

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 330

**Die Konkretisierung
des Missbrauchsverbots der SE
zum Schutz von Beteiligungsrechten
der Arbeitnehmer**

Von

Oliver H. Ramcke



Duncker & Humblot · Berlin

OLIVER H. RAMCKE

Die Konkretisierung des Missbrauchsverbots der SE
zum Schutz von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 330

Die Konkretisierung
des Missbrauchsverbots der SE
zum Schutz von Beteiligungsrechten
der Arbeitnehmer

Von

Oliver H. Ramcke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-14610-9 (Print)

ISBN 978-3-428-54610-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84610-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2014 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Dezember 2013 abgeschlossen. Mit der mündlichen Prüfung am 8. Oktober 2014 wurde das Promotionsverfahren abgeschlossen.

Besonders danken möchte ich meinem Doktorvater, Professor Dr. Matthias Jacobs, für seine nachhaltige Förderung. Er hat bereits im Studium meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt. Mit dieser Arbeit hat er mich dazu ermuntert, meinen Blick auch auf die Schnittstellen zum Gesellschafts- und Europarecht zu richten. Meinen Horizont erweitert haben auch dank seiner Anregungen die Teilnahmen an Doktorandenprogrammen wie der internationalen ATLAS Agora und insbesondere dem europarechtlichen Programm PEPP, das mich in vielerlei Hinsicht inspiriert hat.

Außerdem danke ich Professor Dr. Heinz Josef Willemsen für die trotz des Umfangs der Arbeit zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern danke ich für die freundliche Aufnahme in die Reihe „Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht“.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses. Mein Dank gilt ferner den Stiftern Annegret und Claus G. Budelmann und dem Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht an der Bucerius Law School für die Auszeichnung des Werks mit dem Christian Wilde Preis (1. Preis) 2014. Des Weiteren danke ich dem Hamburger Verein für Arbeitsrecht e.V., der die Arbeit mit dem Dissertationspreis 2014 bedacht hat.

Ein großer Dank gilt Melanie Buhk als Teamplayerin bereits im studentischen Moot-Court-Projekt, für die legendären Telko- und Kaffeerunden und nicht zuletzt für die gründliche Durchsicht des Manuskripts. Meinem Bruder Thomas Ramcke danke ich für seinen Humor und sein „let it be“.

Von ganzem Herzen danke ich meinem größten Schatz, Ina Riewert! Ihre einzigartige Liebe und Zuneigung sind mir Ansporn und gaben mir die Kraft zur Vollendung des Werks. Kuss!

Zutiefst danken möchte ich nicht zuletzt meinen Eltern, Mouna und Hubert Ramcke. Sie haben mich bei allen meinen Vorhaben stets bedingungslos unterstützt und mir Mut, Zuversicht und Vertrauen für meinen Weg geschenkt. La vie est belle et je tiens à vous rassurer: Je m'en réjouis!

Hamburg, im Mai 2015

Oliver H. Ramcke

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	27
A. Untersuchungsgegenstand	29
B. Untersuchungsziel	34
C. Untersuchungsang	35

Teil 1

Einführung in die Problematik des „Missbrauchs einer SE“	37
---	----

§ 2 Europäisierung der Arbeitnehmerbeteiligung durch die SE-RL	37
A. Weitreichender Standard deutscher Unternehmensmitbestimmung	38
B. Punktuelle Unionsregelungen über die Arbeitnehmerbeteiligung	39
C. Bereitstellung der SE-Verhandlungslösung	43
D. SE-Beteiligungsmodell als Gesichtspunkt bei der Rechtsformwahl ...	53

Teil 2

Konkretisierung der Missbrauchsschranke des Art. 11 SE-RL	59
--	----

§ 3 Richtlinien-Vorgabe des Art. 11 SE-RL	59
A. Dogmatische Einordnung des Art. 11 SE-RL	59
B. Methodik der Normkonkretisierung zur Ausfüllung des Art. 11 SE-RL	67
C. Ausfüllung des Art. 11 SE-RL mittels Normkonkretisierung	96

Teil 3

Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL durch mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetze	215
---	-----

§ 4 Stand der Umsetzungen des Art. 11 SE-RL in den Mitgliedstaaten ..	216
§ 5 Umsetzung des Art. 11 SE-RL in Deutschland in §§ 43, 45 SEBG ...	218
A. Allgemeines Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	219

B. Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 i. V. m. § 18 Abs. 3 SEBG	280
C. Strafbarkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	310
§ 6 Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL in weiteren Mitgliedstaaten	315
A. Ziel und Nutzen einer rechtsvergleichenden Untersuchung mitgliedstaatlicher Vorschriften zur Umsetzung von Art. 11 SE-RL	315
B. Systematischer Vergleich mitgliedstaatlicher Regelungskonzepte anhand ausgewählter Umsetzungsgesetze	316
§ 7 Schlussfolgerungen aus dem Vergleich mit Konkretisierungen in anderen mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzen	328
A. Lückenfüllung des § 43 SEBG mittels rechtsvergleichender Auslegung	329
B. Vereinbarkeit von §§ 43, 45 SEBG mit Art. 11 SE-RL (<i>de lege lata</i>)	334
C. Vorschlag für eine einheitliche Konkretisierung des Art. 11 SE-RL (<i>de lege ferenda</i>)	353

Teil 4

Konkretisierung des „Missbrauchs der SE“ durch Fallgruppen-Bildung	356
§ 8 Missbrauch durch Maßnahmen bei der Gründung einer SE	356
A. Kein Missbrauch durch Unanwendbarkeit einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Arbeitnehmerbeteiligung in Gesellschaften nationaler Rechtsform	357
B. Missbrauch durch Regelungen in der SE-Satzung	366
C. Missbrauch durch Maßnahmen bezüglich des Verhandlungsverfahrens	378
D. Missbrauch durch Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung	393
E. Missbrauch im Hinblick auf die gesetzliche Auffangregelung	428
F. Missbrauch bei Maßnahmen zur inneren Organisation des SE-Unternehmensorgans	446
§ 9 Missbrauch durch Maßnahmen nach Gründung einer SE	454
A. Veränderungen auf Betriebsebene einer SE	454
B. Veränderungen auf Unternehmensebene einer SE	481

Teil 5

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung	531
§ 10 Thesen	531
A. Thesen zu Teil 2 (Konkretisierung der Missbrauchsschranke des Art. 11 SE-RL)	531

B. Thesen zu Teil 3 (Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL durch mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetze)	539
C. Thesen zu Teil 4 (Konkretisierung des „Missbrauchs einer SE“ durch Fallgruppen-Bildung)	549
Anhang: Mitgliedstaatliche Regelungen zur Umsetzung von Art. 11 SE-RL	559
Literaturverzeichnis	571
Sachverzeichnis	586

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
A. Untersuchungsgegenstand	29
B. Untersuchungsziel	34
C. Untersuchungsgang	35

Teil 1

Einführung in die Problematik des „Missbrauchs einer SE“

37

§ 2 Europäisierung der Arbeitnehmerbeteiligung durch die SE-RL	37
A. Weitreichender Standard deutscher Unternehmensmitbestimmung	38
B. Punktuelle Unionsregelungen über die Arbeitnehmerbeteiligung	39
I. Europäisches Primärrecht	40
II. Richtlinie zum Europäischen Betriebsrat (EBR)	40
III. Richtlinie zur Arbeitnehmer-Unterrichtung	42
IV. Weitere Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer	43
C. Bereitstellung der SE-Verhandlungslösung	43
I. Bedenken einer „Flucht aus der Mitbestimmung“	44
II. Verhandlungsmodell als Kompromisslösung	45
III. Grundzüge des SE-Verhandlungsmodells	46
IV. Export des SE-Modells zur Arbeitnehmerbeteiligung	49
1. Europäische Genossenschaft (SCE)	50
2. Grenzüberschreitende Verschmelzung	50
3. Europäische Privatgesellschaft (SPE)	53
D. SE-Beteiligungsmodell als Gesichtspunkt bei der Rechtsformwahl	53

