgemeine Grundsätze zur Frage des Missbrauchs europäischen Rechts<sup>128</sup> entwickelt, die er in seiner neueren Judikatur sogar in den Rang eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts erhoben hat<sup>129</sup>. Hierbei hat der EuGH bislang allerdings davon abgesehen, eine klare Unterscheidung zwischen einem Rechtsmissbrauch im engeren Sinne und einer Rechtsumgehung herauszuarbeiten. Im Einzelnen lässt sich das reichhaltige Entscheidungsmaterial zu zwei verschiedenen Fallgruppen verdichten: Auf der einen Seite geht es um kriminelle oder betrügerische Zwecke, die ein Täuschungselement aufweisen, wobei diese Fallgruppe im vorliegenden Kontext aber von vornherein keine Rolle spielt. Auf der anderen Seite stehen sonstige Fälle der missbräuchlichen Berufung auf europäisches Recht. Hierzu zählen solche Konstellationen, in denen sich ein Akteur auf europäisches Recht beruft, um entweder nationales Recht zweckwidrig zu umgehen (Fälle der Normvermeidung) oder um nicht dem Zweck der europäischen Regelung entsprechende Vorteile für sich in Anspruch zu nehmen (Fälle der Normerschleichung).<sup>130</sup>

Auf den ersten Blick könnte man annehmen, als ginge es bei der Missbrauchsabwehr nach Art.11 SE-RL ausschließlich darum, die mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsgesetze, konkret also das DrittelbG bzw. das MitbestG, vor einer Umgehung zu schützen. Gegen einen solchen Ansatz lässt sich allerdings mit einigem Recht vorbringen, dass die deutschen Mit-

<sup>124</sup> Vgl. EuGH v. 20.6.2013 – Rs. C-635/11, EU:C:2013:408 = AG 2013, 592 (Rn. 41) – Kommission/Niederlande; ebenso EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 (Rn. 48) – SAP.

<sup>125</sup> Vgl. EuGH v. 5.7.2009 – Rs. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (Rn. 38) – Kofoed, EuGH v. 10.11.2011 – Rs. C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (Rn. 50) – Foggia.

<sup>126</sup> Siehe aber auch Sørensen, CMLR 43 (2006), 423 (438), der darauf hinweist, dass ein sekundärrechtliches Missbrauchsverbot den Mitgliedstaaten einen größeren Spielraum als nach allgemeinen Grundsätzen zubilligen kann.

<sup>127</sup> Fährdrich, Missbrauch, 2016, S. 295; HH/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, SEBG § 43 Rn. 5; LHT/Oetker, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, SEBG § 43 Rn. 8; Sagan, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit, 2012, S. 171 (190 ff.); NK-GA/Sagan, 2. Aufl., 2023, SEBG § 43 Rn. 4; in diesem Sinne auch Kübler, FS Raiser, 2005, 247 (256 f.); für einen nur ergänzenden Rückgriff auf das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 181; gänzlich abweichend Mader, Verfahrensmissbrauch, 2014, S. 141 f.

<sup>128</sup> Vgl. EuGH v. 22.11.2017 – Rs. C251/16, ECLI:EU:C:2017:881 (Rn. 30 f.) – Cussens u. a.; EuGH v. 26.2.2019 – Rs. C-116/16 und C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (Rn. 75) – T Danmark und Y Danmark Aps; zur Einordnung siehe auch Baudenbacher, Rechtsmissbrauchsverbot, 2016, S. 460 ff.

<sup>129</sup> Umfassende Auflistung und Analyse der reichhaltigen und verzweigten Judikatur des EuGH bei Baudenbacher, Rechtsmissbrauchsverbot, 2016, S. 160 ff.; ferner etwa Baudenbacher, ZfRV 2008, 205 ff.; Fleischer, JZ 2003, 865 ff.; Schön, EuZW 2020, 637 ff. u. 685 ff.; Teichmann, ZGR 2022, 376 ff.; mit Fokus auf das Arbeitsrecht Kamanabrou, EuZA 2018, 18 ff.; siehe auch De la Feria, CMLR 45 (2008), 395 ff.; Kamanabrou, ELR 43 (2018), 534 ff.; Kjellgren, EBLR 2000, 179 ff.; Sørensen, CMLR 43 (2006), 423 ff.; monographisch Birkmose/Neville/Sørensen (Eds.), Abuse of Companies, 2019; De la Feria/Vogenaue (Eds.), Abuse of Law, 2011; Zimmermann, Rechtsmissbrauchsverbot, 2002.

<sup>130</sup> Diese grundlegende Unterscheidung beider Fallgruppen ist auch international anerkannt, vgl. Vogenaue, in: De la Feria/Vogenaue (Eds.), Abuse of Law, 2011, S. 521 (526 ff.) „Rule Avoidance“ und „Rule Appropriation“. Skeptisch aber Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 177: Fallgruppenbildung für den Rechtsanwender „ohne Mehrwert“.

bestimmungsgesetze durch die Gründung einer SE und ihre weitere Verwendung als Rechtskleid für den Betrieb eines Unternehmens nicht umgangen werden können, weil sie ausweislich von Art.13 Abs.1 Buchst. a SE-RL auf die SE nicht anwendbar sind. Auf den Punkt gebracht: Nicht anwendbare Normen können auch nicht umgangen werden.

So treffend dieser Einwand prima facie auch erscheinen mag, schöpft er den besonderen Charakter des Missbrauchsverbots gemäß Art.11 SE-RL doch nicht aus. Zwar stammen die Beteiligungsrechte, um deren Vorenthaltung es geht, mangels einer originären Mitbestimmung der SE letztlich aus den mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsgesetzen. Die SE-RL zeichnet sich indes dadurch aus, dass die mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsgesetze nur den Hintergrund für das aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung bestehende europäische Mitbestimmungsmodell bilden. Daher geht es beim Rechtsmissbrauch unter dem Blickwinkel der Normvermeidung in erster Linie um eine Umgehung genau dieser europäischen Mitbestimmungskonzeption.<sup>131</sup> Dies wird deutlich, wenn man sich diejenige Gestaltung vor Augen hält, bei der auch die herrschende Ansicht überwiegend einen Missbrauch bejaht. So nimmt man an, dass eine missbräuchliche Verwendung der SE dann vorliegt, wenn ein ursprünglich mitbestimmtes Unternehmen die Arbeitnehmerzahl zunächst absenkt, um hierdurch unter den maßgeblichen Schwellenwert zu gelangen und mitbestimmungsfrei zu werden, sich dann in eine ebenfalls mitbestimmungsfreie SE umwandelt und anschließend wieder einen Beschäftigungsaufbau bis über den maßgeblichen Schwellenwert vornimmt, dies alles mit dem Ziel, die zwischenzeitliche Mitbestimmungsfreiheit aufgrund der Abkoppelung vom mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsrecht „einzufrieren“.<sup>132</sup> Zwar bestehen in einem solchen Fall im Zeitpunkt der Gründung der SE keine Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, sodass es bei einer Verabsolutierung des „Vorher-Nachher-Prinzips“ auch in der SE zu bleiben hätte. Indes besteht der Missbrauch in einem solchen Fall gerade darin, das Verfahren zur Schaffung einer Arbeitnehmerbeteiligung in den Gesellschaftsorganen bewusst auf einen Zeitpunkt zu legen, zu dem die Arbeitnehmerseite nicht mehr bzw. noch nicht wieder mit einer starken Auffangregelung im Rücken über die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung verhandeln kann. Daher wird nicht nur das mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht ausgehebelt. Vielmehr wird auch das Mitbestimmungskonzept der SE-RL manipuliert,

indem der Arbeitnehmerseite dauerhaft die Chance genommen werden soll, vor dem Hintergrund einer der „wirklichen“ Größe des Unternehmens entsprechenden Auffangregelung über eine der konkreten Unternehmensstruktur angemessene Ausgestaltung der Mitbestimmung zu verhandeln.<sup>133</sup>

An dieser Gestaltung wird aber noch eine weitere Eigenheit des Rechtsmissbrauchsverbots des Art.11 SE-RL deutlich. Schaut man genauer hin, geht es nämlich nicht lediglich um eine Normvermeidung, sondern auch um eine Normerschleichung, weil bei den hier im Vordergrund stehenden Fällen des späteren organischen Wachstums eines im Zeitpunkt der Gründung der SE mitbestimmungsfreien Unternehmens das Mitbestimmungskonzept der SE-RL durchaus zur Anwendung kommt, infolge des Inhalts der Auffangregelung mit dem dann aktuellen Besitzstand „Null“ aber regelmäßig zur Mitbestimmungsfreiheit auch der SE führt und dieser mitbestimmungsrechtliche Status nach dem Regelungsmechanismus der SE-RL „eingefroren“ wird. Der Anknüpfungspunkt für den Rechtsmissbrauch besteht also gerade darin, dass sich das Unternehmen diesen rechtlichen Mechanismus zunutze macht. Damit besteht der Rechtsmissbrauch gemäß Art.11 SE-RL jedenfalls in den hier untersuchten Konstellationen angesichts des besonderen rechtlichen Mechanismus der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE aus einer eigentümlichen Kombination von Normvermeidung und Normerschleichung.

Nun könnte man daran denken, gegen die Überlegung, dass es ein Missbrauch der SE sein könne, sie und das mit ihr verbundene Mitbestimmungskonzept als Instrument zur Konservierung von Mitbestimmungsfreiheit bzw. einer bloßen Drittelbeteiligung zu nutzen, die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Art.49, 54 AEUV ins Feld zu führen. Danach stellt es für sich allein keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar, wenn eine Gesellschaft ihren satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen,<sup>134</sup> was zur Folge hat, dass der Missbrauchseinwand im Bereich der Niederlassungsfreiheit kaum noch eine Rolle spielt<sup>135</sup>. Tatsächlich gibt es im Schrifttum Stimmen, die im vorliegenden Zusammenhang diese Rechtsprechungslinie des EuGH anführen.<sup>136</sup> Nun geht es im Kontext der Niederlassungsfreiheit darum, dass sich eine Gesellschaft dem Recht eines anderen

131 Insoweit auch Mader, *Verfahrensmisbrauch*, 2014, S.157 ff., 201 f.: Umgehung des prozeduralen Schutzes nach den Art.3 ff. SE-RL (allerdings mit abweichenden Konsequenzen).

132 Drinhausen/Keinath, *BB* 2011, 2699 (2704 f.); HH/Henssler, *Mitbestimmungsrecht*, 4. Aufl., 2018, SEBG §43 Rn.11; Ramcke, *Konkretisierung des Missbrauchsverbots*, 2015, S.199; Sagan, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), *Individuelle Freiheit*, 2012, S.171 (204); NK-GA/Sagan, 2. Aufl., 2023, SEBG §43 Rn.9.

133 Vgl. Rehberg, *ZGR* 2005, 859 (867 Rn.35 a.E., 877, 888 u. 891).

134 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 = ZIP 1999, 438 (Rn.27) – Centros; EuGH v. 30.9.2005 – Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 = ZIP 2003, 1885 (Rn.96) – Inspire Art; EuGH v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 = ZIP 2017, 2145 (Rn.40) – Polbud.

135 Vgl. Behme, *ZHR* 182 (2018), 32 (58); Paefgen, *WM* 2018, 981 (987); kritisch aber Schall, *ZfPW* 2018, 176 (194 ff.), wegen der unaufgelösten Friktionen zu EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 = ZIP 2006, 1817 (Rn.51) – Cadbury Schweppes und EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 = ZIP 2012, 1394 (Rn.34) – Vale.

136 Uffmann, *AG* 2022, 427 (432 f. u. 436).

Mitgliedstaats unterstellt, das aus ihrer Sicht günstiger ist. Dass es sich hierbei nicht um einen Rechtsmissbrauch handelt, beruht darauf, dass die Freiheit zur Wahl des Gesellschaftsstatuts, an dem nach herrschender Ansicht kollisionsrechtlich auch das Mitbestimmungsstatut anknüpft,<sup>137</sup> mittels schlichter Satzungsstzverlegung jedenfalls nach der Auffassung des EuGH gerade zum Inhalt der Niederlassungsfreiheit gehört.<sup>138</sup> Umfasst die Niederlassungsfreiheit somit die Rechtswahlfreiheit, kann die Ausübung genau dieser Freiheit für sich genommen folgerichtig kein Missbrauch sein.<sup>139</sup> Vorliegend steht indes nicht die Wahl einer anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung durch Sitzspaltung in Rede, weil die SE gemäß Art. 7 SE-VO ihren Satzungssitz stets in dem Mitgliedstaat haben muss, in dem sich ihre Hauptverwaltung befindet. Vielmehr stellt sich die Frage, ob eine Verwendung der SE zur Konservierung von Mitbestimmungsfreiheit bzw. eines geringeren Mitbestimmungsniveaus einen Missbrauch darstellt. Diese Frage lässt sich nicht allein mit dem bloßen Hinweis darauf verneinen, dass hierin der zulässige Gebrauch einer durch die SE-RL in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht eröffneten Handlungsmöglichkeit liegt, weil damit die entscheidende Frage noch nicht beantwortet wird, ob ein Rechtsmissbrauch nicht gerade in der Nutzung der SE als Vehikel zur Mitbestimmungsvermeidung bzw. Mitbestimmungskonservierung liegt.

Damit schält sich als Kernfrage diejenige nach dem Zweck der SE-RL über die Arbeitnehmerbeteiligung heraus.<sup>140</sup> Würde der Zweck der Regelungen über die SE nach dem erklärten Willen des europäischen Gesetzgebers darin bestehen, den Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, sich selbst bei einer praktisch nur auf das Inland bezogenen Tätigkeit dem unmittelbaren Zugriff des jeweiligen mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsrechts zu entziehen und die nationalen Mitbestimmungssysteme hierdurch sukzessive auszutrocknen, wäre eine entsprechende Vorgehensweise von Unternehmen nach der Logik der SE-RL nicht missbräuchlich und könnte deshalb von den Mitgliedstaaten vorbehaltlich einer Primärrechtswidrigkeit nicht eingedämmt werden. Lässt sich der SE-RL ein solcher Zweck dagegen nicht entnehmen, besteht Raum für die Bewertung einer solchen Strategie als zweckwidrig und damit als rechtsmissbräuchlich.

### 3.9 Ziele der SE-Richtlinie unter dem besonderen Blickwinkel des Missbrauchsverbots

Vor dem soeben geschilderten Hintergrund kommt es somit maßgeblich darauf, welches Ziel bzw. welche Ziele die SE-RL im Hinblick auf die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerseite verfolgt, aber auch, welche Zwecke sie nicht verfolgt,<sup>141</sup> wie sich nur auf dieser Grundlage beurteilen lässt, ob der Einsatz der SE als Instrument zur Mitbestimmungsvermeidung bzw. Mitbestimmungskonservierung aus der Perspektive des Unionsrechts objektiv zweckgemäß oder ob er zweckwidrig ist.

