

# Europäisches Mitbestimmungsrecht

SE, SCE, SpE, Grenzüberschreitende Verschmelzung

von

Prof. Dr. Björn Gaul, Dr. Daniel Ludwig, Dr. Gerrit Forst, Dermot Fleischmann, Dr. Antje Hoops, Dr. Dirk Jannott,  
Dr. Rainer Kienast, Dr. Michael Kuhnke, Dr. Alexandra Otto, Dr. Björn Otto, Bernd Roock, Jürgen Siemers, Dr.  
Laurenz Voss

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

## F. Die Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG)

- 244 Das SEBG und die SE-Richtlinie sehen vor, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE primär durch eine Vereinbarung zu regeln ist (§ 1 Abs. 2 S. 1 SEBG; Art. 1 Abs. 2, Erwägungsgründe Nr. 7, 8 SE-RL). Durch sie soll ein sinnvoller Ausgleich der in den einzelnen Mitgliedsstaaten bestehenden unterschiedlichen Rechtslagen und eine sachgerechte individuelle Anpassung an die Bedürfnisse und Strukturen der zukünftigen SE erreicht werden.<sup>1</sup>
- 245 Die Vereinbarung wird im SEBG an mehreren Stellen ausdrücklich genannt. Die maßgebliche Norm ist § 21 SEBG. § 21 Abs. 1 SEBG beinhaltet den Grundsatz der Parteiautonomie, der wiederum durch die Vorgaben des Gesetzgebers zur inhaltlichen Ausgestaltung der Vereinbarung eingeschränkt wird (§ 21 Abs. 1 Nr. 1–6 SEBG). Eine weitere Einschränkung erfährt die Parteiautonomie durch § 21 Abs. 6 S. 1 SEBG, wonach in einer durch Umwandlung gegründeten SE die bisherigen Mitbestimmungsstandards der umzuwandelnden Gesellschaft fortgelten sollen. In Ergänzung zu § 21 Abs. 5 SEBG stellen § 21 Abs. 1 Nr. 1 SEBG und § 34 Abs. 1 iVm § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG klar, dass auch die gesetzlichen Auffangregeln ganz oder teilweise zum Inhalt der Vereinbarung gemacht werden können. Unterschieden wird zwischen den Vorgaben, die für die gesamte Beteiligungsvereinbarung von Bedeutung sind (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 und 6, Abs. 4–6 SEBG), den Vorgaben betreffend das Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung (§ 21 Abs. 1 Nr. 2–5, Abs. 2 SEBG) sowie zur Mitbestimmung in den Organen der SE (§ 21 Abs. 3 SEBG).

## I. Grundlagen

### 1. Rechtsnatur

- 246 Die Rechtsnatur der Beteiligungsvereinbarung wird weder durch die SE-Richtlinie noch durch das SEBG ausdrücklich festgelegt. Die Vereinbarung ist mit der herrschenden Meinung als **Kollektivvertrag sui generis** mit normativer Wirkung zu qualifizieren.<sup>2</sup> Alternativ hierzu wird in diesem Zusammenhang eine Einordnung als Tarifvertrag, als Betriebsvereinbarung oder als schuldrechtlicher Vertrag – teilweise mit Wirkung zugunsten Dritter – diskutiert. Eine Qualifikation als Tarifvertrag scheidet jedoch bereits aufgrund des durch § 2 Abs. 1 TVG gesetzlich begrenzten Kreises der Tarifvertragsparteien aus.<sup>3</sup> Ferner sind Arbeitskämpfe zur Erzwingung des Abschlusses einer Beteiligungsvereinbarung nicht zulässig.<sup>4</sup> Eine Einstufung als Betriebs-

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/3405, 51.

<sup>2</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 7; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 21 SEBG Rn. 4; JF/Kienast Kap. 13 Rn. 347; HMD/Köklü 6. Abschn. Rn. 158; LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 16; KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 16; NKK/Freis § 21 SEBG Rn. 4; ähnlich Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 86 ff. („Kollektivvertrag mit Wirkung inter omnes“); anders noch Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 41 ff.

<sup>3</sup> LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 15; MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 6; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 21 SEBG Rn. 4; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 42.

<sup>4</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 6; HMD/Köklü § 6 Rn. 159; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 21 SEBG Rn. 4.