Teil 2

Konkretisierung der Missbrauchsschranke des Art. 11 SE-RL

59

§ 3 Richtlinien-Vorgabe des Art. 11 SE-RL	59
A. Dogmatische Einordnung des Art. 11 SE-RL	59
I. Doppelter Rechtscharakter des Art. 11 SE-RL	61
1. Formeller Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten	62
2. Materiell ausfüllungsbedürftige europarechtliche Generalklausel	65
II. Ergebnis zur dogmatischen Einordnung des Art. 11 SE-RL	67

B. Methodik der Normkonkretisierung zur Ausfüllung des Art. 11 SE-RL	67
I. Träger der Konkretisierungskompetenz	68
1. Konkretisierungszuständigkeiten im Europarecht	69
2. Konkretisierungskompetenz für sekundärrechtliche Generalklauseln	69
3. Konkretisierungskompetenz für Art. 11 SE-RL	73
a) Grammatikalische Auslegung	74
b) Historische Auslegung	76
aa) Trennung der Rechtsgrundlagen aus politischen Gründen	76
bb) Motive für die Einführung der Missbrauchsklausel	78
cc) Ergebnis zur historischen Auslegung	80
c) Systematische Auslegung	80
aa) Regelungszusammenhang zwischen SE-VO und SE-RL	80
bb) Einheitliche Konkretisierungskompetenz für SE-VO und SE-RL	81
cc) Ergebnis zur systematischen Auslegung	82
d) Teleologische Auslegung	82
aa) Art. 308 EG (jetzt Art. 352 AEUV) als Rechts- grundlage	83
bb) Erwägungsgründe der SE-VO	83
cc) Erwägungsgründe der SE-RL	85
dd) Ergebnis zur teleologischen Auslegung	85
4. Ergebnis zur Konkretisierungskompetenz für Art. 11 SE-RL	86
II. Methodische Vorgehensweise bei der Konkretisierung des Art. 11 SE-RL	86
1. Sicherstellung eines formellen Konkretisierungsverfahrens	87
a) Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH	87
b) Maßgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung für die Mitglied- staaten	88
c) Ergebnis zum formellen Konkretisierungsverfahren	90
2. Instrumente zur und Prozess der Gewinnung materieller Konkretisierungsmaßstäbe für Art. 11 SE-RL	91
a) Schritt 1: Normkonkretisierung des Art. 11 SE-RL	92
aa) Normauslegung anhand unionsrechtlicher Auslegungs- kriterien	92
bb) Insbesondere: Ausfüllung des „Missbrauchs“-Begriffs mit unionsautonomen Konkretisierungsargumenten	93
b) Schritt 2: Entwicklung eines Prüfungsmaßstabs hinsichtlich des „Missbrauchs einer SE“	94
c) Schritt 3: Systematisierung von Fallgruppen des „Missbrauchs einer SE“	96
d) Ergebnis zu den materiellen Konkretisierungsinstrumenten	96

C. Ausfüllung des Art. 11 SE-RL mittels Normkonkretisierung	96
I. Schutzobjekt: Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern	97
1. Begriff der „Arbeitnehmerbeteiligungsrechte“	98
2. Bestandschutzprinzip: Schutz der in beteiligten Gesellschaften bestehenden Beteiligungsrechte	99
3. Beteiligungsrechte bei der SE-Primärgründung	101
a) Primärgründung durch Verschmelzung	101
aa) Beteiligungsrechte in den „beteiligten Gesellschaften“	102
bb) Beteiligungsrechte in Tochtergesellschaften von beteiligten Gesellschaften	102
b) Primärgründung als Holding-SE	104
aa) Beteiligungsrechte in den „beteiligten Gesellschaften“	104
bb) Beteiligungsrechte in Tochtergesellschaften der „beteiligten Gesellschaften“	105
c) Primärgründung als Tochter-SE	105
aa) Beteiligungsrechte in den „beteiligten Gesellschaften“	105
bb) Beteiligungsrechte in der künftigen Tochter-SE	106
d) Primärgründung durch Umwandlung	106
aa) Beteiligungsrechte in der „beteiligten Gesellschaft“ . . .	107
bb) Beteiligungsrechte in „betroffenen Tochter- gesellschaften“	107
e) Ergebnis zum Begriff der „Beteiligungsrechte“ bei SE-Primärgründung	107
4. Beteiligungsrechte nach Primärgründung einer SE	109
a) Beteiligungsrechte von in der gegründeten SE verbleibenden Arbeitnehmern	109
b) Beteiligungsrechte von nach der SE-Gründung einzustellenden Arbeitnehmern	110
c) Beteiligungsrechte von aus der SE ausscheidenden Arbeit- nehmern	111
5. Beteiligungsrechte bei der SE-Sekundärgründung	112
II. Tatbestandlicher Erfolg: Entziehen oder Vorenthalten	116
1. Entziehen, Art. 11 Var. 1 SE-RL	117
a) Wortlaut des Begriffs „Entziehen“	117
b) Historischer Vergleich mit ursprünglichem Begriff der „Wegnahme“	118
c) Systematischer Vergleich mit der „Minderung der Mitbestimmungsrechte“	119
d) Teleologische Auslegung anhand des „Vorher-Nachher- Prinzips“	122
e) Ergebnis zur Konkretisierung des Merkmals „Entziehen“ . .	123
2. Vorenthalten, Art. 11 Var. 2 SE-RL	124
a) Wortlaut des Begriffs „Vorenthalten“	124

b)	Systematischer Vergleich mit der „Minderung der Mitbestimmungsrechte“	125
c)	Teleologische Auslegung anhand des „Vorher-Nachher-Prinzips“	126
d)	Ergebnis zur Konkretisierung des Merkmals „Vorenthalten“	127
III.	Tatbestandliches Verhalten: Missbrauch einer SE	128
1.	Vorgaben durch ein allgemeines Missbrauchsverbot im Unionsrecht	130
a)	Unterschiedliche Anwendungsbereiche in der EuGH-Rechtsprechung	131
aa)	Normumgehung	132
bb)	Normerschleichung	133
b)	Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe des EuGH	133
aa)	Objektiv-subjektiver Prüfungsmaßstab	134
(1)	„Missbräuchliche Praxis“ der Erschleichung von Unionsrecht	134
(2)	„Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken“ zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Beschränkungen des Unionsrechts	135
bb)	Erleichterter Prüfungsmaßstab	136
(1)	„Missbräuchliche Praxis“ der Umgehung von Unionsrecht	136
(2)	„Missbräuchliche Praxis“ auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer	137
c)	Folgen für die Konkretisierung des „Missbrauchs“-Begriffs in Art. 11 SE-RL	138
aa)	Verhältnis zwischen dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz und den ausdrücklich im Sekundärrecht geregelten Missbrauchsverboten	138
(1)	Art. 11 RL 90/434/EWG a.F. (jetzt Art. 15 RL 2009/133/EG)	140
(a)	<i>Leur-Bloem</i> -Entscheidung	141
(b)	<i>Kofoed</i> -Entscheidung	143
(c)	Ergebnis zur Rechtsprechung zu Art. 11 RL 90/434/EWG	144
(d)	Verhältnis von Art. 11 RL 90/434/EWG a.F. und dem allgemeinen unionsrechtlichen Missbrauchsverbot	145
(2)	Art. 4 Abs. 3 VO Nr. 2988/95	146
(3)	Art. 35 RL 2004/38/EG	146
(4)	Art. 13 RL 77/388/EWG a.F.	148
(5)	Ergebnis zum Verhältnis zwischen dem allgemeinen unionsrechtlichen Missbrauchsverbot und im Sekundärrecht kodifizierten Missbrauchsverboten ..	149