Als unstrittiger Ausgangspunkt kann insoweit festgehalten werden, dass der Schutz der erworbenen Beteiligungsrechte „fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel“ der SE-RL ist.<sup>142</sup> Sofern eine Transaktion darauf abzielt, diesen Grundsatz auszuhöhlen und die Arbeitnehmer um ihre bislang bestehenden Beteiligungsrechte zu bringen, handelt es sich daher unbestritten um einen unter Art. 11 SE-RL zu fassenden Missbrauch. Dies trifft auf die bereits erwähnte Konstellation zu, dass die Arbeitnehmerzahl in einer mitbestimmten Gesellschaft für kurze Zeit unter einen der maßgeblichen Schwellenwerte (also in der Regel mehr als 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer) gedrückt wird und die Mitbestimmung hierdurch entfällt bzw. auf ein niedrigeres Niveau abgesenkt wird, anschließend eine SE-Gründung erfolgt und unmittelbar darauf die Arbeitnehmerzahl wieder auf das vorherige Niveau angehoben wird. In einer solchen Situation liegt zwar im Zeitpunkt der Gründung der SE dem Wortlaut nach keiner der in Art. 7 Abs. 2 SE-RL genannten Fälle vor, in denen die Auffangregelung zur Anwendung kommt, sodass deren Voraussetzungen an sich nicht erfüllt sind bzw. aus einer umgekehrten Perspektive die Voraussetzungen von Verhandlungen über den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung ohne eine die Verhandlungsposition der Arbeitnehmerseite stärkende Auffangregelung vorliegen. Indes handelt es sich in einem derartigen Fall um eine „rein künstliche Gestaltung“, die nach den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Rechtsmissbrauchsverbots zur Anwendung der umgangenen Vorschriften führen bzw. die Mitgliedstaaten zu ihrer Anwendung berechtigen würde. Dies gilt zumindest in dem Fall, dass das Management bzw. die Anteilseignerseite deutlich signalisieren, die vorübergehende Absenkung der Beschäftigtenzahl nur deshalb vorgenommen zu haben, um sich dem (höheren) deutschen Mitbestimmungsniveau dauerhaft zu entziehen.

Fraglich ist nun, welche Schlussfolgerungen aus diesem Befund zu ziehen sind. So nimmt die herrschende Auffassung ersichtlich an, dass das „Vorher-Nachher-Prinzip“ die allein maßgebliche Richtschnur für die Bestimmung des Ziels der SE-RL im Hinblick

137 Siehe nur HH/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2018, MitbestG § 1 Rn. 6 m. w. N. Die im Schrifttum teilweise schon nach geltendem Recht vorgeschlagene kollisionsrechtliche Anknüpfung der Unternehmensmitbestimmung an den Arbeitsort der Arbeitnehmer, durch die sich zahlreiche Probleme lösen würden, hat sich noch nicht durchsetzen können, vgl. dazu Teichmann, FS Hopt, 2020, 1255 (1259 u. 1269).

138 Vgl. GA Stix-Hackl v. 16.3.2006 – Rs. C-452/04, ECLI:EU:C:2006:182 (Rn. 91) – Fidium Finanz.

139 Folgerichtig Behme, ZHR 182 (2018), 32 (58).

140 Insoweit auch Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 195 ff.

141 Zur synonymen Verwendung der Begriffe Ziel und Zweck siehe nur Baudenbacher, Rechtsmissbrauchsverbot, 2016, S. 447.

142 Siehe nur Erwägungsgrund 18 S. 1 SE-RL.

auf die Beteiligungsrechte ist.<sup>143</sup> Aktuell noch nicht bestehende Beteiligungsrechte zu schützen, gehöre dagegen nicht zu den Zielen der SE-RL. Nun zeigt die soeben erwähnte Gestaltung, dass die SE-RL über das Missbrauchsverbot auch solche Mitbestimmungsrechte absichern will, die im Zeitpunkt der SE-Gründung nicht bestehen, wobei allerdings zu konzedieren ist, dass es in diesem Fall um die Absicherung von solchen Beteiligungsrechten geht, die ursprünglich einmal bestanden haben. Gleichwohl bleibt es nach herrschender Ansicht dabei, dass die SE-RL keinen über den Bestandsschutz hinausgehenden Schutz intendiert und die Vermeidung erst künftig entstehender Beteiligungsrechte durch die Gründung und Verwendung einer SE deshalb von vornherein nicht als Missbrauch eingestuft werden kann. Versucht man diesen Ansatz in eine positive Zielbestimmung zu kleiden, bedeutete dies, dass der Zweck der SE-RL u.a. darin besteht, den Unternehmen unabhängig von nennenswerten Binnenmarktaktivitäten eine Vermeidung der mitgliedstaatlichen Mitbestimmung zu ermöglichen.

Eindeutige Anhaltspunkte für eine dahingehende Entscheidung des europäischen Gesetzgebers sucht man in der SE-RL allerdings vergebens. So ist in Erwägungsgrund 3 nur davon die Rede, dass die Gründung einer SE nicht zur Beseitigung oder Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führen dürfe, die in den an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften herrschen. Dagegen findet sich keine Aussage des Inhalts, dass die SE außerhalb des festgeschriebenen Bestandsschutzes dazu dienen soll, die in einem Mitgliedstaat bestehenden Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung fortschreitend erodieren zu lassen. Entsprechendes gilt für die anderen Erwägungsgründe, die den Schutz der in den beteiligten Gesellschaften bestehenden Mitbestimmungsrechte betonen (Erwägungsgründe 7, 9, 10 und 11). Dass die Sicherung erworbener Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer „fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel“ der Richtlinie ist, so der schon mehrfach zitierte Erwägungsgrund 18, bedeutet bei genauer Betrachtung zunächst nur das Gesagte, dass nämlich bereits erworbene Mitbestimmungsrechte unter (fast) allen Umständen abgesichert werden sollen. Dagegen wird nicht ausgesprochen, dass es der SE-RL gerade umgekehrt als weiteres Ziel darum geht, jenseits dieses gesicherten Bereichs einen rechtlichen Rahmen dafür bereitzustellen, mitgliedstaatliche Mitbestimmungssysteme faktisch auszutrocknen, wenn es infolge einer Veränderung von Märkten und wirtschaftlichen Strukturen nur genügend neue und an Größe zunehmende Unternehmen gibt, die sich „rechtzeitig“ vor dem Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte für die Rechtsform der SE entscheiden.

Tatsächlich lässt sich nicht nachweisen, dass eine solche Stoßrichtung zu den erklärten Zielen der SE-RL

gehört, was jeder weiteren Diskussion im Hinblick auf eine Absicherung der deutschen Mitbestimmung gegenüber Vermeidungsstrategien qua „Einfriereffekt“ von vornherein den Boden entziehen würde. Das auf die Richtlinie 94/45/EG über Europäische Betriebsräte zurückgehende prozedurale europäische Mitbestimmungsmodell aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung ist gewählt worden, um die Einführung der SE nicht an den nicht überbrückbaren Unterschieden im Hinblick auf das materielle Niveau der Unternehmensmitbestimmung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union scheitern zu lassen. So erhalten die Unternehmensseite und die Arbeitnehmerseite die Möglichkeit, sich vorrangig auf eine den Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe angepasste Mitbestimmungsregelung zu einigen, während die Auffangregelung für eine Absicherung „nach unten“ sorgen soll. Dagegen lässt sich der SE-RL nicht das Ziel entnehmen, dass Unternehmen durch die frühzeitige Gründung einer SE die Möglichkeit erhalten sollen, sich in einem Mitgliedstaat niederzulassen, die geltenden Mitbestimmungsgesetze aber einseitig – gegebenenfalls ersatzlos – abzuwählen.<sup>144</sup> Eine dahingehende Zielsetzung ist auch der SE-VO fremd, die das Thema der Arbeitnehmerbeteiligung der SE-RL überlässt.<sup>145</sup> Dementsprechend enthält die gesamte über vierzigjährige Entstehungsgeschichte der SE<sup>146</sup> keinen einzigen Hinweis darauf, dass es zu den zentralen Zielen des Projekts einer Europäischen Gesellschaft gehören sollte, nationale Mitbestimmungssysteme auszuhöhlen.

Allerdings wird von der überwiegenden Sichtweise im Allgemeinen nicht der Eindruck erweckt, als sei die Förderung einer Flucht insbesondere vor der deutschen Mitbestimmung ein erklärtes Ziel der SE-RL, sodass eine entsprechende Unternehmensstrategie schon deshalb keine missbräuchliche Nutzung der zur Verfügung gestellten rechtlichen Handlungsmöglichkeiten sein könne. Vielmehr wird der „Einfriereffekt“ lediglich als eine – vom europäischen Gesetzgeber möglicherweise übersehene – Reflexwirkung begriffen, die sich daraus ergebe, dass die Schutzmechanismen der SE-RL begrenzt seien und lediglich auf eine Konservierung des in den betroffenen Gesellschaften bereits konkret erreichten Mitbestimmungsniveaus abzielten, während ein darüber hinausgehender Schutz nicht geregelt und deshalb auch nicht bezweckt sei.<sup>147</sup> Eine bloße Mitnahme dieses „Einfriereffekts“ durch ein Unternehmen laufe daher kei-

<sup>144</sup> Im Erg. ebenso Grohmann, Mitbestimmungsverletzung, 2020, S. 208; Hay, WSI Mitteilungen 2022, 163 (164): Umgehung nationalen Mitbestimmungsrechts nicht Ziel des europäischen SE-Rechts; gleichsinnig Keller/Werner, WSI Mitteilungen 2009, 416 (422). Siehe auch Rehberg, ZGR 2005, 859 (872): „In jedem Fall verdeutlicht der Europäische Gesetzgeber ... unmissverständlich, wozu die SE nicht dienen soll: die häufig als Last empfundene Mitbestimmung abzuschütteln.“

<sup>145</sup> Vgl. Erwägungsgrund 19 SE-VO.

<sup>146</sup> Dazu umfanglich Mävers, Mitbestimmung der Arbeitnehmer, 2002, S. 87 ff.

<sup>147</sup> In diesem Sinne (zu § 43 SEBG) HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni, SE-Recht, 3. Aufl., 2022, SEBG § 43 Rn. 3.

<sup>143</sup> So statt vieler Drinhausen/Keinath, BB 2011, 2699 (2702).

ner ausdrücklichen Zielsetzung der SE-RL zuwider und könne somit auch keinen Missbrauch der SE darstellen. Die Unternehmen würden sich nur die Begrenztheit des Schutzsystems der SE-RL zunutze machen, nicht aber regelrecht zweckwidrig und deshalb auch nicht rechtsmissbräuchlich handeln.

Damit stellt sich im Kern die Frage, ob es für einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 11 SE-RL genügt, dass die SE für Zwecke in Anspruch genommen wird, für die sie ersichtlich nicht konzipiert ist, oder ob von einem Rechtsmissbrauch erst dann gesprochen werden kann, wenn der Einsatz der SE als Rechtsform den erklärten Zielen und Zwecken der Vorschriften über die Arbeitnehmerbeteiligung regelrecht zuwiderläuft. Je höher man die Anforderungen an die Rechtsfigur des Rechtsmissbrauchs in dieser Hinsicht schraubt, desto weniger stellt die Verwendung der SE als gesellschaftsrechtliches Vehikel zur vollständigen oder teilweisen Vermeidung der deutschen Mitbestimmung einen Rechtsmissbrauch dar, sondern erscheint nur als geschicktes Ausnutzen einer in ihrer Tragweite vom europäischen Gesetzgeber seinerzeit offenbar nicht vollständig erkannten Gesetzeslücke. Umgekehrt gilt: Je weiter der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs zu fassen ist, desto eher sind Mitbestimmungsvermeidungsstrategien unter Zuhilfenahme der SE als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren. Konkret bezogen auf das „organische“ Wachstum von Unternehmen, die vor dem Erreichen des maßgeblichen Schwellenwertes in eine SE umstrukturiert worden sind, ergibt sich aus diesem Zwischenbefund Folgendes: Da die gezielte Vermeidung von mitgliedstaatlichem Mitbestimmungsrecht einerseits nicht als erklärtes Ziel der SE-RL ausgegeben werden kann, die Mitbestimmungsvermeidung durch schlichtes Größenwachstum andererseits aber auch nicht ausdrücklich vom Schutzkonzept der SE-RL umfasst wird, kommt es für die Frage, wie diese Konstellation einzuordnen ist und welche korrespondierende Konkretisierungskompetenz den Mitgliedstaaten zusteht, maßgeblich auf das zugrunde gelegte Rechtsmissbrauchskonzept an.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen über das Rechtsmissbrauchsverbot ergeben sich im ersten Zugriff für beide Konzepte entsprechende Fingerzeige. Auf der einen Seite formuliert der EuGH als (objektive) Voraussetzung für die Feststellung eines Missbrauchs, dass trotz formaler Einhaltung der europarechtlichen Bedingungen das „Ziel der Regelung nicht erreicht“ wird<sup>148</sup> bzw. Vorteile in einer Weise geltend gemacht werden, die „nicht mit ihrem Zweck in Einklang steht“<sup>149</sup> wodurch dem Rechtsmissbrauch zumindest im Ausgangspunkt ein weites Anwendungs-

feld eröffnet wird. In anderen Entscheidungen ist hingegen davon die Rede, dass ein Missbrauch (erst) vorliege, wenn es um die Erlangung eines Vorteils gehe, der „mit dem Zweck der Vorschrift offensichtlich unvereinbar“ sei<sup>150</sup> bzw. dem mit den einschlägigen „Bestimmungen verfolgten Ziel zuwiderlaufe“<sup>151</sup> was zu einem engeren Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs führt. In diesem Sinne hat sich auch die Europäische Kommission geäußert.<sup>152</sup> Welches Maß an Unklarheit insoweit besteht, veranschaulichen exemplarisch die Ausführungen von Generalanwalt *Poiares-Maduro*, der bei der Umschreibung von Rechtsmissbrauch beide Ansätze anspricht,<sup>153</sup> ohne darauf einzugehen, dass es einen erheblichen Unterschied ausmachen kann, ob ein Missbrauch es erfordert, dass sich eine Person auf eine Vorschrift in einer mit ihrem Zweck unvereinbaren Weise stützt, oder ob es hierfür ausreicht, dass die Berufung auf eine Vorschrift mit ihrem Ziel nicht übereinstimmt.

Immerhin lässt sich sagen, dass die zuweilen verwendete Formulierung, dass die Qualifizierung eines Verhaltens als rechtsmissbräuchlich nicht dazu führen dürfe, die „Tragweite einer europarechtlichen Vorschrift zu verändern“ oder die „mit ihr verfolgten Zwecke vereiteln“<sup>154</sup> im vorliegenden Kontext nicht von vornherein zu einer engen Interpretation von Art. 11 SE-RL zwingt. Würde man auch das organische Wachstum in den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots einbeziehen, wäre das durch die Vorschriften der SE-RL geschaffene europäische Mitbestimmungskonzept aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung nämlich keineswegs beeinträchtigt. Von einer Veränderung der Tragweite der Vorschriften der SE-RL ließe sich nur dann sprechen, wenn man die Erlangung von dauerhafter Mitbestimmungsfreiheit bzw. einem dauerhaft geringeren Niveau der Mitbestimmung, d.h. den „Einfriereffekt“, zu einem regelrechten Ziel der SE-RL erklären würde. Hierfür gibt es indes, wie dargelegt, weder im Richtlinien text noch in den Erwägungsgründen hinreichende Anhaltspunkte.

Um in der sich somit in aller Schärfe stellenden Frage weiterzukommen, welchem der beiden skizzierten Missbrauchskonzepte im vorliegenden Zusammenhang der Vorzug zu geben ist, empfiehlt es sich, nach weiteren normativen Anhaltspunkten Ausschau zu halten, womit die Umwandlungsrichtlinie in den Blick gerät.