## F. Die Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG)

vereinbarung kommt bereits wegen der fehlenden Vergleichbarkeit von Betriebsrat und besonderem Verhandlungsgremium hinsichtlich Stellung und Funktion nicht in Betracht.<sup>1</sup> Einer Einordnung als schuldrechtlicher Vertrag steht entgegen, dass Pflichten des SE-Betriebsrates oder der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE, also Pflichten unbeteiligter Dritter, nicht durch eine schuldrechtliche Wirkung begründet werden können.<sup>2</sup>

## 2. Formale Aspekte

### a) Maßgebliche Rechtsordnung

Nach § 3 Abs. 1 SEBG Art. 6 SE-RL ist auf die Vereinbarung die Rechtsordnung 247 des Mitgliedsstaates anwendbar, in dem die zukünftige SE ihren **Sitz** hat. Eine hiervon abweichende freie **Rechtswahl** scheidet aus.<sup>3</sup> Die Parteiautonomie der Vereinbarungsparteien wird durch die Vorgaben des SEBG und der SE-RL (→ Rn. 257 ff.) begrenzt, die ausdrücklich die Rechtsordnung des Sitzstaates für maßgeblich erklären.<sup>4</sup> Würde für die Beteiligungsvereinbarung eine andere Rechtsordnung als das Gesellschaftsstatut gelten und würde diese den Vereinbarungsparteien einen größeren Gestaltungsspielraum eröffnen, wäre die Parteiautonomie demnach durch die Vorgaben des zwingenden Gesellschaftsstatutes begrenzt. Bewegt sich die Vereinbarung nicht innerhalb dieser Außenschranken, würde dies uU zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führen (siehe zu den Folgen → Rn. 383 ff.).

### b) Vereinbarungsparteien

Parteien der Vereinbarung sind gem. § 21 Abs. 1 SEBG die **Leitungen** (§ 2 Abs. 5 248 SEBG; → Rn. 683) und das **besondere Verhandlungsgremium**.

Den Leitungen steht es frei, ein **Verhandlungsorgan** zu bilden, das dem besonderen Verhandlungsgremium als Verhandlungspartei gegenübertritt. Dabei können sie 249 sowohl dessen Zusammensetzung und Organisation als auch die Modalitäten einer wirksamen Beschlussfassung autonom festlegen.<sup>5</sup> An die Stelle der Leitungen der Gründungsgesellschaften tritt gem. § 18 Abs. 4 SEBG die **Leitung der SE**, wenn es zur Wiederaufnahme von Verhandlungen aufgrund eines Beschlusses iSv § 16 Abs. 1 S. 1 SEBG gem. § 18 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SEBG oder wegen geplanter struktureller Änderungen gem. § 18 Abs. 3 SEBG kommt.

Im Falle der **Aufnahme von Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG** wegen 250 **geplanter struktureller Änderungen** kann an die Stelle des besonderen Verhandlungsgremiums auch der **SE-Betriebsrat** treten (§ 18 Abs. 3 S. 2 SEBG). Der SE-Betriebsrat kommt als Verhandlungspartei allerdings nur in Betracht, wenn diesbezüglich **Einvernehmen** zwischen der Leitung der SE und dem SE-Betriebsrat besteht.<sup>6</sup> Die

<sup>1</sup> JF/Kienast 13. Kap. Rn. 346; MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 6; LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 15; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 44.

<sup>2</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 6.

<sup>3</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 213; anders noch Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 35, ausgehend von einer Einordnung der Beteiligungsvereinbarung als schuldrechtlicher Vertrag.

<sup>4</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 213.

<sup>5</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 5; JF/Kienast 13. Kap. Rn. 100; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Gesellschaft (SE), S. 77 ff.; Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 131; KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 8.

<sup>6</sup> HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 18 SEBG Rn. 17; MüKoAktG/Jacobs, SEBG § 18 Rn. 20; BT-Drs. 15/3405, 51.