bb) Verhältnis zwischen Art. 11 SE-RL und dem allgemeinen unionsrechtlichen Missbrauchsverbot	149
2. Konkretisierungsargumente für den Begriff „Missbrauch einer SE“	150
a) Wortlaut-Konkretisierungsargumente	151
aa) Überschrift des Art. 11 SE-RL: „Verfahrensmissbrauch“	151
bb) Objektiv zweckwidrige Verhaltensweise	152
cc) Abgrenzung zum objektiven Erfolg des Entziehens oder Vorenthaltens	153
dd) Subjektiv zweckwidrige Verhaltensweise	153
ee) Ergebnis zu den Wortlaut-Konkretisierungsargumenten	155
b) Historische Konkretisierungsargumente	156
c) Systematische Konkretisierungsargumente	158
aa) Regelungsort in „Teil III Sonstige Bestimmungen“ der SE-RL	158
bb) Abgrenzung zur „Nichteinhaltung der Richtlinie“	160
cc) Abgrenzung zur „Minderung der Mitbestimmungsrechte“	162
dd) Abgestuftes Schutzkonzept der SE-RL	163
ee) Ergebnis zu den systematischen Konkretisierungsargumenten	166
d) Teleologische Konkretisierungsargumente	166
aa) Förderung der Ziele der Union im sozialen Bereich	167
bb) Ergänzungsfunktion der SE-RL zur SE-VO	169
cc) Gewährleistung grenzüberschreitender betrieblicher Beteiligungsrechte	172
dd) Erhaltung unternehmerischer Beteiligungsrechte	175
ee) Sicherung erworbener Beteiligungsrechte	176
(1) Vorher-Nachher-Prinzip bei der Neugründung einer SE	177
(2) Vorher-Nachher-Prinzip bei strukturellen Veränderungen einer bereits gegründeten SE	178
(a) Literaturauffassungen zur Abgrenzung von Art. 11 SE-RL und „strukturellen Veränderungen“	179
(aa) Einheitliche Betrachtung von Art. 11 SE-RL und ErwG 18 S. 3 SE-RL	180
(bb) „Strukturelle Veränderungen“ als Unterfall des „Missbrauchs“	180
(cc) Bezug zur SE-Gründung als Unterscheidungskriterium	181
(dd) Wechselseitige Ausschließlichkeit von „Missbrauch“ und „strukturellen Veränderungen“	181

(b) Stellungnahme: Unterschiede in zeitlicher und sachlicher Hinsicht	182
ff) Vorrang autonomer Beteiligungsvereinbarungen	185
gg) „Angemessenes Verhältnis“ zwischen Verringerung und Erhaltung von Mitbestimmung	186
hh) Mindeststandard an Beteiligung mittels gesetzlicher Auffangregelung	188
ii) Ergebnis zu den teleologischen Konkretisierungsargumenten	190
3. Prüfungsmaßstab für den „Missbrauch einer SE“	192
a) Vorschlag Sagans für eine Begrenzung auf „rein künstliche Gestaltungen“ und Umgehungen nationaler Rechtsvorschriften	193
b) Vorschlag für einen objektiv-subjektiven Prüfungsmaßstab	194
aa) Objektive Anforderungen	194
(1) Maßnahme der Arbeitgeberseite	195
(2) Zweckwidrigkeit der Maßnahme	195
(a) Zwecke der Maßnahme	195
(b) Zwecke der SE-RL	196
(c) Feststellung der Zweckwidrigkeit im engeren Sinne	197
(aa) Umgehung von Beteiligungsrechte schützenden Normen	199
(bb) Erschleichung einer Flexibilisierung von Beteiligungsrechten	200
(3) Kausalität zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und Erfolg	200
(4) Weitere Prüfungsstufe der Rechtfertigung?	201
(a) Literaturauffassungen	202
(aa) Keine Rechtfertigungsmöglichkeit	202
(bb) Rechtfertigung aus „wirtschaftlichen“ oder „sachlichen“ Gründen	202
(b) Stellungnahme: Keine Rechtfertigungsprüfung	204
bb) Subjektive Anforderungen	205
(1) Grundsätzliche Erforderlichkeit eines subjektiven Elements	205
(2) Anforderungen an den Grad des subjektiven Elements	207
(a) Literaturauffassungen: Von „Bewusstsein“ bis „Absicht“	207
(b) Stellungnahme: Direkter Vorsatz (<i>dolus directus</i> zweiten Grades)	209
c) Zusammenfassung	210

IV. Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten: „Geeignete Maßnahmen im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften“	211
1. Geeignetheit der Maßnahme	211
2. Beachtung des Unionsrechts	212

Teil 3

**Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL
durch mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetze** 215

§ 4 Stand der Umsetzungen des Art. 11 SE-RL in den Mitgliedstaaten . .	216
§ 5 Umsetzung des Art. 11 SE-RL in Deutschland in §§ 43, 45 SEBG	218
A. Allgemeines Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	219
I. Dogmatische Einordnung des § 43 S. 1 SEBG	219
1. Mitgliedstaatliche Generalklausel zur judikativen Konkretisierung	219
2. Literatuffassungen zum „Normgehalt“ des Missbrauchsverbots	221
3. Ergebnis: Eigenständige Funktion des § 43 S. 1 SEBG	223
a) Schranke der Parteiautonomie bei vereinbarter Beteiligung (§§ 21 ff. SEBG)	224
b) Verbot der Umgehung der Beteiligung kraft Gesetzes (§§ 34 ff. SEBG)	225
c) Hinweis-, Klarstellungs- und Warnfunktion	226
II. Reichweite des Regelungsbereichs des § 43 S. 1 SEBG	226
1. Räumlicher Geltungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	227
2. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	227
3. Persönlicher Anwendungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	230
4. Sachlicher Anwendungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	233
5. Ergebnis zum Regelungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	234
III. Tatbestand des § 43 S. 1 SEBG	234
1. Schutzobjekt: Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern	235
a) Begriff der „Arbeitnehmer“ (§ 2 Abs. 1 SEBG)	235
b) Begriff der „Beteiligungsrechte“ (§ 2 Abs. 9 SEBG)	236
aa) Unterrichtung (§ 2 Abs. 10 SEBG), Anhörung (§ 2 Abs. 11 SEBG) und Mitbestimmung (§ 2 Abs. 12 SEBG)	236
bb) Beteiligungsrechte im Bereich der „sonstigen Beteiligung“ (§ 2 Abs. 9 S. 1 Var. 4 SEBG)	237
cc) Wahrnehmung von Beteiligungsrechten in Konzernunternehmen der SE (§ 2 Abs. 9 S. 2 SEBG)	238
2. Tatbestandlicher Erfolg: Entziehen oder Vorenthalten	240
a) Abgrenzung zur „Minderung der Mitbestimmungsrechte“	241
aa) § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG	241