148 EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (Rn. 52) – Emsland-Stärke.

149 EuGH v. 26.2.2019 – Rs. C-116/16 und C-117/1605 ECLI:EU:C:2019:135 (Rn. 76) – T Danmark und Y Danmark Aps.

150 EuGH v. 23.3.2000 – Rs. C-373/97, ECLI:EU:C:2000:150 (Rn. 33) – Diamantis.

151 EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (Rn. 74) – Halifax.

152 Vgl. KOM(2009) 313, S. 16.

153 Siehe GA Poiares-Maduro v. 7.4.2005 – Rs. C-255/02, ECLI:EU:C:2005:200 (Rn. 68) – Halifax.

154 Vgl. EuGH v. 12.3.1996 – Rs. C-441/93, ECLI:EU:C:1996:92 (Rn. 70) – Pafitis; EuGH v. 12.5.1998 – Rs. C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222 (Rn. 25) – Kefalas.

### 3.10 Impulse aus der Umwandlungsrichtlinie

Mit den mitbestimmungsrechtsbezogenen Vorgaben der Umwandlungs- bzw. Mobilitätsrichtlinie (EU) 2019/2121 (UmwRRL) zur Änderung der Gesellschaftsrichtlinie (EU) 2017/1132 (GesRRL) hat der europäische Gesetzgeber neue Akzente gesetzt, die im vorliegenden Kontext darauf abzuklopfen sind, welche Bedeutung sie für die Frage nach einer mitgliedstaatlichen Befugnis zur Eindämmung des „Einfriereffekts“ haben. Hierzu ist in zwei Schritten vorzugehen: Erstens sind die wesentlichen Strukturen des neuen Ansatzes zu skizzieren, während zweitens zu klären ist, ob und wie sich dieser neue Ansatz auch auf die Interpretation von Art. 11 SE-RL auswirkt.

Die Umwandlungsrichtlinie zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass sie das schon aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung bekannte Modell aus Sitzstaatprinzip sowie einem dieses Prinzip unter bestimmten Voraussetzungen verdrängenden Verhandlungsverfahren über die Arbeitnehmerbeteiligung nebst Auffangregelung auch für den grenzüberschreitenden Formwechsel und für die grenzüberschreitende Spaltung vorsieht (Art. 86I, 133, 160I GesRRL n.F.). Eine wesentliche Neuerung besteht allerdings darin, dass das europäische Mitbestimmungskonzept anders als nach dem früheren Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (vgl. Art. 16 Abs. 2 RL 2005/56/EG bzw. Art. 133 Abs. 2 GesRRL a.F.) nicht erst dann aktiviert wird, wenn eine an der grenzüberschreitenden Umwandlung beteiligte Gesellschaft durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Vielmehr ist dies nach der Umwandlungsrichtlinie nunmehr durchgängig bei allen drei grenzüberschreitenden Umwandlungsformen schon dann der Fall, wenn eine der beteiligten Gesellschaften in den sechs Monaten vor der Offenlegung des Umwandlungsplans eine durchschnittliche Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die (mindestens) vier Fünfteln des in ihrem jeweiligen nationalen Recht festgelegten Schwellenwert für das Eingreifen der Mitbestimmung entspricht (Art. 86I Abs. 2 Var. 1, 133 Abs. 2 Var. 1, 160I Abs. 2 Var. 1 GesRRL n.F.). Eine weitere Neuerung ist die Einführung eines einheitlichen Bestandsschutzes in Gestalt einer entsprechenden Anwendung der für die grenzüberschreitende Umwandlung geltenden Vorschriften im Hinblick auf alle nachfolgenden (grenzüberschreitenden oder innerstaatlichen) Umwandlungen innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren nach dem Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung (Art. 86I Abs. 7, 133 Abs. 7, 160I Abs. 7 GesRRL n.F.), während der Bestandsschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ursprünglich nur drei Jahre betrug und auch nur für nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen galt (vgl. Art. 16 Abs. 7 RL 2005/56/EG bzw. Art. 133 Abs. 7 GesRRL a.F.).

Darüber hinaus ist die gegenüber früheren Rechtsakten deutlich stärkere Tendenz des europäischen Gesetzgebers hervorzuheben, den Arbeitnehmerschutz zu stärken sowie gegen Missbräuche und Um-

gehungen vorzugehen. Dies kommt neben der allgemeinen Verstärkung des Schutzes vor Missbrauch im Rahmen des registergerichtlichen Verfahrens (vgl. Art. 86m Abs. 8 u. 9, 127 Abs. 8 u. 9, 160m Abs. 8 u. 9 GesRRL n.F.) mit unterschiedlichen Wendungen in zahlreichen Erwägungsgründen zum Ausdruck (vgl. Erwägungsgrund 4 UmwRRL: „mit dem Schutz von Arbeitnehmern ... in einem ausgeglichenen Verhältnis stehen“, Erwägungsgrund 6 UmwRRL: „Arbeitnehmern ... einen angemessenen Schutz bieten“, Erwägungsgrund 30 UmwRRL: „Mitbestimmung der Arbeitnehmer ... nicht übermäßig beeinträchtigt wird“, Erwägungsgrund 31 UmwRRL: „verhindern, dass die Mitbestimmungsrechte ... umgangen werden“, Erwägungsgrund 32 UmwRRL: „Abschluss von Verhandlungen über Mitbestimmungsrechte ... sollte gefördert werden“, Erwägungsgründe 34 und 35 UmwRRL: „das grenzüberschreitende Vorhaben zu missbräuchlichen ... Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen“, Erwägungsgrund 35 UmwRRL: „Umgehung der Rechte der Arbeitnehmer“, Erwägungsgrund 36 UmwRRL: „das grenzüberschreitende Vorhaben zu missbräuchlichen ... Zwecken vorgenommen werden soll“, Erwägungsgrund 37 UmwRRL: „Bei der Prüfung sollten auch die relevanten Tatsachen und Umstände in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte berücksichtigt werden.“).

Ein Teil dieser Regelungen und Erwägungsgründe lässt sich als Betonung des Bestandsschutzprinzips deuten. Andere Regelungen und Erwägungsgründe lassen dagegen klar erkennen, dass der europäische Gesetzgeber den „Einfriereffekt“ mittlerweile klar erkannt hat und ihm zumindest bis zu einem gewissen Grad entgegentreten will. So wird die 4/5-Regelung im Schrifttum zutreffend verbreitet als eine Vorschrift gedeutet, mit der dem „Einfrieren“ von Mitbestimmungsfreiheit bzw. einem geringeren Mitbestimmungsniveau gezielt entgegengewirkt werden soll.<sup>155</sup> Die operative Ausführung dieser Zielsetzung ist freilich insoweit nicht stimmig, als die bei einem Scheitern der Verhandlungen eingreifende Auffangregelung für den Fall einer Unternehmensgröße von (noch) nicht mehr 500 Arbeitnehmern bzw. 2.000 Arbeitnehmern regelmäßig zur Mitbestimmungsfreiheit bzw. einer bloßen Drittelbeteiligung führen wird.<sup>156</sup> Zur Bereinigung dieser Friktion wird vorgeschlagen, dass die nationalen Gesetzgeber befugt sein sollen, bei der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie eine

<sup>155</sup> Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2019, 353 (364); Hoffmann, EuZW 2018, 785 (786); Luy, NJW 2019, 1905 (1906); Stelmaszczyk, ZIP 2019, 2437 (2446); Wicke, DStR 2018, 2703 (2709); in diese Richtung auch – allerdings kritisch – Habersack, ZHR 182 (2018), 495 (502); einschränkend Selent, NZG 2018, 1171 (1173); Prävention (nur) gegenüber kurzfristigen Arbeitnehmerzahlreduktionen im Vorfeld von Strukturmaßnahmen.

<sup>156</sup> Bungert, FS Krieger, 2020, 111 (134); Habersack, ZHR 182 (2018), 495 (502); Hoffmann, EuZW 2018, 785 (786); Luy, NJW 2019, 1905 (1906); Mückl/Götte, BB 2018, 2036 (2040); Noack/Kraft, DB 2018, 1577 (1581); Pütz, AG 2020, 117 (119); Sauerbrey, GmbHR 2023, 5 (12); Teichmann, NZG 2019, 242 (247); Wicke, DStR 2018, 2703 (2709).

dynamische Auffangregelung zu schaffen, die dann zum Tragen kommen soll, wenn der maßgebliche Schwellenwert innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach dem Wirksamwerden der Umwandlung überschritten wird.<sup>157</sup>

Auch wenn eine grenzenlose nachgelagerte Verhandlungspflicht beim Überschreiten nationaler Schwellenwerte rechtssicher derzeit nur durch eine Weiterentwicklung des europäischen Sekundärrechts erreicht werden kann,<sup>158</sup> sollte das Potenzial des Missbrauchsverbots nicht unterschätzt werden. Hierfür ist insbesondere auf den bislang, soweit ersichtlich, nicht näher in die Betrachtung einbezogenen Erwägungsgrund 50 UmwRRL aufmerksam zu machen. Danach endet die durch die UmwRRL erheblich gestärkte behördliche Missbrauchskontrolle<sup>159</sup> nicht mit dem Wirksamwerden der Umwandlung, sondern setzt sich bei der Feststellung neuer sachlicher Informationen darüber fort, dass das grenzüberschreitende Vorhaben zu missbräuchlichen Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen, vorgenommen wurde. In diesem Kontext soll es ausweislich von Erwägungsgrund 50 S. 3 UmwRRL insbesondere darauf ankommen, „ob der anwendbare nationale Schwellenwert für die Mitbestimmung des Mitgliedstaats der Gesellschaft, die das grenzüberschreitende Vorhaben vornimmt, *in den Jahren nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben* erreicht oder überschritten wurde“.<sup>160</sup> Deutlicher kann man kaum zum Ausdruck bringen, dass ein Missbrauch eines grenzüberschreitenden Vorhabens auch darin liegen kann, dass sich ein Unternehmen das europäische Mitbestimmungskonzept zur Herbeiführung des „Einfrierefekts“ zunutze macht.<sup>161</sup> Vor diesem Hintergrund kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass es im europäischen Umwandlungsrecht im Hinblick auf die Mitbestimmung ausschließlich um die Konservierung des im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung bestehenden mitbestimmungsrechtlichen Status der betroffenen Gesellschaft geht.

Nun ist nicht zu übersehen, dass Erwägungsgrund 50 UmwRRL in einem Spannungsverhältnis

zum „Vorher-Nachher-Prinzip“ steht, indem er in die Missbrauchskontrolle ein dynamisches Element integriert, wobei es präziser gesagt darum geht, das „Nachtatverhalten“ als Indiz für die Frage heranzuziehen, aus welchen Motiven die SE-Gründung ursprünglich betrieben worden ist. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich allerdings nicht in der Weise auflösen, dass man das „Vorher-Nachher-Prinzip“ zunächst als einen die Mitbestimmung nicht nur „nach unten“ schützenden, sondern auch „nach oben“ begrenzenden Regelungsmechanismus begreift und das Prinzip sodann zum alleinigen Maßstab für die Interpretation des mitbestimmungsbezogenen Sekundärrechts erklärt.<sup>162</sup> Vielmehr ist der Kompromisscharakter der UmwRRL ernst zu nehmen, der für „echte“ nachträglichen Änderungen, die nicht von vornherein intendiert worden sind, in der Tat das „Vorher-Nachher-Prinzip“ für maßgeblich erklärt, bei solchen nachträglichen Änderungen, die sich als Realisierung einer ursprünglich gefassten Strategie darstellen, dagegen auf den wesentlich flexibleren Rechtsmissbrauchsansatz setzt, wobei außer Zweifel steht, dass die Erwägungsgründe gerade bei der Interpretation des Missbrauchsverbots als Generalklausel heranzuziehen sind<sup>163</sup>. So sehr es jedem Beobachter freisteht, die Aufweichung des starren „Vorher-Nachher-Prinzips“ als rechtspolitisch verfehlt zu kritisieren, so sehr muss sich die Auslegung des geltenden Rechts doch an den real vorhandenen Regelungen orientieren. Wenn der europäische Gesetzgeber vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich mit der SE und der grenzüberschreitenden Verschmelzung gemachten Erfahrungen den Einsatz der durch das Unionsrecht eröffneten Handlungsoptionen gerade zur Mitbestimmungsaushöhlung ein Stück weit entgegengetreten ist, kann diese Ergänzung des ursprünglichen Regelungskonzepts nicht wieder weginterpretiert werden, weil sie als inopportun empfunden wird.

Aus diesem Grunde lässt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der UmwRRL kein tragfähiger Gegeneinwand herleiten. Zwar ist es richtig, dass das Europäische Parlament ursprünglich noch sehr viel weitergehende Vorstellungen hatte, indem es vorgeschlagen hatte, dass es bei einem Überschreiten des maßgeblichen mitgliedstaatlichen Schwellenwertes innerhalb eines Zeitraums von sechs Jahren nach der grenzüberschreitenden Umwandlung zu Neuverhandlungen mit einer dann an den aktuellen Verhältnissen orientierten Auffangregelung kommen sollte.<sup>164</sup> Dass sich dieser Vorschlag, der auf eine – wenn auch zeitlich befristete – Volldynamisierung hinausgelaufen

157 Stelmaszczyk, ZIP 2019, 2437 (2446). Siehe in diesem Zusammenhang ferner Winner, FS Marhold, 2020, 753 (758 f.), der die Festsetzung eines entsprechend niedrigeren Schwellenwertes für wegziehende Gesellschaften ins Gespräch bringt, um durch die dann eingreifende Auffangregelung die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer zu stärken.

158 Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 20/3817, S. 67. Ebenso Baschnagel/Hilser/Wagner, RdA 2023, 103 (114).

159 Allgemein Schön, FS Krieger, 2020, 879 ff.; Stelmaszczyk, GmbHR 2020, 61 (71 ff.); Teichmann, ZGR 2022, 376 ff.

160 Ebenso andere Sprachfassungen: Englisch: „whether the applicable national threshold for employee participation of the Member State of the company carrying out the cross-border operation was met or exceeded in the years following the cross-border operation“, Französisch: „si le seuil national de déclenchement de la participation des travailleurs applicable dans l'État membre de la société qui procède à l'opération transfrontalière a été atteint ou dépassé dans les années suivant l'opération transfrontalière“.

161 Im Erg. anders Hilser, Rechtsformwechsel, S. 267 (allerdings ohne eine Auseinandersetzung mit Erwägungsgrund 50).

162 In diesem Sinne aber Kraft/Noack, FS Krieger, 2020, 539 (547); das „Vorher-Nachher-Prinzip“ betonend auch Müller-Bonanni/Jenner, AG 2022, 457 (464); ferner Sauerbrey, GmbHR 2023, 5 (14 f.) (bei insgesamt aber positiver Einschätzung einer Dynamisierung auf S. 9 u. 12 ff.)