## § 2 Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft

Beteiligung des SE-Betriebsrates hat den Vorteil, dass auf diese Weise der mit der Neubildung des besonderen Verhandlungsgremiums verbundene erhebliche organisatorische Aufwand entfällt.<sup>1</sup> Auf Seiten des SE-Betriebsrats sind die Verhandlungen gemeinsam mit Vertretern der durch die geplante strukturelle Änderung betroffenen Arbeitnehmer zu führen, die bisher nicht von dem SE-Betriebsrat repräsentiert worden sind. Da vom Gesetzgeber nicht geregelt ist, in welchem zahlenmäßigen Umfang die durch die geplante strukturelle Änderung hinzukommenden Arbeitnehmer durch eigene Vertreter repräsentiert werden müssen, bietet es sich an, dies im Rahmen der Entscheidung über die Aufnahme von Verhandlungen mit dem SE-Betriebsrat als Verhandlungspartner zu regeln.<sup>2</sup>

- 251 Der **SE-Betriebsrat** ist ferner Vereinbarungspartei, wenn er vier Jahre nach seiner gesetzlichen Einsetzung den Beschluss fasst, **erneut Verhandlungen** über den Abschluss einer Vereinbarung nach § 21 SEBG aufzunehmen (§ 26 Abs. 2 S. 1 SEBG). Schließlich kann der SE-Betriebsrat als Verhandlungspartei agieren, wenn die Beteiligungsvereinbarung durch Zeitablauf oder Kündigung endet und neue Verhandlungen aufgenommen werden sollen. Allerdings ist dies nur möglich, wenn in der Beteiligungsvereinbarung geregelt ist, dass in diesem Fall der SE-Betriebsrat die neuen Verhandlungen führt.<sup>3</sup> Andernfalls sind die Verhandlungen durch ein neu zu bildendes besonderes Verhandlungsgremium zu führen.

### c) Form und Sprache

- 252 Die Vereinbarung bedarf der **Schriftform** (§ 126 Abs. 1 BGB). Die Anwendbarkeit des § 126 BGB ist jedoch insoweit teleologisch zu reduzieren, als entgegen § 126 Abs. 2 S. 2 BGB zur Wahrung der Schriftform von Verträgen der Austausch einseitig unterzeichneter Urkunden nicht ausreicht. Die Unterschrift muss gemäß § 126 Abs. 2 S. 1 BGB handschriftlich von **beiden Parteien** auf **derselben Urkunde** erfolgen.<sup>4</sup> Hierdurch soll aufgrund der Auswirkungen der Vereinbarung auf die Organisationsstruktur der SE, die Rechtsposition der Arbeitnehmer und schließlich das Gründungsverfahren der SE für Dritte rechtssicher erkennbar sein, ob eine Vereinbarung vorliegt.
- 253 Auf Seiten des besonderen Verhandlungsgremiums kann die Unterzeichnung durch **sämtliche Mitglieder** des besonderen Verhandlungsgremiums erfolgen.<sup>5</sup> Weil der Abschluss der Vereinbarung einen Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums voraussetzt, ist eine Unterzeichnung auch nur durch den **Vorsitzenden** des besonderen Verhandlungsgremiums,<sup>6</sup> dessen **Stellvertreter** oder eine andere **bevollmächtigte Person** ausreichend.<sup>7</sup> Auf Seiten der Gründungsgesellschaften können entweder alle **Leitungen** → Rn. 100f. oder eine von diesen hierzu **bevollmächtigte Person** die Vereinbarung unterzeichnen.

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/3405, 50.

<sup>2</sup> HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 18 SEBG Rn. 17; LH/Oetker § 18 SEBG Rn. 25; HWK/Hohenstatt/Dzida § 18 SEBG Rn. 33.

<sup>3</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 126 ff. mit ausführlicher Begründung.

<sup>4</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 4; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 106; KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 9; LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 12; UHH/Henssler § 21 SEBG Rn. 11.

<sup>5</sup> KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 9; HMD/Köklü 6. Abschn. Rn. 155, die die Unterzeichnung der Vereinbarung durch alle Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums bzw. der für eine Beschlussfassung erforderlichen Mehrheit der Mitglieder empfehlen.

<sup>6</sup> Ebenso MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 4; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 21 SEBG Rn. 3.

<sup>7</sup> Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 105 f.; UHH/Henssler § 21 SEBG Rn. 11.