bb) § 15 Abs. 4 Nr. 2 SEBG	242
(1) § 15 Abs. 4 Nr. 2 SEBG als legislative Negativ-Konkretisierung des Art. 11 SE-RL?	243
(2) Literaturauffassungen zur Europarechtskonformität des § 15 Abs. 4 Nr. 2 SEBG	244
(3) Stellungnahme: Konkretisierung von Art. 11 SE-RL	245
cc) Ergebnis zur Abgrenzung zu § 15 Abs. 4 SEBG	246
b) Abgrenzung zur „Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	247
3. Tatbestandliches Verhalten: Missbrauch einer SE	248
IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 43 S. 1 SEBG	249
1. „Verbot“ des Missbrauchs einer SE	249
2. Strafbewehrung in § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	249
3. Weitere Rechtsfolgen i. V. m. allgemeinen Vorschriften	249
4. Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen für die SE-Gesellschaft	251
a) Verstoß gegen § 43 S. 1 SEBG als Grund für die Nichtig- erklärung der SE	251
aa) Verschmelzungsgründung: Art. 30 S. 1 SE-VO	252
bb) Andere Gründungsformen: § 275 Abs. 1 AktG	253
cc) Zwischenergebnis: Kein Nichtigerklärungsgrund	253
b) Verstoß gegen § 43 S. 1 SEBG als Grund für die Auflösung der SE	253
aa) Auflösungsgrund des Art. 30 S. 2 SE-VO	254
bb) Auflösungsgrund des § 262 Abs. 2 AktG i. V. m. § 43 S. 1 SEBG	254
cc) Kein selbständiger Auflösungsgrund	255
dd) Zwischenergebnis: Kein Auflösungsgrund	256
c) Ergebnis zu den gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen	256
5. Registerrechtliche Rechtsfolgen für die SE-Gesellschaft	257
a) Verstoß gegen § 43 S. 1 SEBG kein Lösungsgrund	257
b) Verstoß gegen § 43 S. 1 SEBG als Nichteintragungsgrund	258
aa) Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht	258
bb) Aussetzung des Eintragungsverfahrens durch das Registergericht	259
cc) Ergebnis: Missbrauch als Nichteintragungsgrund	260
c) Ergebnis zu den registerrechtlichen Rechtsfolgen	261
6. Zivilrechtliche Rechtsfolgen im Hinblick auf die Beteiligungs- rechte	262
a) Nichtigkeit einer Beteiligungsvereinbarung nach § 134 BGB i. V. m. § 43 S. 1 SEBG	262
aa) § 43 S. 1 SEBG als „gesetzliches Verbot“ i. S. v. § 134 BGB	263

bb) Beteiligungsvereinbarung als „Rechtsgeschäft“ i. S. v. § 134 BGB	263
cc) Verstoß der Beteiligungsvereinbarung gegen § 43 S. 1 SEBG	264
dd) Vereinbarkeit der Rechtsfolge der Nichtigkeit mit dem Normzweck des § 43 S. 1 SEBG	265
(1) Denkbare Folgen bei Nichtigkeit einer Beteiligungsvereinbarung nach § 134 BGB i. V. m. § 43 S. 1 SEBG	265
(a) Wiederaufnahme des Verhandlungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG analog	265
(b) Beteiligung kraft Gesetzes gem. §§ 22, 34 ff. SEBG	267
(c) Zwischenergebnis: Beteiligung kraft Gesetzes (§§ 22, 34 ff. SEBG)	269
(2) Auslegung des § 43 S. 1 SEBG im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Rechtsfolge der Nichtigkeit der Beteiligungsvereinbarung mit dem Zweck der Verbotsnorm	269
(a) Systematische Auslegung: Strafrechtliche Sanktion des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	270
(b) Teleologische Auslegung	270
ee) Ergebnis zur Nichtigkeit einer Beteiligungsvereinbarung	271
b) Insbesondere: Rechtsfolgen bei Umgehung der Regelungen über die Mitbestimmung kraft Gesetzes (§§ 34 ff. SEBG) ..	272
aa) Unmittelbare Anwendbarkeit des § 134 BGB?	272
bb) Analoge Anwendbarkeit des § 134 BGB?	273
cc) Ergebnis zu den Rechtsfolgen bei Umgehung der Beteiligung kraft Gesetzes	274
c) Schadensersatzansprüche	274
aa) Ersatzfähiger Schaden?	275
(1) Umgehung von § 15 Abs. 3 SEBG	275
(2) Umgehung von § 34 Abs. 1 Nr. 2, 3 SEBG	276
bb) Ergebnis zu Schadensersatzansprüchen	276
d) Selbständiger Unterlassungsanspruch aus § 43 S. 1 SEBG ..	276
e) Verhältnis des § 43 S. 1 SEBG zum Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB)	279
f) Verhältnis des § 43 S. 1 SEBG zur Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	280
B. Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 i. V. m. § 18 Abs. 3 SEBG	280
I. Dogmatische Einordnung des § 43 S. 2 SEBG: Verknüpfung von Art. 11 SE-RL und ErWG 18 S. 3 SE-RL	281
II. Konkretisierung des § 43 S. 2 i. V. m. § 18 Abs. 3 SEBG	284

1. Tatbestand des § 43 S. 2 SEBG	284
a) Stattfinden struktureller Änderungen ohne Durchführung des Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	284
aa) Merkmal der „strukturellen Änderungen“ i. S. v. § 43 S. 2 SEBG	284
(1) Auslegung des Begriffs in § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	285
(a) Wortlaut	286
(b) Historie	287
(c) Systematik	287
(aa) Erstreckung der Grundsätze auf struktu- relle Änderungen (§ 1 Abs. 4 SEBG)	288
(bb) Änderungen der Arbeitnehmerzahl als <i>aliud</i> zu strukturellen Änderungen (§ 5 Abs. 4, § 25 S. 1 SEBG)	289
(cc) Privatautonome Bestimmung von Fällen der Wiederaufnahme (§ 21 Abs. 4 S. 1, Abs. 6 SEBG)	289
(dd) Strafvorschrift des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	291
(ee) Regelbeispiele für „wesentliche Struktur- änderungen“ in § 37 EBRG	292
(d) Telos	294
(2) Konkretisierungsvorschläge in der Literatur hinsichtlich „struktureller Änderungen“ i. S. v. § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	297
(a) Argumente für eine restriktive Auslegung	297
(b) Argumente für eine weite Auslegung	299
(3) Stellungnahme: Konkretisierung des Begriffs „struktureller Änderungen“ i. S. v. § 43 S. 2 SEBG	301
bb) Ausbleiben einer ordnungsgemäßen Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	303
cc) Zeitpunkt des „Stattfindens“ struktureller Änderungen	303
b) Zeitlicher Zusammenhang zwischen SE-Gründung und dem Stattfinden struktureller Änderungen	305
c) Tatbestandlicher Erfolg: Vorenthalten oder Entziehen von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer	305
d) Kausalität zwischen stattgefundenen strukturellen Änderungen und tatbestandlichem Erfolg	306
2. Rechtsfolge des § 43 S. 2 SEBG	306
a) Gesetzliche Rechtsvermutung des Missbrauchs einer SE i. S. v. § 43 S. 1 SEBG	306
b) Widerlegbarkeit der Vermutung	308
3. Ergebnis zur Konkretisierung des § 43 S. 2 SEBG	309

C. Strafbarkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	310
I. Tatbestand	310
1. Tathandlung	310
2. Täterschaft	312
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	313
III. Strafantrag	313
§ 6 Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL in weiteren Mitgliedstaaten	315
A. Ziel und Nutzen einer rechtsvergleichenden Untersuchung mitgliedstaatlicher Vorschriften zur Umsetzung von Art. 11 SE-RL	315
B. Systematischer Vergleich mitgliedstaatlicher Regelungskonzepte anhand ausgewählter Umsetzungsgesetze	316
I. Regelungskonzepte zum „Missbrauch einer SE“	317
1. Typ A1: Verbot des Missbrauchs	317
2. Typ A2: Andere Missbrauchsnormen	318
3. Subjektive Voraussetzungen	320
4. Ergänzende Strafnormen	321
II. Regelungskonzepte zu „strukturellen Veränderungen einer SE“ ..	321
1. Dogmatische Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen „strukturellen Änderungen einer SE“ und „Missbrauch einer SE“	322
a) Typ B1 – Rechtsfolge der Änderung: Neuverhandlungen ..	322
b) Typ B2 – Weitergehende Rechtsfolge der Änderung: SE-Missbrauch	323
2. Inhaltliche Bestimmung „(struktureller)(Ver-)Änderungen der SE“	324
a) Typ C1: Keine legislative Konkretisierung	324
b) Typ C2: Katalogtatbestände	325
c) Typ C3: Bestimmung des Vergleichsmaßstabs	326
3. Rechtfertigung struktureller Änderungen	326
III. Regelungskonzepte zum Verfahren bei einem „Missbrauch einer SE“	327
§ 7 Schlussfolgerungen aus dem Vergleich mit Konkretisierungen in anderen mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzen	328
A. Lückenfüllung des § 43 SEBG mittels rechtsvergleichender Auslegung	329
I. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 43 S. 1 SEBG	329
II. Prüfungsmaßstab des § 43 S. 1 SEBG	330
1. Objektive Anforderungen	330
2. Subjektive Anforderungen	330
III. Rechtfertigungsmöglichkeit bei Verstoß gegen § 43 S. 1 SEBG ..	331
IV. Rechtsfolge des § 43 S. 1 SEBG	332
V. „Strukturelle Änderungen“ i. S. v. § 43 S. 2 SEBG	333

B. Vereinbarkeit von §§ 43, 45 SEBG mit Art. 11 SE-RL (<i>de lege lata</i>)	334
I. Vereinbarkeit des § 43 S. 1 SEBG mit Art. 11 SE-RL	334
1. Missbrauchsverbot als „geeignete Maßnahme“ i. S. v. Art. 11 SE-RL	334
2. Mitgliedstaatliche Generalklausel als Maßnahme „im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften“ i. S. v. Art. 11 SE-RL	335
a) Grundsätzliche Anforderungen an mitgliedstaatliche Umsetzungen von Richtlinien-Generalklauseln	335
aa) Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich der Konkretisierungsart	336
bb) Unionsrechtlicher Grundsatz der Rechtssicherheit	338
b) Ordnungsgemäße Umsetzung mit der Generalklausel des § 43 S. 1 SEBG	338
aa) Keine Vorgabe des Art. 11 SE-RL für die Konkretisierungsart	338
bb) Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit	340
3. Ergebnis	341
II. Vereinbarkeit des § 43 S. 2 SEBG mit Art. 11 SE-RL	341
III. Unvereinbarkeit des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG mit Art. 11 SE-RL	342
1. Strafnorm als „geeignete Maßnahme“ i. S. v. Art. 11 SE-RL	342
2. Vereinbarkeit der Strafnorm mit „gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften“ i. S. v. Art. 11 SE-RL	344
a) Bestimmtheitsgrundsatz	344
aa) Literaturlauffassungen zur Bestimmtheit des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	344
bb) Stellungnahme: Hinreichende Bestimmtheit durch Konkretisierung des § 43 S. 1 SEBG	345
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	348
aa) Geeignetheit	348
bb) Erforderlichkeit	348
cc) Angemessenheit	350
dd) Ergebnis: Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	352
3. Ergebnis: Verstoß gegen „gemeinschaftliche Rechtsvorschriften“	353
C. Vorschlag für eine einheitliche Konkretisierung des Art. 11 SE-RL (<i>de lege ferenda</i>)	353

Teil 4

Konkretisierung des „Missbrauchs der SE“ durch Fallgruppen-Bildung	356
§ 8 Missbrauch durch Maßnahmen bei der Gründung einer SE	356
A. Kein Missbrauch durch Unanwendbarkeit einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Arbeitnehmerbeteiligung in Gesellschaften nationaler Rechtsform	357
I. Kein Missbrauch durch Wegfall von Beteiligungsrechten in den beteiligten Gesellschaften nach nationalem Recht infolge Anwendung der SE-Gesetzgebung auf die SE	357
II. Kein Missbrauch durch Beibehaltung des <i>status quo</i> ohne Beteiligungsrechte in den beteiligten Gesellschaften auch in der SE	358
III. Kein Missbrauch durch Beibehaltung des <i>status quo</i> des bisherigen Niveaus an Beteiligungsrechten in den beteiligten Gesellschaften auch in der SE	360
IV. Kein Missbrauch durch Wegfall von Konzern-Beteiligungsrechten (§ 5 Abs. 1 MitbestG) in den beteiligten Gesellschaften infolge Anwendung der SE-Gesetzgebung auf die SE	363
B. Missbrauch durch Regelungen in der SE-Satzung	366
I. Kein Missbrauch durch „forum shopping“	366
II. Missbrauch im Zusammenhang mit der Wahlfreiheit zwischen dualistischer und monistischer Organisationsstruktur	367
1. Kein Missbrauch durch Wechsel der Organisationsstruktur bei SE-Gründung	367
2. Missbrauch durch Auslagerung der Mitbestimmung aus dem SE-Verwaltungsorgan	368
III. Kein Missbrauch durch quantitative Verringerung der Gesamtzahl der Mitglieder des mitbestimmten SE-Unternehmensorgans	370
IV. Kein Missbrauch durch qualitative Einschränkung von Mitbestimmungsrechten in der Satzung aufgrund Art. 39 Abs. 2 SE-VO	375
C. Missbrauch durch Maßnahmen bezüglich des Verhandlungsverfahrens	378
I. Kein Missbrauch durch Gründung einer Vorrats-SE ohne vorherige Durchführung eines Verhandlungsverfahrens	379
1. Überwiegende Literaturauffassung: Kein Missbrauch durch Gründung als Vorrats-SE	381
2. Rechtsprechung: Unterscheidung nach dem Vorhandensein von Arbeitnehmern in den Gründungsgesellschaften	382
3. Stellungnahme: Kein Missbrauch allein durch Gründung als Vorrats-SE mit weniger als zehn Arbeitnehmern	384
II. Missbrauch durch SE-Gründung mit Arbeitnehmern in nur einem Mitgliedstaat	386
1. Literaturvorschläge für eine teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	387