163 Zum Letzteren ebenso Teichmann, FS Windbichler, 2021, 395 (410).

164 VI. Art. 86I Abs. 8a, 133 Abs. 8a, 160n Abs. 8a GesRRL n. F.-EP-Vorschlag, A8-0002/2019. Dazu auch Teichmann, FS Windbichler, 2021, 395 (407).

wäre, nicht durchgesetzt hat, bedeutet indes nur, dass das geltende Recht nicht exakt im Sinne des abgelehnten Parlamentsvorschlages ausgelegt werden darf. Hiervon unberührt bleibt aber der auf einer ganz anderen Grundlage beruhende Rechtsmissbrauchsgedanke, bei dem nachträgliche Änderungen anders als im Parlamentsvorschlag gerade nicht isoliert betrachtet werden, sondern „nur“ ein Element bei der Beurteilung der Frage bilden, ob eine bestimmte Umwandlung einen missbräuchlichen Charakter hat.

Hervorzuheben ist ferner Erwägungsgrund 11 UmwRRL, der davon spricht, dass die Richtlinie die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, für einen stärkeren Schutz von Arbeitnehmern „gemäß dem bestehenden sozialen Besitzstand“ zu sorgen. Insoweit sollte man nicht voreilig annehmen, dass sich dieser Erwägungsgrund nur auf denjenigen sozialen Besitzstand beziehen könne, der den Beschäftigten in dem bzw. den betroffenen Unternehmen bereits konkret zugestanden hat. Vielmehr ist auch eine Deutung denkbar, die auf den insgesamt in einem Mitgliedstaat erreichten mitbestimmungsrechtlichen Besitzstand abhebt und den Mitgliedstaaten die Befugnis zuspricht, diesen sozialen Besitzstand vor einer Aushöhlung zu schützen. Dass Erwägungsgrund 11 UmwRRL nicht zwingend eng zu interpretieren ist, zeigen zudem andere Sprachfassungen (Englisch: „in accordance with the existing social acquis“ (und gerade nicht „in accordance with the existing acquired rights“, Französisch: „conformément à l’acquis social existant“).

Fraglich ist, welche Schlussfolgerungen aus dieser in der UmwRRL zum Ausdruck kommenden veränderten Einstellung des europäischen Gesetzgebers zum Schutz der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen für den Schutz der Mitbestimmung im Kontext der SE zu ziehen sind. So könnte man sich auf den ersten Blick auf den Standpunkt stellen, dass spätere Regelungen das Verständnis früherer Regelungen unberührt lassen und der europäische Gesetzgeber auch die SE-RL hätte ändern müssen, wenn er seine geänderte Einstellung zu einem möglichen Missbrauch von Handlungsoptionen, und insbesondere zum „Einfriereffekt“, auf die SE hätte übertragen wollen. Eine isolierte Betrachtung der SE-RL würde freilich verkennen, dass jede Richtlinie Teil der europäischen Gesamtrechtsordnung ist und es deshalb nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten ist, sich bei ihrer Auslegung aus Gründen der Kohärenz um eine den einzelnen Rechtsakt übergreifende Harmonisierung der Wertungen zu bemühen und daher zumindest die rechtliche Entwicklung in unmittelbar angrenzenden Materien zu berücksichtigen.<sup>165</sup> Dies bedeutet nicht, die Erwägungsgründe der UmwRRL umfassend für die Interpretation der SE-RL nutzbar zu machen. Wenn und soweit die SE-RL für

die Mitgliedstaaten aber Umsetzungsspielräume bereitstellt, spricht alles dafür, bei der Ausführung dieser Spielräume in Rechnung zu stellen, welche Wertungen vergleichbare europäische Rechtsakte vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich gewonnenen Erfahrungen enthalten.

### 3.11 Konkretisierung des Rechtsmissbrauchskonzepts der SE-RL

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen ist der unstreitige Umstand, dass es sich beim Missbrauchsverbot des Art. 11 SE-RL um eine sekundärrechtliche Richtlinienbestimmung handelt, die gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV eine Umsetzung in deutsches Recht erfordert. Dabei entfaltet der schlank gehaltene Normtext von Art. 11 SE-RL eine deutlich geringere Steuerungskraft als Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 2009/133/EG (früher Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG), der die Mitgliedstaaten sekundärrechtlich zum Erlass eines auf die Verhinderung u. a. von Steuerumgehung gerichteten Missbrauchsverbots ermächtigt. Vielmehr stellt sich Art. 11 SE-RL materiell als Generalklausel dar, die einer Konkretisierung bedarf.<sup>166</sup> Soweit es um die Konkretisierung von unionsrechtlichen Generalklauseln geht, spricht vieles dafür, die Reichweite der mitgliedstaatlichen Konkretisierungskompetenz daran zu orientieren, ob es sich bei der Vorschrift um einen Kompromiss handelt, der eine politische Einigung überhaupt ermöglichen sollte, oder um eine Bestimmung, die im Rahmen einer an sich abschließend gemeinten Regelung angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität von Sachverhalten hinreichenden Raum für Einzelfallgerechtigkeit schaffen soll. Während in der erstgenannten Konstellation von einer echten Konkretisierungskompetenz der Mitgliedstaaten auszugehen ist, unterliegt die mitgliedstaatliche Konkretisierung in der zweitgenannten Konstellation der vollständigen Überprüfung durch den EuGH.<sup>167</sup>

Legt man dieses Schema zugrunde und stellt dabei in Rechnung, dass es bei der auf Art. 10 Buchst. a des Kompromissvorschlages der österreichischen Ratspräsidentschaft von 1998 zurückgehenden Regelung seinerzeit darum ging, die artikulierten Bedenken einiger Mitgliedstaaten hinsichtlich einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des SE als Instrument zur Umgehung der nationalen Mitbestimmungssysteme zu zerstreuen,<sup>168</sup> liegt es näher, Art. 11 SE-RL als eine Vorschrift zu begreifen, die der Schließung von Schutzlücken dienen soll und daher der zweiten Fallgruppe

<sup>165</sup> In diesem Sinne offenbar auch Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 118 f. Zur Methodik siehe ferner Lenaerts/Gutiérrez-Fons, AEL, 2013/9, S. 13 f.; Riesenhuber in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 10 Rn. 24.

<sup>166</sup> Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 142 f.; Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 65 ff.

<sup>167</sup> Siehe Röthel, Normkonkretisierung, 2004, S. 365 ff.

<sup>168</sup> Vgl. Mävers, Mitbestimmung der Arbeitnehmer, 2002, S. 351 f.; Oetker; FS Birk, 2008, 557 (558); Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 79, 156 f.

zuzuordnen ist.<sup>169</sup> Unter diesem Blickwinkel muss sich jede Konkretisierung des Missbrauchsverbots durch eine Weiterentwicklung des deutschen SE-Rechts daher der (vollständigen) Kontrolle durch den EuGH stellen.<sup>170</sup> Diese grundsätzliche Zuordnung ändert allerdings nichts daran, dass die Mitgliedstaaten bei einer Implementierung von Richtlinienvorgaben in die eigene Rechtsordnung stets über einen gewissen Spielraum verfügen.<sup>171</sup> Dies gilt auch und erst recht für Art. 11 SE-RL, der sich ausdrücklich an die Mitgliedstaaten wendet und ihnen auferlegt, durch geeignete Maßnahmen dem Missbrauch einer SE entgegenzutreten, ohne hierbei nur bestimmte Maßnahmen zur Auswahl zu stellen, wie dies etwa beim Missbrauchsverbot gemäß § 5 Nr. 1 des Anhangs zur Befristungs-Richtlinie 1999/70/EG der Fall ist.<sup>172</sup>

Dabei wird man als Grundregel für jede mitgliedstaatliche Konkretisierung von Art. 11 SE-RL zu fordern haben, dass es entsprechend den geschilderten Grundgedanken des europarechtlichen Missbrauchsverbots um die Abwehr einer zweckwidrigen Berührung auf Unionsrecht geht. Insoweit kann nun zugrunde gelegt werden, dass das eigentliche Ziel des in der SE-RL niedergelegten europäischen Mitbestimmungskonzepts darin besteht, den binnenmarktaktiven Unternehmen aufgrund der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsregime die Option für eine der konkreten Struktur des Unternehmens angepasste Form der Mitbestimmung zu verschaffen. Dagegen verfolgt die SE-RL nicht den Zweck, den in einem Mitgliedstaat ansässigen und im Hinblick auf die entfaltete Geschäftstätigkeit gegebenenfalls sogar auf diesen Mitgliedstaat beschränkten SE qua „Einfriereffekt“ eine dauerhafte Mitbestimmungsvermeidung bzw. ein dauerhaft verringertes Mitbestimmungsniveau zu ermöglichen. Vielmehr handelt es sich insoweit lediglich um eine Reflexwirkung der durch den rechtlichen Mechanismus der SE-RL eröffneten Gestaltungsoptionen. Dies gilt umso mehr, als sich aus der UmwRRL mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, dass der europäische Gesetzgeber den gezielten Einsatz des europäischen Mitbestimmungskonzepts als Instrument zur Konservierung von Mitbestimmungsfreiheit vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Erfahrungen jedenfalls mittlerweile als dessen Fehlgebrauch und damit als Rechtsmissbrauch einstuft, wie sich nicht zuletzt am erwähnten Erwägungsgrund 50 S. 3 UmwRRL zeigt. Dabei ist diese Bewertung nicht auf die UmwRRL beschränkt, sondern wirkt sich auch auf das Verständnis der SE-RL aus, um zu einer kohärenten Auslegung des Miss-

brauchsverbots des Art. 11 SE-RL zu gelangen, das infolge der Verweisung in den Art. 86I Abs. 3 Buchst. f, 160I Abs. 3 Buchst. f GesRRL n.F. gleichermaßen für die grenzüberschreitende Umwandlung wie für die grenzüberschreitende Spaltung gilt.

Vor diesem Hintergrund ist es als eine zulässige Konkretisierung von Art. 11 SE-RL anzusehen, wenn der deutsche Gesetzgeber im Wege einer weiteren Konkretisierung des Missbrauchsverbots in § 43 SEBG verdeutlicht, dass jedenfalls eine strategische Nutzung des „Einfriereffekts“ einen Rechtsmissbrauch darstellt. Wie groß der mitgliedstaatliche Spielraum bei der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots letztlich ist und ob die Fälle des nachträglichen „organischen“ Wachstums pauschal als Missbrauch der SE zur Vorenthaltung von Beteiligungsrechten deklariert werden können, hängt vor allem davon ab, ob und welche Anforderungen das europäische Recht über das Kriterium der objektiven Zweckwidrigkeit hinaus im Allgemeinen an die Feststellung des Vorliegens von Rechtsmissbrauch stellt.

Insoweit geht es vornehmlich um das zusätzliche Erfordernis eines subjektiven Kriteriums im Sinne einer missbräuchlichen Zwecksetzung des sich auf Unionsrecht stützenden Akteurs. Die Judikatur des EuGH zu dieser Frage ist uneinheitlich. Soweit sich der Rechtsmissbrauch in einer Umgehung von nationalem Recht manifestiert (Fälle der Normvermeidung), scheint der EuGH objektive Umstände genügen zu lassen.<sup>173</sup> Demgegenüber hat der EuGH in denjenigen Gestaltungen, in denen es darum geht, durch die Berufung auf europäisches Recht einen zweckwidrigen Vorteil zu erlangen (Fälle der Normerschleichung), eine Missbrauchsabsicht verlangt, die als Absicht charakterisiert wird, sich diesen Vorteil „willkürlich“ zu verschaffen.<sup>174</sup> Allerdings findet sich weiter eine Rechtsprechung, nach der sich das erforderliche subjektive Element aus objektiven Anhaltspunkten ergeben kann,<sup>175</sup> was auf eine gewisse Objektivierung des subjektiven Erfordernisses schließen lässt.<sup>176</sup>

Da sich der „Einfriereffekt“, wie dargelegt, aus einer Kombination von Normvermeidung und Normerschleichung darstellt, spricht zunächst mehr dafür, einen Rechtsmissbrauch im Grundsatz an das Vorliegen auch eines subjektiven Moments zu knüpfen.<sup>177</sup> Dies entspricht auch dem Wortlaut von Art. 11 SE-RL,

169 So im Ergebnis auch Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 79.

170 Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 152 ff.: „Konkretisierungshoheit“; NK-GA/Sagan, 2. Aufl., 2023, SEBG § 43 Rn. 4; a.A. offenbar EuArbRK/Oetker, 4. Aufl., 2022, RL 2001/86/EG Art. 11 Rn. 1.

171 Siehe dazu bereits oben sub III 4.

172 Siehe dazu auch Grohmann, Mitbestimmungsvereitelung, 2020, S. 143, die im Hinblick auf Art. 11 SE-RL sogar von einer im Vergleich zur üblichen Richtlinienumsetzung „völlig verschiedenen Wahlfreiheit“ spricht.

173 EuGH v. 2.5.1996 – Rs. C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182 = NZA 1996, 635 (Rn. 25) – Paletta II; EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 = ZIP 1999, 438 (Rn. 25) – Centros.

174 EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (Rn. 53) – Emsland-Stärke; EuGH v. 21.7.2005 – Rs. C-515/03, ECLI:EU:C:2005:491 (Rn. 52) – Eichsfelder Schlachtbetrieb; ebenso GA Stix-Hackl v. 16.3.2006 – Rs. C-452/04, ECLI:EU:C:2006:182 (Rn. 93 ff.) – Fidium Finanz.

175 EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (Rn. 75) – Halifax; siehe auch GA Poirares-Maduro v. 7.4.2005 – Rs. C-255/02, ECLI:EU:C:2005:200 (Rn. 70 f.) – Halifax.

176 Zu alledem ausführlich Baudenbacher, Rechtsmissbrauchsverbot, 2016, S. 435 ff.

177 Ebenso Ramcke, Konkretisierung des Missbrauchsverbots, 2015, S. 149 f., 205 ff.; Sagan, EBLR 2010, 15 (33); anders Forst, NZG 2009, 687 (690); Rehberg, ZGR 2005, 859 (869).

der mit der Wendung „dazu missbraucht wird“ eine gewisse Stoßrichtung des Unternehmens andeutet, auch wenn die Formulierung insoweit etwas weniger eindeutig als beim Missbrauchsverbot gemäß Art. 5 Abs. 4 der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG ist („mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen“). Klarer noch im Sinne einer erforderlichen Intention des Unternehmens sind die anderen Sprachfassungen (Englisch: „for the purpose of“, Französisch: „aux fins de“). Bei alledem ist zu betonen, dass es beim subjektiven Element schlicht um die Zielsetzung des Handelns und nicht etwa um ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit geht. Auch verbindet sich mit dem Rechtsmissbrauchsgedanken im vorliegenden Kontext kein sozialetischer Vorwurf,<sup>178</sup> sondern nur die schlichte Aussage, dass die Vornahme einer bestimmten rechtlichen Gestaltung auf die Herbeiführung des „Einfriereffekts“ abzielte und das hierbei mobilisierte europarechtliche Instrumentarium gerade für diesen Zweck nicht geschaffen worden ist.

Nimmt man die soeben erwähnte Objektivierung des subjektiven Elements hinzu, bietet sich angesichts des kargen Wortlauts von Art. 11 SE-RL im Ausgangspunkt eine gewisse Orientierung an der ausgereifteren Normstruktur des schon mehrfach angesprochenen Missbrauchsverbots gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 2009/133/EG (früher Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG) an. Überträgt man diese Struktur auf die Interpretation von Art. 11 SE-RL, so liegt ein Missbrauch im ersten Zugriff dann vor, wenn zumindest einer der hauptsächlichen Beweggründe des Unternehmens darin besteht, durch die Nutzung des europäischen Mitbestimmungskonzepts den „Einfriereffekt“ herbeizuführen. Dabei ist ein solcher Beweggrund zu vermuten, wenn die Gründung und Verwendung einer SE nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Erwägungen beruht.