#### F. Die Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG)

Unabhängig vom Sitz der künftigen SE und der Sprache, welche für die Führung 254 der Verhandlungen gewählt wurde, können die Parteien frei darüber entscheiden, in welcher **Sprache** die Vereinbarung verfasst werden soll.<sup>1</sup> Vorzugswürdig ist es, die Vereinbarung in der **Sprache des Sitzstaates** abzufassen. Zum einen überprüft das Registergericht die Vereinbarung vor der Eintragung, sodass bei einer in anderer Sprache verfassten Vereinbarung zunächst die Übersetzung in die Sprache des Sitzstaates erforderlich wäre.<sup>2</sup> Zum anderen kann im Falle einer planwidrigen Regelungslücke ein Rückgriff auf die Vorschriften der gesetzlichen Auffangregelung erforderlich sein, die sich wiederum nach dem Recht des Sitzstaates richtet. Die Ergänzung einer in anderer Sprache verfassten Vereinbarung würde zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen.<sup>3</sup> Um Streitigkeiten bei der Interpretation der Vereinbarung zu vermeiden, ist auf jeden Fall davon abzuraten, zwei Sprachfassungen in einer Vereinbarung als verbindlich zu erklären.<sup>4</sup>

##### d) Publizität

Während die SE erst mit Eintragung in das Handelsregister ihre Rechtsfähigkeit 255 erlangt (Art. 16 Abs. 1, Art. 12 SE-VO), bedarf es für die Wirksamkeit der Vereinbarung einer solchen Publizierung nicht.<sup>5</sup> Die Vereinbarung ist nicht eintragungspflichtig und somit nicht Bestandteil der Registerunterlagen. Auch eine Veröffentlichung anderer Art, wie zB ein Aushängen der Vereinbarung in den beteiligten Gesellschaften oder betroffenen Tochtergesellschaften an geeigneter Stelle oder die Verschaffung einer sonstigen Kenntnismöglichkeit ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>6</sup>

### 3. Grundsatz der Parteiautonomie und ihre Schranken

##### a) Parteiautonomie

Die in § 21 Abs. 1 SEBG festgelegte Autonomie der Verhandlungsparteien erlaubt, 256 den Inhalt der Beteiligungsvereinbarung weitestgehend frei zu gestalten.<sup>7</sup> Die Parteiautonomie hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung reicht sogar so weit, dass die Parteien wählen können, ob sie überhaupt eine Vereinbarung zur Mitbestimmung treffen oder nicht (→ Rn. 345 ff.). Diese Wahlfreiheit steht den Parteien hinsichtlich der Vereinbarung über die Unterrichts- und Anhörungsrechte hingegen nicht zu (→ Rn. 294 ff.).

##### b) Schranken der Parteiautonomie

Die Parteiautonomie der Vereinbarungsparteien besteht nicht unbeschränkt. Sie 257 findet ihre Schranken sowohl in den Vorgaben der SE-RL und des SEBG (sog. **In-**

<sup>1</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 4; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 107 f.; Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 209.

<sup>2</sup> NFK/Freis § 13 SEBG Rn. 4; UHH/Hensler § 21 SEBG Rn. 11; MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 4; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 108; Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 13.

<sup>3</sup> Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 108; Köln-KommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 10; UHH/Hensler § 21 SEBG Rn. 11.

<sup>4</sup> Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 108.

<sup>5</sup> LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 12.

<sup>6</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 4.

<sup>7</sup> Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 14.

**nenschranken**) als auch in den Vorgaben der SE-VO, des SEAG, des AktG und sonstigen zwingenden nationalen Rechts (sog. **Außenschranken**).

258 Zu den **Innenschranken** zählen die in § 21 Abs. 1–4 SEBG vorgegebenen Regelungsinhalte. Diese Regelungsinhalte erfassen neben allgemeinen Bestimmungen zu Geltungsbereich, Zeitpunkt des Inkrafttretens und Laufzeit der Vereinbarung auch solche Bestimmungen, die sich allein auf die Unterrichtung und Anhörung (§ 21 Abs. 1 Nr. 2–5, Abs. 2 SEBG) oder auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (§ 21 Abs. 3 SEBG) in der SE als solche beziehen. Die Vorgaben in § 21 Abs. 1–3 SEBG sind **zwingende Regelungsinhalte** einer Vereinbarung.<sup>1</sup> Die wesentliche Innenschranke der Parteiautonomie bildet § 21 Abs. 3 S. 1 SEBG. Hiernach muss die Vereinbarung auf die „Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ gerichtet sein. Dabei legitimiert die Vereinbarungsautonomie nicht jegliche Regelung, die die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in irgendeiner Weise betrifft. Der Begriff der „Mitbestimmung“ ist vielmehr im Sinne der Legaldefinition des § 2 Abs. 12 SEBG zu verstehen.<sup>2</sup> Danach muss die Vereinbarung die „Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft“ bezwecken.