2.	Stellungnahme: Unterscheidung zwischen mitbestimmungslosen und mitbestimmten Gründungsgesellschaften	388
a)	Kein Missbrauch bei mitbestimmungslosen Gründungsgesellschaften	388
b)	Missbrauch bei mitbestimmter Gründungsgesellschaft	389
III.	Kein Missbrauch durch Umgehung der §§ 4 ff. SEBG mittels Umwandlung einer plc. in eine SE nach vorheriger grenzüberschreitender Einbringung von Betriebsvermögen einer mitbestimmten AG in die plc.	390
D.	Missbrauch durch Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung	393
I.	Umgehung von Beteiligungsrechte schützenden Normen	394
1.	Missbrauch durch Umgehung der Schwellenwerte des § 15 Abs. 3 S. 2 SEBG	394
a)	Keine Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	397
b)	Missbrauch nach § 43 S. 1 SEBG	401
2.	Missbrauch durch Umgehung des besonderen Schutzes nach § 15 Abs. 5 SEBG bei der Umwandlungsgründung	402
a)	Kein Missbrauch durch Wahl der Gründungsvariante der Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1 SE-VO) statt der Umwandlung (Art. 2 Abs. 4 SE-VO)	402
b)	Holding-SE-Gründung durch Konzerntöchter und anschließende Verschmelzung der Konzernmutter auf die Holding-SE statt Umwandlung der Konzernmutter in eine SE („Verdeckte Umwandlung“)	405
aa)	Kein Missbrauch zulasten von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer der Tochter-Gesellschaften als beteiligte Gesellschaften der Holding-SE	407
bb)	Missbrauch zulasten von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer der bisherigen Mutter-AG bei der Verschmelzung auf die Holding-SE	407
3.	Kein Missbrauch durch Begrenzung der Mitbestimmung auf nicht-geschäftsführende Mitglieder des SE-Verwaltungsorgans	408
II.	Erschleichung einer Flexibilisierung von Beteiligungsrechten	413
1.	Missbrauch bei der Verteilung der Arbeitnehmersitze im SE-Unternehmensorgan auf die SE-Belegschaften in den Mitgliedstaaten	413
2.	Kein Missbrauch durch Ausschluss der Entsendung externer Gewerkschaftsvertreter in das SE-Unternehmensorgan	418
3.	Kein Missbrauch durch Wechsel vom Repräsentations- zum Kooperationsmodell	420
a)	Umwandlung mit Wechsel von einer zur anderen Mitbestimmungsform	421
b)	Verschmelzung mit Festlegung einer bestimmten Mitbestimmungsform	423

4. Kein Missbrauch durch Vereinbarung einer Einschränkung des Stimmrechts der Arbeitnehmervertreter im SE-Unternehmensorgan	424
E. Missbrauch im Hinblick auf die gesetzliche Auffangregelung	428
I. Missbrauch durch Umgehung der Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG	428
1. Kurzfristige Absenkung der Arbeitnehmerzahl in der beteiligten Gesellschaft mit anschließender Anhebung der Arbeitnehmerzahl in der SE	428
2. „Verdeckte Umwandlung“	433
II. Missbrauch durch Umgehung der Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	436
1. SE-Gründung mit ausschließlich mitbestimmungslosen Gründungsgesellschaften und anschließender Verschmelzung mitbestimmter Gesellschaften auf die mitbestimmungslose SE	436
2. Umgehung der Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung kraft Gesetzes nach § 34 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	439
III. Missbrauch durch Umgehung des § 35 Abs. 1 SEBG hinsichtlich des Umfangs der Mitbestimmung kraft Gesetzes bei der Umwandlung	443
F. Missbrauch bei Maßnahmen zur inneren Organisation des SE-Unternehmensorgans	446
I. Besetzung von Ausschüssen ohne Arbeitnehmervertreter	447
II. Übertragung von Befugnissen auf Ausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter	451
§ 9 Missbrauch durch Maßnahmen nach Gründung einer SE	454
A. Veränderungen auf Betriebsebene einer SE	454
I. Anstieg der Arbeitnehmerzahl in den Betrieben einer SE	454
1. Neueinstellungen in der SE durch Begründung neuer Arbeitsverhältnisse	454
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	454
aa) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	455
bb) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	457
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	459
2. Betriebs(teil)erwerb der SE mit Betriebsübergang (§ 613 a BGB)	461
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	462
aa) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	462
(1) Keine einheitliche Literaturauffassung zur Frage einer „strukturellen Änderung“ bei Betriebsübergang	462
(2) Stellungnahme: Keine „strukturelle Änderung“ bei Betriebsübergang (§ 613a BGB)	463

bb)	„Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	464
	(1) Keine einheitliche Literaturauffassung zur Frage einer „Eignung zur Minderung der Beteiligungs- rechte“ bei Betriebsübergang	465
	(2) Stellungnahme: Keine „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ bei Betriebsübergang (§ 613 a BGB)	465
cc)	Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchs- vermutung bei Betriebsübergang (§ 613 a BGB)	466
b)	Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	466
aa)	Vereinzelte Annahme eines Missbrauchs durch Betriebsübergang auf die SE	467
bb)	Stellungnahme zu § 43 S. 1 SEBG: Missbrauch bei mehrfachem Betriebsübergang (§ 613a BGB)	467
II.	Absenkung der Arbeitnehmerzahl in den Betrieben einer SE	471
1.	Beendigung von Arbeitsverhältnissen	471
a)	Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG bei Beendi- gung von Arbeitsverhältnissen	471
aa)	Literaturauffassungen zur Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 SEBG bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen	472
bb)	Stellungnahme: Keine Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 SEBG bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen	473
b)	Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	474
2.	Betriebs(teil)veräußerung mit Betriebsübergang (§ 613 a BGB)	475
a)	Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	475
aa)	Keine direkte Anwendung von § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	475
bb)	Keine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG	476
cc)	Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchs- vermutung bei Betriebs(teil)veräußerung mit Betriebs- übergang (§ 613 a BGB)	477
b)	Grundsätzlich kein Missbrauch nach § 43 S. 1 SEBG	477
c)	Ausnahmsweise Missbrauch nach § 43 S. 1 SEBG bei Betriebsübergang auf sekundäre mitbestimmungsfreie SE-Tochter (Art. 3 Abs. 2 SE-VO)	477
III.	Betriebliche Umstrukturierungen durch Verlegung oder Zusammenschluss von Betrieben der SE	479
1.	Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	479
a)	„Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	479
b)	„Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	479
c)	Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchsvermutung bei betrieblichen Umstrukturierungen	480
2.	Kein Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	481
B.	Veränderungen auf Unternehmensebene einer SE	481

I. Veränderungen in der Satzung einer SE	481
1. Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE	481
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	482
aa) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	
bei grenzüberschreitender Sitzverlegung	482
(1) Literaturauffassungen	482
(2) Analogie zu ErWG 21 S. 4, Art. 8 Abs. 2	
Unterabs. 2 SCE-RL	483
(3) Ergebnis: „Strukturelle Änderung“ bei grenzüberschreitender Sitzverlegung	485
bb) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG) bei grenzüberschreitender Sitzverlegung	485
(1) Literaturauffassungen	485
(2) Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. c) SE-VO	486
(3) Ergebnis: Keine „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ bei grenzüberschreitender Sitzverlegung	487
cc) Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchsvermutung	489
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	489
aa) Überwiegende Verneinung eines Missbrauchs bei Sitzverlegung	489
bb) Stellungnahme zur Sitzverlegung: Kein Missbrauch nach § 43 S. 1 SEBG	490
2. Wechsel der Organisationsstruktur einer SE	490
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	491
aa) „Strukturelle Änderung“ bei Wechsel der Organisationsstruktur	491
(1) Uneinigkeit in der Literatur hinsichtlich des Vorliegens einer „strukturellen Änderung“ bei Wechsel der Organisationsstruktur	491
(2) Stellungnahme: „Strukturelle Änderung“ bei Wechsel der Organisationsstruktur	492
bb) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ bei Wechsel der Organisationsstruktur	493
(1) Uneinigkeit in der Literatur zur Frage einer „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ durch einen Wechsel der Organisationsstruktur	493
(2) Stellungnahme: Keine „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ bei Wechsel der Organisationsstruktur	495
cc) Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchsvermutung	496
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	496

II. Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen einer SE	497
1. Beteiligungserwerb durch die SE	497
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	498
aa) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	499
bb) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	500
cc) Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchs- vermutung	503
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	503
2. Beteiligungsveräußerung durch die SE	504
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	504
aa) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	505
bb) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	505
cc) Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG: Keine Missbrauchs- vermutung	506
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	506
III. Gesellschaftsrechtliche Veränderungen der SE	506
1. Veränderungen mit einer SE als aufnehmende Rechtsträgerin	506
a) Verschmelzung einer AG auf eine SE durch Aufnahme	507
b) Spaltung einer AG auf eine SE als übernehmende Rechts- trägerin	509
2. Veränderungen einer mitbestimmten SE mit einer mitbestim- mungslosen Gesellschaft nationaler Rechtsform als aufneh- mende Rechtsträgerin	510
a) Umwandlung einer mitbestimmten SE in eine mit- bestimmungslose Gesellschaft nationaler Rechtsform (Art. 66 Abs. 1 S. 1 SE-VO)	511
aa) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	512
bb) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	513
b) Sonstige Umstrukturierungen einer mitbestimmten SE in eine mitbestimmungslose Gesellschaft nationaler Rechts- form	517
3. „Wirtschaftliche Neugründung“ einer Vorrats-SE	518
a) Missbrauchsvermutung nach § 43 S. 2 SEBG	519
aa) Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	519
(1) „Strukturelle Änderung“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	519
(2) „Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte“ (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG)	521
(3) Zwischenergebnis	521
bb) Analogie zu §§ 1 Abs. 4, 18 Abs. 3 SEBG	522
(1) Begründung der Analogie zur „Verhinderung eines Missbrauchs“	522

(2) Teilweise Ablehnung der Analogie mangels Regelungslücke	523
(3) Stellungnahme: Nachholung nur unter den Voraus- setzungen von § 43 S. 1 SEBG	524
cc) Ergebnis zu § 43 S. 2 SEBG	526
b) Missbrauchsverbot nach § 43 S. 1 SEBG	526
aa) „Entziehen“ von Beteiligungsrechten (§ 43 S. 1 Var. 1 SEBG)	527
bb) „Vorenthalten“ von Beteiligungsrechten (§ 43 S. 1 Var. 2 SEBG)	528
cc) Denkbare Fallgestaltungen bei „wirtschaftlicher Neugründung“	528
(1) SE-Gründung durch arbeitnehmerlose Gesell- schaften und anschließende Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Holding-/Tochter-SE	528
(2) Verzögerte Einstellung von Arbeitnehmern	529
c) Ergebnis zur „wirtschaftlichen Neugründung“ einer Vorrats-SE	529

Teil 5

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung 531

§ 10 Thesen	531
A. Thesen zu Teil 2 (Konkretisierung der Missbrauchsschranke des Art. 11 SE-RL)	531
I. Zur Dogmatischen Einordnung des Art. 11 SE-RL	531
II. Zur Methodik der Normkonkretisierung zur Ausfüllung des Art. 11 SE-RL	531
III. Zur Ausfüllung des Art. 11 SE-RL mittels Normkonkretisierung	532
B. Thesen zu Teil 3 (Legislative Konkretisierungen des Art. 11 SE-RL durch mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetze)	539
I. Zur Umsetzung des Art. 11 SE-RL in Deutschland in §§ 43, 45 SEBG	539
II. Zum Rechtsvergleich der Umsetzungen des Art. 11 SE-RL	543
III. Zu den Schlussfolgerungen aus den mitgliedstaatlichen Konkre- tisierungen des Art. 11 SE-RL	545
C. Thesen zu Teil 4 (Konkretisierung des „Missbrauchs einer SE“ durch Fallgruppen-Bildung)	549
I. Zum Missbrauch bei Gründung der SE	549
II. Zum Missbrauch durch Maßnahmen nach Gründung der SE	554
Anhang: Mitgliedstaatliche Regelungen zur Umsetzung von Art. 11 SE-RL	559
Literaturverzeichnis	571
Sachverzeichnis	586

§ 1 Einleitung

Noch vor ihrer Einführung ist sie als „Flaggschiff des Europäischen Gesellschaftsrechts“¹ betitelt worden: die *Societas Europaea* (SE), auch „Europäische (Aktien-) Gesellschaft“² genannt. Nach ihrer Bereitstellung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR)³ durch Inkrafttreten der SE-VO⁴ und der SE-RL⁵ am 8. Oktober 2004 etabliert⁶ sich die SE entgegen⁷ anfänglicher Skepsis⁸ zunehmend als originär europäische,⁹ grenzüberschreitende¹⁰ Rechts-

¹ Hopt ZIP 1998, 96, 99.

² Vgl. zur Terminologie *Heckschen* in FS Westermann 2008, S. 999, 1000, wonach die SE in den Entwürfen als „Europäische Aktiengesellschaft“ bezeichnet wurde, während die lateinische Bezeichnung „Societas Europaea“ sich korrekterweise nur mit „Europäischer Gesellschaft“ übersetzen lasse, was jedoch nichts daran ändere, dass die SE in ErWG 13 SE-VO – und i.Ü. auch in Art. 1 Abs. 1 SE-VO sowie Art. 1 Abs. 1 SE-RL – ausdrücklich als Aktiengesellschaft bezeichnet wird.

³ Dazu zählen neben den EU-Mitgliedstaaten auch Island, Liechtenstein und Norwegen. Mitgliedstaaten sind daher im Folgenden solche der EU und des EWR (vgl. auch Art. 6 SE-RL, § 3 Abs. 2 SEBG).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO), ABl. Nr. L 294, S. 1.

⁵ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. Nr. L 294, S. 22.

⁶ *Kiem* ZHR 173 (2009), 156, 157; *Hohenstatt/Dzida* in: Henssler/Willemssen/Kalb SEBG Rn 2; vgl. die Übersicht über bereits gegründete SEs unter www.worker-participation.eu/European-Company.

⁷ Vgl. *Feldhaus/Vanscheidt* BB 2008, 2246; *Reichert* in GS Gruson 2009, S. 321, 337 („keinesfalls als ‚praxisuntaugliche Fehlkonstruktion‘ erwiesen“), Fn 75 („Wirklich fehlgeschlagen ist die SE-Gründung bislang nur im Falle der *Zoll Pool Hafen Hamburg SE*“); *Kleinsorge* in: Nagel/Freis/Kleinsorge Einf SE Rn 87; *Teichmann* ZIP 2009, Beil. zu Heft 48, S. 14 („Feuertaufe in der Unternehmenspraxis bestanden“); *Hinrichs/Plitt* NZA 2010, 204.

⁸ Nach *Brandes* ZIP 2008, 2193 galt die SE nach weit verbreiteter Ansicht als „Totgeburt“; vgl. auch *Manz* in: Schwarze, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien 2001, S. 141 („praxisuntaugliche Fehlkonstruktion“).

⁹ *Rehberg* ZGR 2005, 859, 864; *Heckschen* in FS Westermann 2008, S. 999, 1001.