Von einem Fehlen solcher Gründe ist insbesondere dann auszugehen, wenn das Unternehmen seine ökonomischen Aktivitäten im Wesentlichen auf Deutschland beschränkt und gerade nicht grenzüberschreitend auf dem Binnenmarkt tätig ist.<sup>179</sup> Als starkes Anzeichen hierfür ist es zu werten, wenn die Arbeitnehmer der SE ganz überwiegend im Inland tätig sind („Inlands-SE“), wie dies bei einer signifikanten

Anzahl von SE tatsächlich der Fall ist.<sup>180</sup> Zwar sollte nicht übersehen werden, dass die SE insgesamt der Verwirklichung des Binnenmarktes dient<sup>181</sup> und binnenmarktbezogene Aktivitäten eines Unternehmens je nach Branche nicht zwingend eine Beschäftigung größerer Teile der Belegschaft in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union voraussetzen. Sofern sich die Arbeitnehmerschaft im Wesentlichen auf Deutschland konzentriert und im Ausland keine oder nur eine unerhebliche Wertschöpfung erfolgt, spricht dies aber dafür, dass ein zentrales Motiv für die Wahl der SE als Rechtsform darin besteht bzw. bestanden hat, lediglich dem Anwendungsbereich des deutschen Mitbestimmungsrechts auszuweichen.<sup>182</sup>

Fraglich ist, ob und in welchem Umfang vor diesem Hintergrund der Missbrauchstatbestand des § 43 SEBG für die Fälle des organischen Wachstums von SE nach ihrer Gründung zur Eindämmung des „Einfriereffekts“ weiterentwickelt werden kann. In diesem Zusammenhang ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass der EuGH in seiner Judikatur sowohl in den Fällen der Normvermeidung als auch in den Fällen der Normerschleichung die Mitgliedstaaten beim Rechtsmissbrauchseinwand grundsätzlich zu einer Einzelfallprüfung anhält, um die Wirksamkeit des jeweils in Rede stehenden europäischen Rechts nicht zu stark zu beeinträchtigen.<sup>183</sup> Dies gilt insbesondere auch für generelle Vorschriften, mit denen Mitgliedstaaten versucht haben, bestimmte Vorgänge ohne eine solche Einzelfallprüfung der Sache nach als Missbrauch im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG (nunmehr Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 2009/133/EG) zu werten.<sup>184</sup> Angesichts dessen erschiene eine mitgliedstaatliche Regelung europarechtlich bedenklich, die ein organisches Wachstum im Anschluss an die Gründung einer SE ohne jede zeitliche Begrenzung automatisch als Rechtsmissbrauch qualifizieren würde. Dagegen erscheint die Festlegung eines bestimmten Zeitraums, innerhalb dessen bei einem Überschreiten von mitbestimmungsrelevanten Schwellenwerten ein Rechtsmissbrauch zumindest vermutet wird, als zulässig.

<sup>180</sup> Vgl. HaKo-BetrVG/Sick, 6. Aufl., 2022, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und grenzüberschreitende Verschmelzung – SE-Betriebsrat und Arbeitnehmerbeteiligung Rn. 9, wonach von den 62 SE ohne paritätisch besetzten Aufsichtsrat trotz Beschäftigung von mehr als 2.000 Arbeitnehmern immerhin 20 SE eine nahezu ausschließlich im Inland tätige Belegschaft haben (Stand vom 30.6.2021).

<sup>181</sup> Siehe Erwägungsgrund 1 SE-VO.

<sup>182</sup> Siehe insoweit nunmehr auch die §§ 316 Abs. 3 S. 4, 343 Abs. 3 S. 4 UmwG n. F., die als Anhaltspunkte für eine missbräuchliche grenzüberschreitende Verschmelzung bzw. einen missbräuchlichen grenzüberschreitenden Formwechsel u. a. darauf abstellen, dass die Zahl der vom grenzüberschreitenden Vorhaben betroffenen Arbeitnehmer mindestens vier Fünftel des für die Unternehmensmitbestimmung maßgeblichen Schwellenwerts beträgt und im Zielland keine Wertschöpfung erbracht wird.

<sup>183</sup> EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (Rn. 52) – Emsland-Stärke; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2002:704 (Rn. 42 f.) – X und Y; EuGH v. 26.1.2012 – Rs. C-586/10, ECLI:EU:C:2012:39 = NZA 2012, 135 (Rn. 56) – Küçük.

<sup>184</sup> EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Rn. 41 f.) – Leur-Bloem.

<sup>178</sup> Ebenso Rehberg, ZGR 2005, 859 (877).

<sup>179</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch Teichmann, FS Windbichler, 2021, 395 (411), der – gleichsam spiegelbildlich – im Kontext grenzüberschreitender Umwandlungen im Anschluss an Erwägungsgrund 36 GesRRL n. F. das Fehlen der Hauptverwaltung sowie wesentlicher Aktivitäten im Zugstaaten als Indiz für einen Missbrauch wertet. Siehe ferner Grohmann, Mitbestimmungsverteilung, 2020, S. 217, die auf die Erleichterung grenzüberschreitender wirtschaftlicher Aktivitäten durch den Einsatz einer SE abstellt. Zu den Auswirkungen des Wegfalls der Mehrstaatlichkeit der SE auf die Arbeitnehmerbeteiligung in technischer Hinsicht siehe Schubert, AG 2020, 205 ff.

Hierfür mag man sich an der in der UmwRRL vorgesehenen Schutzfrist von vier Jahren (vgl. Art. 861 Abs. 7, 133 Abs. 7, 160l Abs. 7 GesRRL n. F.) orientieren, auch wenn nicht zu übersehen ist, dass sich diese Frist unmittelbar nur auf die Aufrechterhaltung des Bestandsschutzes bei nachfolgenden Umwandlungen bezieht.<sup>185</sup> Wird der hypothetische Schwellenwert erst zu einem späteren Zeitpunkt erreicht, ist ein Missbrauch der SE zwar nicht per se ausgeschlossen. Mangels einer dann eingreifenden Vermutung müsste dann aber dargetan werden, dass die SE-Gründung von vornherein jedenfalls auch dem Zweck diene, den „Einfriereeﬀekt“ herbeizuführen. Insoweit ließe sich daran denken, ähnlich wie nunmehr in den §§ 316 Abs. 3 S. 4, 343 Abs. 3 S. 4 UmwG n. F., Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verwendung der SE in den Gesetzestext aufzunehmen, wie etwa eine ursprüngliche und in der Vierjahresfrist noch konstant gehaltene Arbeitnehmerzahl von mindestens vier Fünfteln des für die Unternehmensmitbestimmung maßgeblichen Schwellenwerts und eine nach wie vor fehlende relevante Wertschöpfung im Ausland. Sofern dies feststeht, kann es dagegen keine Rolle spielen, dass der ursprüngliche Anknüpfungspunkt für den Rechtsmissbrauch bereits längere Zeit zurückliegt.<sup>186</sup>

Untermauern lässt sich das, wenn man den Blick auf die Rechtsfolgen richtet, die an den Verstoß gegen ein im SEBG neu gefasstes Missbrauchsverbot geknüpft werden sollten. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass sich eine Anlehnung an den nunmehr in § 36 S. 3 und 4 MgFSG enthaltenen Mechanismus empfiehlt, also eine Anwendung des europäischen Mitbestimmungsmodells aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung. Wie dies namentlich für die Fälle des nachträglichen Belegschaftswachstums vorgeschlagen worden ist, sollte sich der Inhalt der Auffangregelung an der aktuellen Beschäftigtenzahl des Unternehmens im Zeitpunkt der Neuverhandlungen orientieren.<sup>187</sup> Dies ist nicht zuletzt deshalb ratsam, weil dem besonderen Verhandlungsgremium bei der SE, anders als beim grenzüberschreitenden Formwechsel oder bei der grenzüberschreitenden Spaltung, der unter bestimmten Voraussetzungen mögliche Weg zurück zum am Sitzstaat der neuen Gesellschaft geltenden Mitbestimmungsrecht gemäß Art. 13 Abs. 3 Buchst. a SE-RL definitiv verbaut ist. Dagegen sollte die bislang vorgesehene strafrechtliche Sanktion des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG, die zum einen praxisfern ist und zum anderen aus gutem Grund eine enge Interpretation des Missbrauchsverbots nahelegt, ersatzlos gestrichen werden.

Eine solche Flurbereinigung bei den Rechtsfolgen hätte zudem noch weitere Konsequenzen. Hält man sich nämlich vor Augen, dass die Rechtsfolge nicht etwa in der Unanwendbarkeit europäischen Rechts besteht, was einen zurückhaltenden Einsatz des Rechtsmissbrauchsverbots gebieten würde, sondern vielmehr umgekehrt darin, gerade das europäische Mitbestimmungskonzept unter nunmehr neuen Rahmenbedingungen zur Anwendung zu bringen, spricht sogar einiges dafür, den ohnehin bestehenden Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinienvorgaben noch etwas weiter zu verstehen und für einen überschaubaren Zeitraum von vier Jahren nach der Gründung der SE ebenso wie nunmehr in § 36 S. 2 MgFSG zur Steigerung der Effektivität eine Fiktion zuzulassen, also die Möglichkeit des dem Unternehmen an sich zustehenden Gegeneinwands vernünftiger wirtschaftlicher Gründe befristet auszuschließen. Da sich für die Wahl der Rechtsform der SE vielfach wirtschaftliche Motive jenseits der reinen Mitbestimmungsvermeidung bzw. Mitbestimmungsbeschränkung finden werden und darstellen lassen, würde eine uneingeschränkte Zulassung des Gegenbeweises<sup>188</sup> riskieren, eine bloße Vermutungsregel weitgehend leerlaufen lassen. Eine derartige Verstärkung des Missbrauchstatbestands entspräche der grundsätzlichen Stoßrichtung von Art. 11 SE-RL, der ausdrücklich einen an die Mitgliedstaaten adressierten Handlungsauftrag<sup>189</sup> und nicht nur – wie in Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 2009/133/EG (früher Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG) – eine mitgliedstaatliche Regelungsermächtigung enthält, woraus sich schließen lässt, dass der SE-bezogenen Missbrauchsbekämpfung ein besonderes Gewicht zukommen soll.<sup>190</sup>

Zudem ist in Rechnung zu stellen, dass es bei der Gründung einer SE angesichts des Numerus clausus der Gründungsformen (vgl. § 2 SE-VO) stets um das „Verhalten“ von bereits existierenden Gesellschaften geht, also um juristische Personen, bei denen sich Generalanwalt Lenz sogar dafür ausgesprochen hat, im Rahmen der Prüfung von Rechtsmissbrauch bzw. einer Gesetzesumgehung von vornherein nur auf objektive Kriterien abzustellen.<sup>191</sup> Auch sollte nicht übersehen werden, dass es im vorliegenden Zusammenhang nicht etwa darum geht, das deutsche Mitbestimmungsrecht unmittelbar gegenüber dem europäischen SE-Recht in Stellung zu bringen, was in der Tat gegen Art. 13 Abs. 2 SE-RL verstoßen würde, sondern darum, dem hauptsächlichen Sinn und Zweck des europäischen Mitbestimmungskonzepts, das darin

185 Für eine Beschränkung der Vermutungsregel auf ein innerhalb eines Jahres erfolgendes Belegschaftswachstum dagegen Teichmann, *Unternehmerische Mitbestimmung*, 2022, S. 45.

186 Im Grundansatz auch Grohmann, *Mitbestimmungsvereitelung*, 2020, S. 204.

187 Vgl. zu den Überlegungen der „Informal Company Law Expert Group“ Teichmann, FS Hopt, 2020, S. 1255 (1267); In diesem Sinne auch Rehberg, ZGR 2005, 859 (877).

188 Hierfür ausdrücklich unter Hervorhebung der vielfältigen Motivlage gerade von Familienunternehmen Teichmann, *Unternehmerische Mitbestimmung*, 2022, S. 45 u. 47.

189 KOM(2008) 591, S. 6.

190 In diese Richtung auch Grohmann, *Mitbestimmungsvereitelung*, 2020, S. 181 ff.; Mader, *Verfahrensmisbrauch*, 2014, S. 141.

191 GA Lenz v. 16.6.1994 – Rs. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:251 (Rn. 60 f.) – TV10. Im Ansatz auch Zimmermann, *Rechtsmissbrauchsverbot*, 2002, S. 224.

besteht, die Schaffung einer der konkreten Struktur des Unternehmens angepassten Mitbestimmung vorrangig den betroffenen Sozialpartnern zu überlassen, zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>192</sup> Diese Besonderheit bei den Rechtsfolgen, die von der üblichen Rechtsfolge bei Bejahung eines Rechtsmissbrauchs abweicht, wonach die missbräuchlich angerufene Vorschrift des europäischen Rechts schlicht zurückweicht, rechtfertigt es, das SE-spezifische Missbrauchsverbot trotz seiner herausgehobenen Stellung nicht von vornherein nur auf praktisch nicht vorkommende und leicht zu vermeidende Gestaltungen zu beschränken.