Als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks benennt § 2 Abs. 12 SEBG die Wahl oder Bestellung eines Teiles der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft oder die Empfehlung oder Ablehnung der Bestellung eines Teiles oder aller Mitglieder des mitbestimmten Organs. Die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Unternehmensentscheidungen erfolgt jedoch nicht allein durch ihre Repräsentanz im mitbestimmten Organ sowie ihr proportionales Verhältnis zu den Anteilseignern, sondern maßgeblich auch durch ihre Mitwirkung an Beschlüssen dieser Organe durch die Ausübung von Teilnahme- und Stimmrechten.<sup>3</sup> Auch wenn § 2 Abs. 12 SEBG diese Partizipation nicht ausdrücklich benennt, so ergibt sie sich zum einen aus der zwingenden Vorschrift des § 21 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 SEBG, die im Zusammenhang mit §§ 21 Abs. 3 S. 1, 2 Abs. 12 SEBG zu sehen ist und die Rechte der Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Organ als Gegenstand der Mitbestimmung ausdrücklich benennt. Zum anderen befindet sich der die Beteiligungsvereinbarung regelnde § 21 SEBG innerhalb des Kapitels mit der Überschrift „Kapitel 1: Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Vereinbarung“. Unter Beteiligung iSd SEBG ist gemäß § 2 Abs. 8 SEBG „jedes Verfahren [...], durch das die Arbeitnehmervertreter auf die Beschlussfassungen der Gesellschaft Einfluss nehmen können“ zu verstehen.<sup>4</sup>

Das Verhandlungsmandat der SE-RL und damit die Parteiautonomie ist folglich allein auf solche Regelungsgegenstände beschränkt, die der Ausgestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung in der SE iSv § 21 Abs. 3 S. 1 iVm § 2 Abs. 12 SEBG dienen. Die Regelungsinhalte müssen die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer direkt und nicht lediglich reflexartig betreffen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 157; HD/Hohenstatt/Müller-Bonanni § 21 SEBG Rn. 20; KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 44; aA MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 18; differenzierend LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 32; siehe hierzu auch → Rn. 336.

<sup>2</sup> LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 33; Habersack ZHR 171, 2007, 613 (630 f.); Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 115; UHH/Henssler § 21 SEBG Rn. 30.

<sup>3</sup> Habersack AG 2006, 345 (353); Teichmann Der Konzern 2007, 89 (95); Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 115.

<sup>4</sup> Teichmann Der Konzern 2007, 89 (95); Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 115.

<sup>5</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 14; LH/Oetker § 21 SEBG Rn. 33; Hoops, Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 115 f.; UHH/Henssler § 21 SEBG Rn. 30; KölnKommAktG/Feuerborn § 21 SEBG Rn. 45.

#### F. Die Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG)

Zu den **Außenschranken** zählen das Verfassungsrecht, die zwingenden Vorgaben der SE-Verordnung, des SEAG, des Aktiengesetzes sowie sonstiges zwingendes nationales Recht. Zu berücksichtigen sind hier insbesondere das Missbrauchsverbot des § 43 SEBG sowie nationales zwingendes Gesellschaftsrecht. Ferner sind die aus dem Unionsrecht resultierenden Außenschranken zu beachten, insbesondere die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 21 GRC, Art. 18 ff. AEUV).<sup>1</sup>

Ungeachtet der Innen- und Außenschranken der Parteiautonomie findet eine **Inhaltskontrolle** der Vereinbarung mangels Vorliegens eines Kontrollmaßstabs nicht statt.<sup>2</sup>

#### 4. Verhältnis von Beteiligungsvereinbarung und Satzung

Das Verhältnis von Satzung und Beteiligungsvereinbarung ist vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt. Relevant wird die Frage, wenn es zu **Kollisionen** zwischen Satzung und Beteiligungsvereinbarung kommt (→ Rn. 351 ff.).