¹⁰ *Teichmann* ZGR 2002, 383, 385, 387 („Supranationale Kapitalgesellschaft“); *Reichert* in GS Gruson 2009, S. 321, 326 („scheinbare Supranationalität“; „Sie ist, auch wenn sie erhebliche Anleihen am jeweiligen nationalen Recht zu machen hat,

form.¹¹ Zunächst bedienten sich Großunternehmen mit bekannten Namen wie MAN, Allianz, Fresenius, Porsche und BASF in Deutschland,¹² SCOR in Frankreich, Elcoteq in Luxemburg und Strabag¹³ in Österreich der „Europa AG“. Mittlerweile erweist sich diese Rechtsform auch als Option für kleine und mittelständische Unternehmen¹⁴ sowie für familiengeführte¹⁵ Betriebe.

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist ein für die SE „zentrales Thema“¹⁶. Unter Mitbestimmung wird allgemein eine Integration der Arbeitnehmer in die Organisationsverfassung der Gesellschaft verstanden.¹⁷ Für die bisher bereits vorhandenen nationalen Rechtsformen wie die AG oder die GmbH wird im deutschen Recht zwischen betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung unterschieden.¹⁸ Die betriebliche Mitbestimmung richtet sich nach dem BetrVG und regelt die Wahrnehmung von Rechten der Arbeitnehmer insbesondere auf Information, Anhörung und Beratung sowie Veto- und Initiativrechte im Betrieb mittels eines Betriebsrats.¹⁹ Unter unternehmerischer Mitbestimmung ist die Mitwirkung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung über die Wahrnehmung von Rechten im Aufsichtsrat zu verstehen, die für die deutschen Rechtsformen wie die AG oder die GmbH unter anderem im MitbestG und im DrittelbetG geregelt ist.²⁰ Für die SE wurde mit der SE-RL der Oberbegriff der

eine grenzüberschreitende europäische Gesellschaftsform.“); *Reichert/Brandes* ZGR 2003, 767 („[...] steht fest, dass die SE nur um den Preis des Verzichts auf eine wirklich supranationale Gesellschaftsform mit einheitlichem Erscheinungsbild das Licht der Welt erblickt hat.“).

¹¹ Für aktuelle Zahlen zu den inzwischen über 2.000 eingetragenen SE-Gesellschaften vgl. den Factsheet des European Trade Union Institute (ETUI) zur European Company Database (ECDB), abrufbar unter: <http://de.worker-participation.eu/Europa-AG-SE/SE-COMPANIES/Facts-and-Figures>.

¹² Vgl. *Reichert* in GS Gruson 2009, S. 321, 322; v. *Rosen* in FS Hopt 2010, S. 1245, 1246; vgl. auch *Nagel* ZIP 2011, 2047, wonach die SE insbesondere von deutschen Unternehmen zunehmend als Rechtsform genutzt wird.

¹³ Dazu *Wagner* EWS 2005, 545, 546.

¹⁴ *Eidenmüller/Engert/Hornuf* AG 2008, 721, 726; *Heckschen* in FS Westermann 2008, S. 999 ff.; *Kleinsorge* in: *Nagel/Freis/Kleinsorge* Einf SE Rn 87; *Reichert* in GS Gruson 2009, S. 321, 322; v. *Rosen* in FS Hopt 2010, S. 1245, 1248; vgl. auch *Blanquet* ZGR 2002, 20, 52.

¹⁵ So etwa der Schuhhändler *Deichmann*, der seit 1.1.2010 als Deichmann SE firmiert; vgl. Pressemitteilung der Deichmann SE v. 10.2.2010, abrufbar unter: http://www.deichmann.de/site/de/presse_unternehmen_1806.php.

¹⁶ *Reichert* in GS Gruson 2009, S. 321, 331.

¹⁷ *Teichmann* AG 2008, 797, 799.

¹⁸ Vgl. *Nikoleyczik/Führ* DStR 2010, 1743.

¹⁹ Vgl. ErfK/*Koch* § 1 BetrVG Rn 2.

²⁰ Vgl. ErfK/*Oetker* MitbestG Einl. Rn 1.

„Arbeitnehmerbeteiligung“ eingeführt, worunter einerseits grenzüberschreitende betriebliche Anhörungs- und Unterrichtsrechte der Arbeitnehmer, andererseits unternehmerische Mitbestimmungsrechte zusammengefasst werden.²¹

A. Untersuchungsgegenstand

Oft ist behauptet²² oder jedenfalls die Frage²³ aufgeworfen worden, ob und inwieweit die Rechtsform der SE es Unternehmen ermöglichen kann, eine Verringerung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu erreichen. Ziel der Dissertation ist es, die bisher unklare²⁴ Reichweite des Verbots des „Missbrauchs einer SE“ zum Schutz der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in Art. 11 SE-RL – im deutschen Recht umgesetzt in § 43 SEBG – zu konkretisieren.

Die dieser Untersuchung zugrundeliegende Fragestellung betrifft das Spannungsverhältnis²⁵ zwischen Gestaltungsfreiheit von Beteiligungsrechten in der SE einerseits und Bestandschutz von in den Gründungsunternehmen der SE bereits existierenden Beteiligungsrechten andererseits, welches in der die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE regelnden SE-RL angelegt ist.²⁶ Das mit der SE-RL bereitgestellte Verhandlungsverfahren über die Arbeitnehmerbeteiligung räumt Arbeitgebern und Arbeitnehmern die *Gestaltungsfreiheit* ein, die Mitbestimmung im Grundsatz privatautonom zu regeln.²⁷

²¹ Ringe Diss. 2006, S. 150; Ringe NZG 2006, 931.

²² Zuletzt etwa Keller/Werner WSI-Mitt. 2009, 416, 421 f. („SE als Vehikel zur Einschränkung bzw. zum Einfrieren von Mitbestimmung“); Nikoleyczik/Führ DStR 2010, 1743; vgl. auch Ege/Grzimek/Schwarzfischer DB 2011, 1205, 1209 („Nutzung einer SE als Vehikel für die Steuerung des Mitbestimmungsniveaus“).

²³ Vgl. Storm The SE 2006, S. 3, 18: „Can employee participation be avoided?“, vgl. auch die von Keller/Werner WSI-Mitt. 2007, 604, 610 aufgeworfene Frage: „Wird die SE möglicherweise genutzt, Arbeitnehmerbeteiligung einzufrieren oder gar einzuschränken?“.

²⁴ Vgl. Joost in: Oetker/Preis, EAS B 8200 Rn 250: „Die Tragweite dieser Bestimmung [des § 43 SEBG in Ausführung von Art. 11 SE-RL; Einfügung durch Verf.] ist reichlich unklar.“; Oetker in: Lutter/Hommelhoff § 43 SEBG Rn 1054: „[...] hat das SEBG ein allgemeines Missbrauchsverbot in das SEBG aufgenommen, dessen Konkretisierung jedoch erhebliche Schwierigkeiten bereitet.“; Schmid Diss. 2010, S. 186: „Unklar ist die Reichweite des Missbrauchstatbestands, weil der Missbrauchs begriff in § 43 S. 1 SEBG, der dem Wortlaut von Art. 11 SE-RL entspricht, unzureichend konkretisiert ist.“.

²⁵ So auch Reichert/Brandes ZGR 2003, 767, 769.

²⁶ Vgl. kritisch Rehberg ZGR 2005, 859, 872; Kisker RdA 2006, 206, 207; Koch Diss. 2010, S. 201.

²⁷ Reichert/Brandes ZGR 2003, 767, 768; Kisker RdA 2006, 206, 207.