Schließlich lässt sich auch nicht argumentieren, dass mit der formal ordnungsgemäßen Gründung einer SE stets aner kennenswerte wirtschaftliche Zwecke verfolgt würden, es sich also nicht um eine „künstliche Gestaltung“ handle und ein solches Vorgehen daher nicht zugleich als Rechtsmissbrauch gewertet werden könne. Der Rechtsmissbrauchsgedanke knüpft im vorliegenden Zusammenhang nämlich nicht an die SE-Gründung als solche an, die für sich genommen in der Tat nicht „künstlich“ ist und deshalb auch völlig unangetastet bleibt. Vielmehr stützt sich der Rechtsmissbrauch darauf, dass der Mechanismus der SE-RL von der Unternehmensseite nicht mit dem Ziel der Herbeiführung einer die verschiedenen mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsregime ausgleichenden Beteiligungsvereinbarung, sondern mit dem Ziel der Konservierung von Mitbestimmungsfreiheit bzw. einem verringerten Mitbestimmungsniveau genutzt wird. Man wird dem Missbrauchsaspekt mit anderen Worten nur gerecht, wenn man den Vorgang der Gründung einer SE in seine verschiedenen Dimensionen zerlegt und diese jeweils rechtlich eigenständig bewertet. Dass eine SE-Gründung bei einer isolierten gesellschaftsrechtlichen Betrachtung einen normalen Vorgang darstellt, schließt es daher nicht aus, diese Gründung in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht gleichwohl als missbräuchlich zu werten und daran mitbestimmungsspezifische Rechtsfolgen zu knüpfen. Immerhin neigt auch der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung dazu, dass die wirtschaftliche Rationalität einer Transaktion dem Missbrauchseinschlag nicht entgegensteht.<sup>193</sup>

Nimmt man hinzu, dass sich den – bislang allerdings nur wenigen – Entscheidungen des EuGH zu den Auswirkungen des europäischen Rechts auf die unternehmerische Mitbestimmung eine mitbestimmungsfreundliche Tendenz entnehmen lässt,<sup>194</sup> spricht vieles dafür, dass der EuGH eine entsprechend neu gefasste deutsche Umsetzung von Art. 11 SE-RL

akzeptieren würde. Möglicherweise gibt die aktuelle Vorlage des BAG an den EuGH zur Nachholung eines Verhandlungsverfahrens zur Beteiligung der Arbeitnehmer bei einer zunächst „arbeitnehmerlosen SE“ dem EuGH die Gelegenheit, sich zu Inhalt und Reichweite des Missbrauchsverbots gemäß Art. 11 SE-RL zu äußern, das vom BAG – wenn auch nur am Rande – angesprochen worden ist.<sup>195</sup>

### 3.12 Vereinbarkeit der Berücksichtigung nachträglicher Umstände mit dem Primärrecht

Ein letzter Aspekt betrifft die Frage, ob sich aus dem Primärrecht etwaige Grenzen für eine Einbeziehung nachträglicher Veränderungen der Unternehmensgröße in das SE-rechtliche Missbrauchsverbot im Wege einer Weiterentwicklung des deutschen Umsetzungsrechts ergeben. Dabei kommt in diesem Zusammenhang am ehesten eine unzulässige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Art. 49, 54 AEUV) in Betracht. Insoweit ist freilich zunächst in Erinnerung zu rufen, dass ein Rückgriff auf Grundfreiheiten in europarechtlich harmonisierten Bereichen eigentlich ausscheidet<sup>196</sup>. Selbst wenn man die Niederlassungsfreiheit für anwendbar hielte, läge jedenfalls im Hinblick auf solche Unternehmen keine Beeinträchtigung dieser Grundfreiheit vor, die von ihr keinen Gebrauch gemacht haben oder machen wollen, sondern bei denen sich Satzungs- und Verwaltungssitz vor und nach der SE-Gründung in Deutschland befinden.<sup>197</sup>

Denkbar wäre allenfalls, in der Konstellation, dass eine in einem mitbestimmungsaversen Mitgliedstaat gegründete „kleine“ SE ihren Sitz gemäß Art. 8 SE-VO nach Deutschland verlegt und hier anschließend ein erhebliches Größenwachstum erfährt, eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zu bejahen, wenn eine deutsche Regelung diesem Unternehmen nunmehr unter dem Aspekt eines Rechtsmissbrauchs ein Verhandlungsverfahren mit Auffangregelung auferlegen würde, weil die Sitzverlegung nach Deutschland hierdurch weniger attraktiv würde. Allerdings ist zweifelhaft, ob dann, wenn im Zeitpunkt der SE-Gründung eine spätere Sitzverlegung nach Deutschland, und damit der Aspekt einer etwaigen Mitbestimmungskonservierung, noch gar nicht im Raum stand, das Rechtsmissbrauchsverbot überhaupt zum Tragen kommen würde. Geht es aber um einen Fall, bei dem die Sitzverlegung nach Deutschland von vornherein geplant ist, könnte man zwar argumentieren, dass die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt wird, wenn das Missbrauchsverbot in Deutschland als Zuzugsstaat

192 Anders Grau/Kruppa, RdA 2022, 73 (80): „Umgehung von Art. 13 Abs. 2 SE-RL“.

193 EuGH v. 10.11.2011 – Rs. C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (Rn. 35) – Foggia. Siehe dazu auch Schön, FS Krieger, 2020, 878 (902).

194 Vgl. EuGH v. 20.6.2013 – Rs. C-635/11, EU:C:2013:408 = AG 2013, 592 – Kommission/Niederlande; EuGH v. 18.7.2017 – Rs. C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 = NZA 2017, 1000 – TUI; EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, ECLI:EU:C:2022:800 = NZA 2022, 1477 – SAP.

195 BAG v. 17.5.2022 – 1 ABR 37/20 (A), NZA 2023, 44 (Rn.38) – Olympus.

196 Siehe nur Frenz, Handbuch Europarecht: 1 Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2012, Rn. 382 ff. m. w. N.

197 Abweichend (und wenig überzeugend) Mader, Verfahrensmissbrauch, 2014, S. 134, die offenbar bereits in der bloßen Existenz eines sekundärrechtlichen Missbrauchsverbots eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit sieht.

strenger als im Wegzugsstaat gehandhabt wird. Eine solche Beeinträchtigung ließe sich indes damit rechtfertigen, dass sie nicht diskriminierend angewendet wird, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, wozu anerkanntermaßen auch der Arbeitnehmerschutz zählt, legitimiert ist sowie zur Zweckverfolgung geeignet ist und nicht über das erforderliche Maß hinausgeht, wobei in die Erforderlichkeit auch Angemessenheitsaspekte einfließen.<sup>198</sup> Entsprechendes gilt unter dem Blickwinkel der Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 16 GRC durch eine grundsätzliche Einbeziehung des organischen Wachstums in das Rechtsmissbrauchsverbot, zumal diese Freiheit nach dem Wortlaut von Art. 16 GRC ohnehin nur „nach dem Unionsrecht“ anerkannt wird.<sup>199</sup>

#### 4 RECHTLAGE BEI DER GRENZÜBERSCHREITENDEN VERSCHMELZUNG

Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung stellt sich die europarechtliche Ausgangslage von vornherein anders dar. Im Gegensatz zum grenzüberschreitenden Formwechsel (vgl. Art. 86I Abs. 3 Buchst. f GesRRL n.F.) und zur grenzüberschreitenden Spaltung (vgl. Art. 160I Abs. 3 Buchst. f GesRRL n.F.) verweist Art. 133 GesRRL auch nach seiner Änderung durch die UmWRRL für diesen Umwandlungsvorgang nämlich nicht auf das Missbrauchsverbot nach Art. 11 SE-RL,<sup>200</sup> ohne dass der Grund für diese Abweichung, die bereits auf Art. 16 RL 2005/56/EG zurückgeht, erkennbar ist. Damit existiert im Hinblick auf die grenzüberschreitende Verschmelzung kein sekundärrechtliches Missbrauchsverbot. Wohl aber sind die vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Rechtsmissbrauch anwendbar, weil keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Sekundärgesetzgeber die Judikatur des EuGH derogieren wollte.<sup>201</sup> Hinzu kommt, dass die zahlreichen Erwägungsgründe in der UmWRRL, die sich auf den Schutz von Arbeitnehmerrechten und die Abwehr von Rechtsmissbrauch beziehen, unterschiedslos auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung gelten.

Allerdings legt es das Fehlen einer sekundärrechtlichen Konkretisierung des Missbrauchsverbots nahe, dieses zurückhaltender anzuwenden als bei der SE sowie bei den anderen beiden grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen, auch wenn eine unterschiedliche rechtliche Behandlung von teilweise funktional austauschbaren Gestaltungsmöglichkeiten letzt-

lich Fehlanreize setzt. Insbesondere spricht das Fehlen einer sekundärrechtlichen Vorschrift dafür, der vom EuGH bei der Anwendung der Grundsätze über den Rechtsmissbrauch immer wieder betonten Einzelfallbetrachtung einen größeren Stellenwert einzuräumen als bei der SE. Gänzlich bedeutungslos ist das Missbrauchsverbot aber nicht. Jedoch würde es sich bei einer entsprechenden Ergänzung des MgVG mangels einer dahingehenden Richtlinienbestimmung nicht um eine Umsetzungsvorschrift, sondern um eine „autonome“ Vorschrift des deutschen Rechts handeln, die als Regelung zur Einschränkung von nach dem europäischen Recht eröffneten Handlungsmöglichkeiten vom EuGH mit strengeren Augen betrachtet werden dürfte als ein Missbrauchsverbot, das sich auf eine sekundärrechtliche Grundlage stützen kann.

#### 5 VERTRAUENSSCHUTZ GEGENÜBER ÄNDERUNGEN DES MISSBRAUCHSVERBOTS?

Ein letzter Aspekt betrifft die Frage, ob sich eine Neufassung des Missbrauchsverbots im SEBG mit dem Ziel der Eindämmung des „Einfriereeffekts“<sup>202</sup> aus Vertrauensschutzgründen nur auf solche Umstrukturierungen beziehen dürfen, die nach ihrem Inkrafttreten vorgenommen werden, wie dies im Schrifttum mit Blick auf SE-Gründungen teilweise angenommen wird.<sup>203</sup> Insoweit ist zwar nicht ganz klar, auf welcher Rechtsgrundlage im Einzelnen ein etwaiger Vertrauensschutz zu gewähren wäre, wenn es um eine Vorschrift des deutschen Rechts geht, mit der eine Richtlinienvorgabe umgesetzt wird und der Spielraum, den das europäische Recht den Mitgliedstaaten hierbei belässt, nachträglich anders als bei der ursprünglichen Richtlinienumsetzung genutzt werden soll.<sup>204</sup> Legt man einen Umsetzungsspielraum zugrunde, dürfte trotz der Einschränkungen der Anwendbarkeit von deutschen Grundrechten, die sich nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts ergeben,<sup>205</sup> davon auszugehen sein, dass es auch in diesen Konstellationen gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG zu einem Vertrauensschutz kommen kann, wobei der Vertrauensschutz im Bereich unternehmerischer Tä-

198 Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht: 1 Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2012, Rn. 582 ff. m. w. N.

199 Art. 16 GRC als ungeeigneten Maßstab ansehend daher Mader, Verfahrensmissbrauch, 2014, S. 123.

200 Siehe dazu nur Bungert, FS Krieger, 2020, 111 (123); Götz/Winzer/Arnold, ZIP 2009, 245 (253 f.).

201 Dazu eingehend Fähndrich, Missbrauch, 2016, S. 211 ff.

202 Die folgenden Überlegungen gelten entsprechend für eine etwaige deutsche Vorschrift im Kontext der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

203 Teichmann, Unternehmerische Mitbestimmung, 2022, S. 47 f.

204 Hierin liegt der Unterschied zu der Konstellation einer unionsrechtlich determinierten Änderung der deutschen Rechtsprechung, bei der Vertrauensschutz für die Zeit vor Erlass der Vorabentscheidung nur durch den EuGH gewährt werden darf, vgl. BVerfG v. 10.12.2014 – 2 BvR 154/07, NZA 2014, 375 (Rn. 27 f.).

205 BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II.

tigkeit seine Grundlage gegebenenfalls vorrangig in Art. 12 Abs. 1 GG<sup>206</sup> und Art. 14 Abs. 1 GG<sup>207</sup> findet.

In der Sache ist mit der ständigen Judikatur des BVerfG zunächst festzuhalten, dass die allgemeine Erwartung einer Kontinuität des geltenden Rechts keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.<sup>208</sup> Einen Anknüpfungspunkt für verfassungsrechtlich schutzwürdige Stabilitätserwartungen liefert dagegen das Kriterium der Rückwirkung, wobei nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG zwischen einer echten und einer unechten Rückwirkung zu unterscheiden ist.<sup>209</sup> Während sich eine echte Rückwirkung dadurch auszeichnet, dass der Gesetzgeber an bereits abgeschlossene Tatbestände neue Rechtsfolgen knüpft („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“), geht es bei einer unechten Rückwirkung darum, dass eine neue Norm auf einen bereits ins Werk gesetzten, noch nicht abgeschlossenen Tatbestand für die Zukunft einwirkt und die hiervon betroffene Rechtsposition entwertet („tatbestandliche Rückknüpfung“). Dabei ist der Vertrauensschutz bei einer lediglich unechten Rückwirkung zwar nicht ausgeschlossen, aber doch deutlich schwächer ausgeprägt als bei einer echten Rückwirkung, um dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung des Gemeinwohls keine zu engen Fesseln anzulegen.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Frage einer Weiterentwicklung des gesetzlichen Missbrauchsverbots gemäß § 43 SEBG näher, zeigt sich zunächst, dass keine echte Rückwirkung zur Diskussion steht, weil die neue Rechtsfolge selbstverständlich nicht darin besteht, im betroffenen Unternehmen für die Vergangenheit „rückwirkend“ eine Arbeitnehmerbeteiligung einzuführen, was ohnehin nicht möglich ist. Vielmehr geht es darum, das europäische Mitbestimmungskonzept aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung nunmehr zur Anwendung zu bringen, um in der SE gegebenenfalls zukünftig zu einer Unternehmensmitbestimmung zu gelangen. Eine echte Rückwirkung folgt auch nicht daraus, dass das Verfahren zur Gründung einer SE als solches bereits abgeschlossen ist und möglicherweise auch der maßgebliche Schwellenwert bereits in der Vergangenheit überschritten worden ist, wenn die SE weiterhin operativ tätig ist, weil der auf Rechtsmissbrauch zu überprüfende Sachverhalt dann noch nicht abgeschlossen ist, sondern weiter andauert. Eine Erwartung dahin, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine berufliche Tätigkeit unverändert bleiben, ist verfassungs-

rechtlich indes nicht geschützt, wie das BVerfG in jüngerer Zeit noch einmal ausdrücklich hervorgehoben hat.<sup>210</sup> Allerdings knüpft der Rechtsmissbrauchsaspekt im vorliegenden Zusammenhang nicht einfach an das gegenwärtige Betreiben eines Unternehmens in der Rechtsform einer SE an. Vielmehr muss schon im Zeitpunkt der SE-Gründung der Zweck verfolgt worden sein, das europäische Mitbestimmungskonzept dazu einzusetzen, um das Unternehmen dauerhaft mitbestimmungsfrei bzw. auf einem niedrigeren Mitbestimmungsniveau zu halten, mag der Nachweis dieses subjektiven Elements durch eine – zeitlich limitierte – Vermutung oder sogar Fiktion auch erleichtert sein. Daher würde insoweit an einen bereits ins Werk gesetzten Tatbestand angeknüpft werden.

Fraglich ist aber, ob von der Entwertung einer betroffenen Rechtsposition als notwendiges zweites Kriterium für das Vorliegen einer unechten Rückwirkung<sup>211</sup> gesprochen werden kann. So wird durch die nachträgliche Anwendung des europäischen Mitbestimmungskonzepts die SE als Instrument für einen im Vergleich zu den entsprechenden mitgliedstaatlichen (deutschen) Gesellschaftsrechtsformen vereinfachten Geschäftsbetrieb auf Unionsebene als solche nicht entwertet. Richtig ist allerdings, dass eine solche Rechtsfolge das Ziel konterkarieren würde, das betroffene Unternehmen auf Dauer mitbestimmungsfrei bzw. auf einem niedrigeren Mitbestimmungsniveau betreiben zu können. Sofern man entsprechend den vorstehenden Ausführungen annimmt, dass der deutsche Gesetzgeber kraft europäischen Rechts befugt ist, gerade dieses Ziel als einen einzudämmenden Rechtsmissbrauch zu bewerten, wäre es aber wenig überzeugend, die hierdurch erlangte Rechtsposition ihrerseits als verfassungsrechtlich schutzwürdig zu behandeln. Dies gilt umso mehr, als sich das Unternehmen zur Begründung der eigenen Schutzwürdigkeit gerade darauf berufen müsste, in der Erwartung enttäuscht worden zu sein, die Mitbestimmung trotz des von Anfang an sowohl in der SE-RL als auch im SEBG als eigenständige Normen existierenden Missbrauchsverbots dauerhaft aushebeln zu können. Die gegebenenfalls betroffenen Unternehmen erscheinen sogar noch in einem geringeren Maße schutzwürdig als diejenigen Unternehmen, die erstmals von einer konstitutiven Neuregelung der Mitbestimmung betroffen sind, wie dies seinerzeit bei der Einführung des MitbestG der Fall war, das (selbstverständlich) nicht nur für neu gegründete, sondern auch für bereits existierende Unternehmen gelten sollte, ohne dass das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil hierin auch nur ansatzweise ein Rückwirkungsproblem gesehen hat<sup>212</sup>.