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass es zu einer Kollision zwischen Satzung und Beteiligungsvereinbarung nur kommen kann, wenn sich Parteiautonomie und Satzungsautonomie überschneiden, sprich wenn der betreffende Regelungsgegenstand grundsätzlich sowohl von der Parteiautonomie als auch von der Satzungsautonomie erfasst ist.<sup>3</sup> Eine Kollision scheidet daher beispielsweise bei Regelungen über die betriebliche Mitbestimmung aus, da diesbezüglich von vornherein keine Satzungsautonomie besteht.<sup>4</sup> Umgekehrt können beispielsweise die Höhe des Grundkapitals, der Unternehmensgegenstand sowie die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder nicht Gegenstand der Beteiligungsvereinbarung sein, da es sich hierbei nicht um mitbestimmungsrelevante Regelungsgegenstände handelt.<sup>5</sup> Der Bereich möglicher Kollisionen ist daher von vornherein begrenzt. In der Praxis wird die Frage meist nur hinsichtlich der Festlegung der Gesamtzahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans diskutiert (→ Rn. 260, 356).

Ist ein Regelungsgegenstand daher sowohl von der Partei als auch von der Satzungsautonomie erfasst und widersprechen sich Beteiligungsvereinbarung und Satzung diesbezüglich, stellt sich die Frage, welche Regelung in diesem Fall Vorrang genießt. Anknüpfungspunkt ist **Art. 12 Abs. 4 SE-VO**, der zum einen festlegt, dass die Satzung zu keinem Zeitpunkt in Widerspruch zu der ausgehandelten Beteiligungsvereinbarung stehen darf und zum anderen anordnet, dass eine widersprüchliche Satzung an die Beteiligungsvereinbarung anzupassen ist.

Art. 12 Abs. 4 SE-VO ist jedoch nicht so zu verstehen, dass die Beteiligungsvereinbarung stets vorrangig ist. Bei Art. 12 Abs. 4 SE-VO handelt es sich vielmehr um eine **Kollisionsnorm**, die den Widerstreit zwischen Parteiautonomie und Satzungsautonomie zugunsten der Parteiautonomie für die Bereiche auflöst, für die der Gesetzgeber auch tatsächlich den Vorrang der Beteiligungsvereinbarung vorsieht.<sup>6</sup> Nur in diesem Fall ist gemäß Art. 12 Abs. 4 SE-VO die Satzung anzupassen.

<sup>1</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 193 ff.

<sup>2</sup> MüKoAktG/Jacobs § 21 SEBG Rn. 14a; Rieble/Junker/Rieble § 3 Rn. 96 ff.

<sup>3</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 94 f.

<sup>4</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 94 f.; Seibt ZIP 2010, 1057 (1060); Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 15.

<sup>5</sup> Habersack ZHR 171, 2007, 613 (630); Seibt ZIP 2010, 1057 (1060); Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 94 f.; HD/Schürmbrand Art. 12 SE-VO Rn. 28.

<sup>6</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 94 f.; Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 16.

## § 2 Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft

Von einem Vorrang der Beteiligungsvereinbarung ist bei den in § 21 SEBG ausdrücklich aufgeführten Regelungsbereichen auszugehen, spricht dann, wenn das Gesetz die Parteien der Beteiligungsvereinbarung ausdrücklich zu einer Regelung in einem bestimmten Bereich ermächtigt.<sup>1</sup> Denn aus der ausdrücklichen Ermächtigung zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit lässt sich der Wille des Gesetzgebers herleiten, dass er die Beteiligungsvereinbarung in diesem Fall für vorrangig hält.<sup>2</sup>

Für alle anderen Regelungsbereiche, die zwar einer Regelung in der Beteiligungsvereinbarung zugänglich sind, hinsichtlich derer jedoch keine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht, ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen der Satzungsautonomie und der Parteiautonomie nach den Grundsätzen der **praktischen Konkordanz** durchzuführen.<sup>3</sup> Dabei hilft eine Abgrenzung zwischen den Regelungen, die inhaltlich in engem Zusammenhang mit den ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen stehen und die daher eine hohe Mitbestimmungsrelevanz aufweisen (sog. Kernbereich) und solchen Regelungen, die inhaltlich zwar noch eine Verbindung zu den gesetzlich geregelten Ermächtigungen erkennen lassen, aber nur noch eine geringe Mitbestimmungsrelevanz aufweisen (sog. Randbereich).<sup>4</sup>

Für Regelungen innerhalb des Kernbereichs ist aufgrund der Nähe zu § 21 SEBG in der Regel anzunehmen, dass die Parteiautonomie hier den Vorrang genießt. Im Randbereich hingegen dürfte die Parteiautonomie nur schwach ausgeprägt sein und daher die Satzungsautonomie vorrangig sein. Die Zuordnung zum Kern- und Randbereich dient lediglich als Hilfe. Eine starre Zuordnung verbietet sich daher. Erforderlich ist somit eine Untersuchung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Regelungen von SE-VO und SE-RL.<sup>5</sup>

265 Führt die Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz zu einem Vorrang der Parteiautonomie, greift Art. 12 Abs. 4 SE-VO und die Satzung ist entsprechend anzupassen. Unterbleibt eine **Anpassung der Satzung**, kann die SE nicht in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>6</sup> Dabei gilt allerdings, dass Art. 12 Abs. 4 SE-VO die Hauptversammlung trotz des Wortlauts („ist anzupassen“) nicht dazu verpflichtet, die Satzung an die Beteiligungsvereinbarung anzupassen, auch wenn sie der Gründung zuvor zugestimmt hatte, um die Eintragung der SE und damit deren Gründung zu ermöglichen,<sup>7</sup> dh die Hauptversammlung kann selbstverständlich von der Gründung wieder absehen.<sup>8</sup> Verstößt dagegen die Beteiligungsvereinbarung gegen die Satzungsautonomie, ist von einer Teilnichtigkeit der Beteiligungsvereinbarung hinsichtlich des betreffenden Regelungsgegenstandes auszugehen.

Im Falle eines **nachträglich eintretenden Konflikts** zwischen Satzung und Beteiligungsvereinbarung, der nach den o.g. Grundsätzen zu Lasten der Satzung aufzulösen ist, ist zu unterscheiden, ob dieser Konflikt auf den Abschluss einer neuen Beteili-

<sup>1</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 95; Seibt ZIP 2010, 1057 (1060); Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 17.

<sup>2</sup> Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 95.

<sup>3</sup> Seibt ZIP 2010, 1057 (1060); Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 79 f., 93 f.; Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 17.

<sup>4</sup> WHSS/Seibt, F 176; Seibt ZIP 2010, 1057 (1060); Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 79 f., 93 f.; Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 17, wobei der Begriff „Kernbereich“ unterschiedlich verwendet wird: Seibt bezeichnet die in § 21 SEBG ausdrücklich genannten Regelungsgegenstände als „Kerngegenstände/Kernfeld“.

<sup>5</sup> Seibt ZIP 2010, 1057 (1060 f.); Forst, Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG, S. 81 f.

<sup>6</sup> Vgl. nur HD/Schiirnd, Art. 12 SE-VO Rn. 34 mwN.

<sup>7</sup> HD/Schiirnd, Art. 12 SE-VO Rn. 30; Göthel/Kuhnke, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, § 48 Rn. 17.

<sup>8</sup> Seibt ZIP 2010, 1057 (1059).

#### F. Die Beteiligungsvereinbarung (§ 21 SEBG)

gungsvereinbarung oder auf eine Satzungsänderung zurückzuführen ist. Im Falle einer **nachträglichen Satzungsänderung**, die im Widerspruch zur Beteiligungsvereinbarung steht, obwohl die Beteiligungsvereinbarung hinsichtlich des betreffenden Regelungsgegenstandes Vorrang genießt, kann die Satzungsänderung wiederum nicht in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>1</sup> Erfolgt die Eintragung gleichwohl, ist die Satzungsänderung gemäß Art. 9 Abs. 1c ii) iVm § 241 Nr. 3 AktG als nichtig anzusehen,<sup>2</sup> wobei jedoch gemäß § 242 Abs. 2 S. 1 AktG nach Ablauf von drei Jahren eine Heilung eintreten kann.<sup>3</sup>