<sup>206</sup> Vgl. BVerfG v. 4.5.2012 – 1 BvR 367/12, BVerfGE 131, 47 (57 f.); BVerfG v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17, BVerfGE 155, 238 (Rn. 108, 122).

<sup>207</sup> Vgl. BVerfG v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 321/12, 1456/12, BVerfGE 143, 246 (Rn. 372); BVerfG v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17, BVerfGE 155, 238 (Rn. 88, 122).

<sup>208</sup> BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 753/05, 1738/05, BVerfGE 127, 61 (76); BVerfG v. 10.10.2012 – 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302 (Rn. 45); BVerfG v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17, BVerfGE 155, 238 (Rn. 125).

<sup>209</sup> Zum Folgenden BVerfG v. 10.10.2012 – 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302 (Rn. 41 ff.); BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 (Rn. 134 ff.); BVerfG v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17, BVerfGE 155, 238 (Rn. 126 ff.).

<sup>210</sup> BVerfG v. 29.12.2020 – 1 BvQ 152/20, 1 BvQ 153/201, 1 BvQ 154/201, 1 BvQ 155/201, 1 BvQ 156/201, 1 BvQ 157/20, NZA 2021, 120 (Rn. 35).

<sup>211</sup> Dieses Erfordernis hervorhebend BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 (Rn. 136); BVerfG v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17, BVerfGE 155, 238 (Rn. 139).

<sup>212</sup> Vgl. BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 ff.

Vor diesem Hintergrund bestehen keine durchgreifenden Bedenken, eine das Rechtsmissbrauchsverbot in den Grenzen des europäischen Rechts konkretisierende Vorschrift im SEBG auch auf bereits existierende SE anzuwenden. Dies versteht sich von selbst, wenn sich der Rechtsmissbrauch einer bereits gegründeten SE ohnehin erst nach dem Inkrafttreten einer Neuregelung durch organisches Wachstum manifestiert, gilt aber auch dann, wenn der Rechtsmissbrauch bereits in der Vergangenheit begonnen hat und weiter andauert, weil keine verfassungsrechtlich belastbare Basis für einen Vertrauensschutz dahingehend besteht, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur deshalb in Zukunft dauerhaft fortsetzen zu können, weil hiergegen in der Vergangenheit nicht eingeschritten worden ist.

Im Übrigen lassen sich auch aus der Judikatur des EuGH keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen weitergehenden spezifisch europäischen Vertrauensschutz im Hinblick auf die Aufrechterhaltung eines rechtsmissbräuchlich herbeigeführten Zustandes entnehmen.<sup>213</sup> Zudem scheint der EuGH dem Vertrauensschutzaspekt insgesamt zurückhaltend gegenüberzustehen, wenn es in einer der einschlägigen Entscheidungen beispielsweise heißt, dass der Anwendungsbereich einer aus Gründen des Vertrauensschutzes erforderlichen Übergangsregelung nicht so weit ausgedehnt werden dürfe, dass die „Anwendung einer neuen Regelung auf die *künftigen Folgen von Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist, die unter der Geltung der früheren Regelung entstanden*“ sind<sup>214</sup>.

## 6 ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

Das für die Mitbestimmung in der SE aktuell geltende Regelungskonzept des SEBG wird nach ganz herrschender Ansicht dahingehend verstanden, dass es im Hinblick auf den mitbestimmungsrechtlichen Status der SE, die als solche weder kraft europäischen Rechts mitbestimmt ist noch den im Sitzstaat geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen unterfällt, zu einem sog. „Einfriereffekt“ führen kann. Wird ein deutsches Unternehmen noch vor dem Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte des DrittelbG bzw. des MitbestG in eine SE umstrukturiert, so verbleibt es danach grundsätzlich bei der Mitbestimmungsfreiheit bzw. der Drittelbeteiligung, auch wenn

die Schwellenwerte des DrittelbG bzw. des MitbestG später durch ein Belegschaftswachstum überschritten werden.

Die beiden maßgeblichen Anknüpfungspunkte für eine mitbestimmungsrechtliche Berücksichtigung eines solchen Größenwachstums, nämlich nachträgliche strukturelle Änderungen (§ 18 Abs. 3 SEBG) und das Missbrauchsverbot (§ 43 SEBG), werden überwiegend dahin interpretiert, dass sie die schlichte Vergrößerung der Belegschaft entweder von vornherein nicht (strukturelle Veränderungen) oder nur unter engen und seitens der Unternehmen einfach vermeidbaren Voraussetzungen (Missbrauchsverbot) erfassen. Nach dieser herrschenden Sichtweise besteht somit eine leicht zugängliche Möglichkeit der dauerhaften Mitbestimmungsvermeidung bzw. Mitbestimmungskonservierung, die in der Praxis mittlerweile breitflächig genutzt wird und die dazu führt, dass hunderten von Arbeitnehmern die ihnen bei einem Betreiben des Unternehmens in der Rechtsform einer deutschen Kapitalgesellschaft zustehenden Mitbestimmungsrechte vorenthalten werden.

Eine Weiterentwicklung der deutschen Vorschriften zur Umsetzung der unionsrechtlichen Regelungen für die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE, wie sie im politischen Raum aktuell gefordert wird, muss sich an den Vorgaben der SE-RL messen lassen. Dabei ist der Weg verbaut, schlicht günstigere Regelungen im deutschen Recht vorzusehen. Vielmehr darf sich der deutsche Gesetzgeber nur in dem rechtlichen Rahmen bewegen, der von der SE-RL aufgespannt wird. Dieser rechtliche Rahmen weist ebenfalls die beiden Instrumente der Anwendbarkeit des europäischen Mitbestimmungsmodells aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung bei strukturellen Veränderungen (Erwägungsgrund 18 SE-RL) sowie das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 11 SE-RL) auf.

Das Kriterium der strukturellen Veränderungen als Anknüpfungspunkt für die Lösung der Vermeidungsproblematik zu wählen, ist letztlich nicht zielführend, weil es an das „Vorher-Nachher-Prinzip“ gekoppelt ist, was dann ins Leere läuft, wenn die betroffenen Arbeitnehmer ursprünglich kein oder zumindest kein paritätisches Mitbestimmungsrecht hatten.

Soweit es um das Missbrauchsverbot geht, erfasst der Wortlaut von Art. 11 SE-RL auch die Fallgruppe des Vorenthaltes von Mitbestimmungsrechten. Insbesondere lässt sich der SE-RL nicht als übergeordnetes Prinzip entnehmen, dass sie ausschließlich das im Zeitpunkt der Gründung der SE aktuell vorhandene Mitbestimmungsniveau bewahren will und im Übrigen auf ein „Einfrieren“ von Mitbestimmungsfreiheit bzw. eines geringeren Mitbestimmungsniveaus in denjenigen Mitgliedstaaten abzielt, in denen die Mitbestimmung von der Arbeitnehmerzahl abhängt. Mit den mitbestimmungsrechtsbezogenen Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie (EU) 2019/2121 (UmwRRL) zur Änderung der Gesellschaftsrichtlinie (EU) 2017/1132 (GesRRL) hat der europäische Gesetzgeber das Verständnis der Frage, in welchen Gestaltungen von einem Rechtsmissbrauch auszugehen ist, weiterentwi-

213 Die von Teichmann, *Unternehmerische Mitbestimmung*, 2022, S. 48 Fn. 195 u. 196, angeführten Entscheidungen des EuGH betreffen anders gelagerte Fallgestaltungen, vgl. EuGH v. 16.5.1979 – Rs. 84/78, ECLI:EU:C:1979:129 (Rn. 21) – Tomadini; EuGH v. 28.4.1988 – Rs. 120/86, ECLI:EU:C:1988:213 (Rn. 24 ff.) – Mulder; EuGH v. 17.4.1997 – Rs. C-90/95, ECLI:EU:C:1997:198 (Rn. 35 ff.) – De Compte/Parlament.

214 EuGH v. 16.5.1979 – Rs. 84/78, ECLI:EU:C:1979:129 (Rn. 21) – Tomadini.

ckelt, was bei einer um Kohärenz bemühten Auslegung nicht ohne Rückwirkung auf die Auslegung des Missbrauchsverbots nach Art.11 SE-RL bleiben kann und den Handlungsspielraum des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebers entsprechend erweitert. Dies gilt namentlich mit Blick auf Erwägungsgrund 50 S.3 UmwRRL, der auf das Erreichen bzw. Überschreiten des Schwellenwertes für die Mitbestimmung nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die aus dem grenzüberschreitenden Vorhaben hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat, in den Jahren nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben abstellt.

Für die nähere Konkretisierung des Rechtsmissbrauchstatbestands durch eine Weiterentwicklung von §43 SEBG kommt es zum einen auf eine objektive Zweckwidrigkeit der SE-Gründung an, die schon dann angenommen werden kann, wenn ein bestimmter mitbestimmungsrechtlicher Status mithilfe der SE „eingefroren“ wird, weil dieser Effekt wie dargelegt nicht dem erklärten Ziel der SE-RL entspricht. Darüber hinaus ist entsprechend den Vorgaben von Art.11 SE-RL grundsätzlich ein subjektives Element im Sinne einer Missbrauchsabsicht der Akteure zu fordern, wobei es den Mitgliedstaaten im Rahmen ihres Umsetzungsspielraums aber freisteht, für eine hinreichende Effektivität der Regelung zu sorgen. Dies kann dadurch bewerkstelligt werden, dass der rechtsmissbräuchliche Einsatz der SE zur dauerhaften Vermeidung bzw. Beschränkung von Mitbestimmung vermutet wird, sofern innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren ab der Gründung einer SE ein für die Mitbestimmung maßgeblicher Schwellenwert überschritten wird. Für einen solchen Zeitraum ist sogar eine Missbrauchsfiktion noch als zulässig anzusehen. Wird der maßgebliche Schwellenwert erst zu einem späteren Zeitpunkt überschritten, bleibt es beim allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot. Hierbei steht es dem Gesetzgeber frei, Anhaltspunkte für einen Missbrauch der SE als Instrument zur Umgehung der europäischen Mitbestimmungskonzeption festzulegen, wobei insbesondere an die Fallgruppe zu denken ist, dass sich die Beschäftigung von Arbeitnehmern sowie die Wertschöpfung im Wesentlichen auf Deutschland beschränken („Inlands-SE“). Legt man zugrunde, dass die Mitbestimmungskonzeption

der SE-RL darauf abzielt, angesichts divergierender mitgliedstaatlicher Regelungen und Gepflogenheiten zur Mitbestimmung in erster Linie einen rechtlichen Rahmen für individuelle Lösungen der Sozialpartner zu schaffen, nicht aber einen Weg zur Aushöhlung mitgliedstaatlicher Mitbestimmungssysteme zu ebnen, spricht vieles dafür, dass der EuGH angesichts seiner tendenziell mitbestimmungsfreundlichen Judikatur eine entsprechende Neufassung des deutschen Missbrauchsverbots in Umsetzung von Art.11 SE-RL billigen würde.

Bei alledem sollte ein möglicher Tatbestand so abgefasst werden, dass er nicht zusätzlich eine strukturelle Änderung verlangt, um die Bewältigung der „Einfrierproblematik“ nicht mit der Frage zu belasten, ob auch ein organisches Wachstum eine strukturelle Veränderung darstellt. Als Rechtsfolge sollten Neuverhandlungen mit einer Auffangregelung vorgesehen werden, die sich an der aktuellen Größe des Unternehmens orientiert. Von strafrechtlichen Sanktionen für den Fall eines Missbrauchs der Gestaltungsform der SE als Instrument zur objektiven Ausfüllung der Mitbestimmung sollte dagegen abgesehen werden.

Primärrechtlich wäre eine entsprechende Weiterentwicklung des mitgliedstaatlichen Missbrauchsverbots zulässig. Soweit es um die Eindämmung des „Einfriereffekts“ bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen geht, kann sich der deutsche Gesetzgeber mangels einer umzusetzenden Richtlinienbestimmung allerdings nur auf die allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze zum Rechtsmissbrauch stützen, wobei die Erwägungsgründe der UmwRRL aber immerhin eine insgesamt aufgeschlosseneren Haltung des europäischen Gesetzgebers gegenüber der Heranziehung des Missbrauchsgedankens im Zusammenhang mit nachteiligen Auswirkungen grenzüberschreitender Vorhaben auf die Arbeitnehmerbeteiligung zum Ausdruck bringen.

Schließlich würde eine Regelung, die den Rechtsmissbrauchsaspekt auch im Hinblick auf bereits gegründete SE konkretisiert und für die Zukunft die Anwendung des europäischen Mitbestimmungsmodells aus Verhandlungsverfahren und Auffangregelung vorsieht, keine unzulässige Rückwirkung darstellen.