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn eine **neue Beteiligungsvereinbarung** abgeschlossen wird, zB infolge des Auslaufens einer bereits bestehenden Vereinbarung oder nach strukturellen Änderungen (vgl. § 18 Abs. 3 SEBG) und die Beteiligungsvereinbarung Vorrang genießt. Aus Art. 12 Abs. 4 S. 2 SE-VO ergibt sich wiederum, dass die Satzung anzupassen ist. Allerdings folgt aus Art. 12 Abs. 4 S. 2 SE-VO keine Verpflichtung der Aktionäre, einem Anpassungsbeschluss in einer Hauptversammlung zuzustimmen.<sup>4</sup> Unterbleibt eine solche Anpassung jedoch, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. In Anlehnung an das Ergebnis im Falle einer nachträglichen Satzungsänderung, kommt zunächst eine Nichtigkeit der Satzung in Betracht. Dies widerspricht allerdings der Organisationsverfassung der SE, da sich andernfalls die Leitungen durch Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung im Sinne eines Vertrages zu Lasten Dritter über die Zuständigkeit des Satzungsgebers hinwegsetzen könnten. Daher wird vertreten, dass in einer solchen Konstellation von einer (Teil-)Unwirksamkeit der neuen Beteiligungsvereinbarung auszugehen ist.<sup>5</sup> Auch dieses Ergebnis erscheint jedoch unbefriedigend, da hiermit die Regelungsautonomie der Parteien der Beteiligungsvereinbarung eingeschränkt wird, obwohl diese im betreffenden Fall Vorrang vor der Satzungsautonomie genießt. Eine alternative Lösung könnte daher darin bestehen, die Satzung zwar fortgelten zu lassen, aber gleichzeitig der Arbeitnehmerseite einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Anwendung der betreffenden Satzungsregelung einzuräumen, solange die Satzung nicht angepasst wird. In der Praxis dürfte diese Konstellation jedoch ohnehin kaum auftreten, da das Leitungsorgan der SE den Abschluss der neuen Beteiligungsvereinbarung regelmäßig unter den Vorbehalt der Zustimmung der Hauptversammlung stellen wird,<sup>6</sup> und zwar insbesondere dann, wenn durch die neue Vereinbarung von bisherigen Satzungsregelungen abgewichen werden soll.

In der Literatur wird das Verhältnis von Beteiligungsvereinbarung und Satzung insbesondere im Zusammenhang mit der Festlegung der **Gesamtzahl der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans** behandelt (→ Rn. 356). Die Frage, ob die Satzung gemäß Art. 12 Abs. 4 SE-VO entsprechend anzupassen ist, wenn die Beteiligungsvereinbarung die Größe des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans abweichend von der Satzung regelt, stellt sich jedoch nur, wenn man davon ausgeht, dass die Parteiautonomie sich auch auf die Regelung der Größe des Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgans erstreckt. Lehnt man eine derartige Regelungskompetenz von vorn-

<sup>1</sup> HD/Schürnbrand, Art. 12 SE-VO Rn. 37; LH/Seibt, Art. 12 SE-VO Rn. 34; Spindler/Stilz/Caspar, Art. 12 SE-VO Rn. 26.

<sup>2</sup> HD/Schürnbrand, Art. 12 SE-VO Rn. 37; LH/Seibt, Art. 12 SE-VO Rn. 34; Spindler/Stilz/Caspar, Art. 12 SE-VO Rn. 26.

<sup>3</sup> HD/Schürnbrand, Art. 12 SE-VO Rn. 37; Spindler/Stilz/Caspar, Art. 12 SE-VO Rn. 26.

<sup>4</sup> HD/Schürnbrand, Art. 12 SE-VO Rn. 36; LH/Seibt, Art. 12 SE-VO Rn. 33; Spindler/Stilz/Caspar, Art. 12 SE-VO Rn. 25.

<sup>5</sup> HD/Schürnbrand, Art. 12 SE-VO Rn. 36; LH/Seibt, Art. 12 SE-VO Rn. 33; Spindler/Stilz/Caspar, Art. 12 SE-VO Rn. 25.

<sup>6</sup> LH/Seibt, Art. 12 SE-VO Rn. 33.