- Badura, Karolina:** Unternehmensmitbestimmung im deutsch-polnischen Rechtsvergleich, Berlin, 2021 (zugl.: München, Univ., Diss., 2020).
- Baschnagel, Markus/Hilser, Raphael/Wagner, Raphael:** Unternehmerische Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem MgFSG, RdA 2023, 103–115.
- Baudenbacher, Laura Melusine:** Überlegungen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZfRv 2008, 205–218.
- Baudenbacher, Laura Melusine:** Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, Baden-Baden, 2016.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Roll, Michael:** Der arbeitsrechtliche Teil des Koalitionsvertrags – ein Fortschritt?, NZA 2021, 1685–1689.
- Bayer, Walter:** Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930–1936.
- Behme, Caspar:** Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven, ZHR 182 (2018), 32–61.
- Birkmose Hanne Søndergaard/Neville, Mette/Sørensen, Karsten Engsig (Eds.):** Abuse of Companies, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Bormann, Jens/Stelmaszczyk, Peter:** Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, 353–365.
- Brandes, Stephan:** Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZIP 2008, 2193–2199.
- Bungert, Hartwin:** Das neue Recht der grenzüberschreitenden Spaltungen in der EU, in: Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München, 2020, 109–139.
- Bungert, Hartwin/Strothotte, Christian:** Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem Referentenentwurf des UmRUG, BB 2022, 1411–1422.
- Cannistra, Christina:** Das Verhandlungsverfahren zur Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei Gründung einer Societas Europaea und bei Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Hamburg, 2014.
- De la Feria, Rita:** Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Generation of a New General Principle of EC Law through Tax, Common Market Law Review 45 (2008), 395–441.
- De la Feria, Rita/Vogenauer, Stefan (Eds.):** Abuse of Law, Oxford, Portland, 2011.
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid:** Verwendung der SE zur Vermeidung von Arbeitnehmermitbestimmung – Abgrenzung zulässiger Gestaltungen vom Missbrauch gemäß § 43 SEBG, BB 2011, 2699–2705.
- Düwell, Franz Josef (Hrsg.):** Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Baden-Baden, 2022.
- Ege, Andreas/Grzimek, Philipp/Schwarzfischer, Benjamin:** Der Zementierungseffekt bei der Mitbestimmung bei Gründung einer SE und grenzüberschreitender Verschmelzung, DB 2011, 1205–1212.
- Fähndrich, Falko:** Missbrauch einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften zur Flucht aus deutscher Unternehmensmitbestimmung, Hamburg, 2016.
- Fleischer, Holger:** Das Rechtsmissbrauchsverbot zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 865–874.
- Forst, Gerrit:** Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, NZG 2009, 687–692.
- Forst, Gerrit:** Neues aus Luxemburg zur Arbeitnehmerbeteiligung bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften, AG 2013, 588–592.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut:** Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München, 2022.
- Gagawczuk, Walter/Mayr, Klaus:** Arbeitsverfassungsgesetz, Band 5, Wien, 2020.
- Götze, Cornelius/Winzer, Thomas/Arnold, Christian:** Unternehmerische Mitbestimmung – Gestaltungsoptionen und Vermeidungsstrategien, ZIP 2009, 245–254.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.):** Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 77. EL September 2022.
- Grau, Timon/Kruppa, Sophie:** Die arbeitsrechtliche Agenda der neuen Bundesregierung, RdA 2022, 73–85.
- Grohmann, Lea Sophie:** Mitbestimmungsvermeidung nach § 43 SEBG, Berlin, 2022.
- Grüneberg, Jan/Hay, Daniel/Sick, Sebastian:** Anmerkung zu EuGH v. 18.10.2022 – Rs. C-677/20, AuR 2023, 119–121.
- Güntzel, Volker:** Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Frankfurt am Main, 2006.
- Habersack, Mathias:** Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas, ZHR 182 (2018), 495–503.
- Habersack, Mathias/Drinhausen, Florian (Hrsg.):** SE-Recht, 3. Aufl., München, 2022.
- Habersack, Mathias/Henssler, Martin:** Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., München, 2018.
- Hauser, Patrick:** Einschränkung der Verhandlungsautonomie bei SE-Umwandlungsgründungen, AG 2022, 850–855.
- Hay, Daniel:** Wandel als neue Normalität: Mitbestimmung sichert Zukunft, WSI Mitteilungen 2022, 163–166.
- Herfs-Röttgen, Ebba:** Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358–365.
- Hilser, Raphael:** Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, Berlin, 2022.
- Hoffmann, Jochen:** Mitbestimmungsfreie Gesellschaften deutschen Rechts durch grenzüberschreitenden Formwechsel?, EuZW 2018, 985–986.
- Hoops, Antje:** Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Kenzingen, 2009 (zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2008).
- Kamanabrou, Sudabeh:** Abuse of Law in the Context of EU Law, European Law Review 43 (2018), 534–548.
- Kamanabrou, Sudabeh:** Rechtsmissbrauch im europäischen Arbeitsrecht, EuZA 2018, 18–50.
- Kämmerer, Jörn Axel/Veil, Rüdiger:** Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung in der monistischen Societas Europaea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg?, ZIP 2005, 369–376.
- Keller, Berndt/Werner, Frank:** Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Empirische Befunde und (un-)erwartete Konsequenzen, WSI Mitteilungen 2009, 416–424.
- Kiem, Roger:** Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Entwicklungsstand, ZHR 173 (2009), 156–180.

- Kjellgren, Anders:** On the Border of Abuse, *European Business Law Review* 2000, 179–193.
- Kleinsorge, Georg:** Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, *RdA* 2002, 343–352.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 4. Aufl., Hürth, 2021.**
- Köstler, Roland/Pütz, Lasse:** Neueste Fakten zur SE und zur grenzüberschreitenden Verschmelzung – Mitbestimmte Unternehmen sind zufrieden, *AG* 2013, R180–R181.
- Kovács, Erika:** Die Auswirkungen grenzüberschreitender Verschmelzungen auf die AN-Mitbestimmung – Teil 2, *ZAS* 2019, 165–170.
- Kraft, Julia/Noack, Ulrich:** Das Registergericht als „Hüter“ der Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Umwandlung, in: *Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag*, München, 2020, 539–553.
- Krause, Rüdiger:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), *BB* 2005, 1221–1229.
- Kübler, Friedrich:** Mitbestimmungsfeindlicher Missbrauch der Societas Europaea?, in: *Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005*, Berlin, 2005, 247–258.
- Kuffner, Andrea:** Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, Berlin, Stuttgart, 2003.
- Lenaerts, Coen/Gutiérrez-Fons, José A.:** To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *EUI Working Papers*, AEL, 2013/9.
- Linden, Friederike:** Die Mitbestimmungsvereinbarung der dualistisch verfassten Societas Europaea (SE), *Waabs*, 2012.
- Luy, Theo:** Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, *NJW* 2019, 1905–1910.
- Ludwigs, Markus:** Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, *ZEuS* 2004, 211–249.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph (Hrsg.):** SE-Kommentar, 2. Aufl., Köln, 2015.
- Mader, Daniela:** Verfahrensmissbrauch nach Art. 11 SE-Richtlinie, Berlin, 2014 (zugl.: Berlin, Humboldt Univ., Diss., 2011/2012).
- Mävers, Günther:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- Mohamed, Jean:** Eine Gedankenskizze zur Unternehmensmitbestimmung nach dem Koalitionsvertrag, *ZIP* 2022, 305–308.
- Mücl, Patrick/Blunck, Boris:** Mehr Mitbestimmung wagen?, *DB* 2022, 735–740.
- Mücl, Patrick/Götte, Mareike:** Unternehmensmitbestimmung und grenzüberschreitende Unternehmensmobilität, *BB* 2018, 2036–2043.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, 5. Aufl., München, 2021.**
- Müller-Bonanni, Thomas/Jenner, Alice:** Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Spaltungen und Verschmelzungen, *AG* 2022, 457–465.
- Müller-Bonanni, Thomas/Müntefering, Michael:** Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung und grenzüberschreitender Verschmelzung im Vergleich, *BB* 2009, 1699–1703.
- Müller-Bonanni, Thomas/Müntefering, Michael:** Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, *NJW* 2009, 2347–2353.
- Nagel, Bernhard:** SE und Einfrieren der Mitbestimmung, *ZIP* 2022, 208–211.
- Nagel, Bernhard/Freis, Gerhild/Kleinsorge, Georg:** SEBG, SCEBG, MgVG, 3. Aufl., Berlin, Boston, 2018.
- Noack, Ulrich/Kraft, Julia:** Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienentwurf im Company Law Package, *DB* 2018, 1577–1582.
- NomosKommentar, Gesamtes Arbeitsrecht (hrsg. von Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans):** 2. Aufl., Baden-Baden, 2023.
- Oetker, Hartmut:** Unternehmerische Mitbestimmung kraft Vereinbarung in der Europäischen Gesellschaft (SE), in: *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2006, 635–662.
- Oetker, Hartmut:** Mitbestimmungssicherung bei Errichtung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch formwechselnde Umwandlung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland, in: *Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2008, 557–573.
- Paefgen, Walter G.:** „Polbud“: Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit – Teil I, *WM* 2018, 981–993.
- Pütz, Lasse:** Die Unternehmensmitbestimmung nach dem „Company Law Package“ der EU, *AG* 2020, 117–123.
- Ramcke, Oliver H.:** Die Konkretisierung des Missbrauchsverbots der SE zum Schutz von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer, Berlin, 2015.
- Rebhahn, Robert:** Zur Methodenlehre des Unionsrechts – insbesondere im Privatrecht, *ZfPW* 2016, 281–306.
- Rehberg, Markus:** Die missbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, *ZGR* 2005, 859–893.
- Rieble, Volker:** Schutz vor paritätischer Mitbestimmung, *BB* 2006, 2018–2023.
- Rieble, Volker:** Tendenz-SE, *AG* 2014, 224–232.
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.):** Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin, Boston, 2021.
- Röthel, Anne:** Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen, 2004.
- Sagan, Adam:** The Misuse of a European Company according to Article 11 of the Directive 2001/86/EC, *European Business Law Review* 2010, 15–41.
- Sagan, Adam:** Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Tübingen, 2012, 171–208.
- Sauerbrey, Robert:** Der Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem UmRUG-MitbestG, *GmbHR* 2023, 5–16.
- Schall, Alexander:** Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, *ZfPW* 2018, 176–204.
- Schön, Wolfgang:** Rechtsmissbrauch im europäischen (Steuer-)Recht, *EuZW* 2020, 637–646 und 685–689.
- Schön, Wolfgang:** Missbrauchskontrolle im Europäischen Umwandlungsrecht, in: *Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag*, München, 2020, 879–910.
- Schubert, Claudia:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, *RdA* 2007, 9–17.

**Schubert, Claudia:** Wegfall der Mehrstaatlichkeit der SE und deren Auswirkungen auf die Arbeitnehmerbeteiligung, AG 2020, 205–213.

**Schubert, Claudia:** Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Umwandlung – Arbeitnehmer beteiligen nach Maßgabe des MgVG und des MgFSG, ZFA 2023, 339–366.

**Schubert, Claudia:** Mitbestimmungssicherung bei der SE-Gründung durch Umwandlung – EuGH v. 18. Oktober 2022, C-677/20 (IG-Metall und ver.di), ZGR 2023, 245–259.

**Schwarze, Jürgen:** EU-Kommentar (hrsg. von Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Jürgen/Schwarze, Jürgen), 4. Aufl., Baden-Baden, 2019.

**Selent, Maximilian:** Die Mitbestimmung nach dem Company Law Package aus Perspektive des deutschen Kompromissvorschlags zur europäischen Mitbestimmung, NZG 2018, 1171–1178.

**Sick, Sebastian:** Unternehmensmitbestimmung in Europa – Schutz erworbener Rechte im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempen, Baden-Baden, 2013, 361–383.

**Sick, Sebastian:** Erosion als Herausforderung für die unternehmerische Mitbestimmung, I.M.U. Mitbestimmungsreport 58 (2020), 13–17.

**Sørensen, Karsten Engsig:** Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or merely Rhetoric?, Common Market Law Review 43 (2006), 423–459.

**Stelmaszczyk, Peter:** Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437–2447.

**Teichmann, Christoph:** Neuverhandlung einer SE-Beteiligungsvereinbarung bei strukturellen Veränderungen, in: Festschrift für Hans-Jürgen Hellwig, Köln, 2010, 347–372.

**Teichmann, Christoph:** Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, 242–248.

**Teichmann, Christoph:** Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin, 2020, 1255–1271.

**Teichmann, Christoph:** Der „Zankapfel“ unternehmerische Mitbestimmung im Entstehungsprozess der Mobilitätsrichtlinie 2019, in: Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin, 2020, 395–411.

**Teichmann, Christoph:** Das Konzept des „Rechtsmissbrauchs“ im Europäischen Umwandlungsrecht, ZGR 2022, 376–415.

**Teichmann, Christoph:** Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE), 2022 (hrsg. von der Stiftung Familienunternehmen).

**Theisen, Manuel René/Wenz, Martin (Hrsg.):** Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Stuttgart, 2005.

**Thüsing, Gregor/Peisker, Yannick:** Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Vorhaben – eine verpasste Zusammenführung?, NJOZ 2022, 1377–1380.

**Uffmann, Katharina:** Unternehmensmitbestimmung zwischen Europa und nationalen Wünschen, AG 2022, 427–438.

**Van Hulle, Karel/Maul, Silja/Drinhausen, Florian (Hrsg.):** Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2. Aufl., München, 2022.

**Von der Höh, Reimund Marc:** Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgebung und des Rechtsmissbrauchs, Baden-Baden, 2017.

**Werner, Rüdiger:** Die SE als Instrument zur Einschränkung der Mitbestimmung, NZG 2022, 541–545.

**Wicke, Hartmut:** Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DStR 2018, 2703–2710.

**Wietfeld, Anne Christin:** Die richtlinienkonforme Auslegung – Auslegungsmethode oder Zielvorgabe?, JZ 2020, 485–494.

**Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H.:** Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl., München, 2021.

**Winner, Martin:** Unternehmerische Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umgründungen, in: Festschrift für Franz Marhold, Wien, 2020, 753–762.

**Witschen, Stefan:** Neuverhandlung der Arbeitnehmerbeteiligung nach Gründung einer SE, ZGR 2016, 644–678.

**Witschen, Stefan:** Structural Changes in the European Company (SE), EuZA 2022, 143–165.

**Wollburg, Ralph/Banerjee, Nirmal Robert:** Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277–283.

**Zimmermann, Annette:** Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Münster, 2002 (zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2001).

Das I.M.U. (Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung) berät und qualifiziert Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, Betriebs- und Personalräten sowie Arbeitsdirektorinnen und Arbeitsdirektoren. Demokratie lebt von Mitbestimmung. Wir fördern eine Kultur, in der Menschen sich einbringen, mitentscheiden und mitgestalten können. Im Alltag und am Arbeitsplatz.



## TWITTER

---

Wie wollen wir morgen arbeiten und leben? Wie können wir Mitbestimmung im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung sichern? Mehr Informationen über #zukunftmitbestimmung auf unserem Twitterkanal:

<https://twitter.com/ZukunftMB>



## MITBESTIMMUNGSPORTAL

---

Das Mitbestimmungsportale der Hans-Böckler-Stiftung bietet Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern umfangreiches Orientierungs- und Handlungswissen: aktuell, informativ und passgenau auf Eure Bedürfnisse zugeschnitten.

Jetzt kostenlos auf <https://www.mitbestimmung.de> registrieren und für unseren Newsletter anmelden



## MITBESTIMMUNG DURCH PRAXISWISSEN GESTALTEN

---

Betriebs- und Dienstvereinbarungen zeigen: Betriebliche Praxis gestaltet heute gute Arbeit von morgen. Wir stellen Beispiele vor, bei denen sich Mitbestimmungsakteure und Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auf Regelungen verständigt haben, um Folgen digitaler und technologischer Entwicklungen positiv im Sinne der Beschäftigten mitzubestimmen.

<https://www.boeckler.de/betriebsvereinbarungen>

## IMPRESSUM

### Herausgeber

Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.)  
der Hans-Böckler-Stiftung  
Georg-Glock-Str. 18, 40474 Düsseldorf  
Telefon +49 (2 11) 7778-172

<https://www.mitbestimmung.de>

### Pressekontakt

Rainer Jung, +49 (2 11) 7778-15 0  
[rainer-jung@boeckler.de](mailto:rainer-jung@boeckler.de)

Satz: Yuko Stier

### Redaktion

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.,  
Referatsleiter Unternehmensrecht und Corporate Governance  
Hans-Böckler-Stiftung, Telefon: +49 (211) 7778-257  
[sebastian-sick@boeckler.de](mailto:sebastian-sick@boeckler.de)

### Ausgabe

Mitbestimmungsreport Nr. 77, 08.2023

ISSN 2364-0413



„Eindämmung des ‚Einfriereffekts‘ bei der Europäischen Gesellschaft (se)“ von Rüdiger Krause ist unter der Creative Commons Lizenz Namensnennung 4.0 International lizenziert (by).

Diese Lizenz erlaubt unter Voraussetzung der Namensnennung des Urhebers die Bearbeitung, Vervielfältigung und Verbreitung des Materials in jedem Format oder Medium für beliebige Zwecke, auch kommerziell.

Den vollständigen Lizenztext finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>

Die Bedingungen der Creative Commons Lizenz gelten nur für Originalmaterial. Die Wiederverwendung von Material aus anderen Quellen (gekennzeichnet mit Quellenangabe) wie z. B. von Abbildungen, Tabellen, Fotos und Textauszügen erfordert ggf. weitere Nutzungsgenehmigungen durch den jeweiligen Rechteinhaber.