

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	31
-----------------------------	----

## § 1 Deutsches und unionsrechtliches

<b>Unternehmensmitbestimmungsrecht .....</b>	<b>35</b>
A. Unternehmensmitbestimmung nach (originär) deutschem Recht .....	35
I. Begrenzung der Untersuchung auf die Unternehmensmitbestimmung in Bezug auf die Mitbestimmungsquote .....	35
II. MitbestG, DrittelbG, Montan-MitbestG .....	36
1. Überblick: Abgestuftes Mitbestimmungssystem in Deutschland .....	36
2. Besondere Zurechnungsvorschriften für KG und Konzern .....	36
a. Zurechnung der Arbeitnehmer einer KG zur Komplementärin nach § 4 Abs. 1 MitbestG .....	36
b. Zurechnung der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften zur Obergesellschaft im Konzern .....	37
3. Mitbestimmungsfreiheit für Tendenzunternehmen .....	38
4. Montanmitbestimmung .....	39
III. Mitbestimmungsbeibehaltungsvorschriften .....	39
1. Punktueller Bestandsschutz bei Abspaltung oder Ausgliederung nach § 325 Abs. 1 UmwG .....	39
2. Montan-Mitbestimmungsbeibehaltung .....	40
B. Unternehmensmitbestimmung in der SE .....	40
I. Rechtlicher Rahmen .....	40
1. Überblick über SEBG und SE-RL .....	40
2. Entwicklung der SE-RL .....	41
a. Die ersten erfolglosen Verordnungsentwürfe bis zum Jahr 1975 .....	41
b. Trennung zwischen gesellschaftsrechtlicher Verordnung und mitbestimmungsrechtlicher Richtlinie ab 1989 .....	42

c.	Einführung der vorrangigen Verhandlungslösung mit Auffanglösung durch den Davignon-Bericht im Jahr 1997	43
d.	Verabschiedung der SE-VO und der SE-RL in Nizza im Jahr 2001 .....	44
3.	Die Einführung der Missbrauchsklausel in Art. 11 SE-RL .....	45
a.	Davignon-Bericht: Verzicht auf die Gründungsform der formwechselnden Umwandlung zur Mitbestimmungssicherung .....	45
b.	Britischer Kompromissvorschlag: Einführung des Vorher-Nachher-Prinzips .....	46
c.	Österreichischer Kompromissvorschlag: Einführung einer Vorschrift gegen „Verfahrensmißbrauch“ .....	47
4.	Umsetzungsprozess in Deutschland .....	48
5.	Zielsetzung der SE-VO und der SE-RL bzw. des SEBG .....	51
a.	Zielsetzung der SE-VO und Abhängigkeit von der SE-RL	51
b.	Zielsetzung der SE-RL und des SEBG .....	51
II.	Entstehungswege der SE .....	52
1.	Gründung durch Verschmelzung .....	52
2.	Gründung einer Holding-SE .....	52
3.	Gründung einer Tochter-SE .....	53
4.	Formwechselnde Umwandlung in eine SE .....	53
5.	Gründung einer SE-Tochter .....	54
III.	Vorrangige Verhandlungslösung zur Regelung der Mitbestimmung .....	54
1.	Bedeutung des Verhandlungsverfahrens für die Gründung der SE .....	54
2.	Einsetzung eines besonderen Verhandlungsgremiums .....	55
3.	Durchführung der Verhandlungen .....	56
4.	Mögliche Verhandlungsausgänge .....	56
a.	Abschluss einer (auch Mitbestimmungsrechte vermindernden) Mitbestimmungsvereinbarung .....	56
b.	Abbruch- oder Nichtaufnahmebeschluss .....	57
5.	Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 SEBG .....	58
a.	Wiederaufnahme der Verhandlungen nach Abbruch- oder Nichtaufnahmebeschluss .....	58

b.	Wiederaufnahme der Verhandlungen infolge geplanter struktureller Änderungen .....	58
6.	Beteiligungsverfahren bei der Sekundärgründung einer SE? .....	59
a.	Teleologische Auslegung: Reichweite des Schutzzwecks der SE-RL .....	59
b.	Systematische Auslegung: Differenzierung der SE-VO und der SE-RL zwischen Primär- und Sekundärgründung .....	60
c.	Wesen des Vorher-Nachher-Prinzips: Einmaliger Bestandsschutz für mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht .....	60
d.	Schutzzweck der SE-VO: Gewährleistung unternehmerischer Gestaltungsfreiheit .....	61
e.	Abschließender Schutz durch §§ 18 Abs. 3, 43 SEBG .....	62
IV.	Gesetzliche Auffanglösung zur Unternehmensmitbestimmung .....	63
1.	Allgemeine Voraussetzungen der Anwendbarkeit der gesetzlichen Auffanglösung .....	63
2.	Besondere Anwendbarkeitsvoraussetzungen je nach Gründungsform .....	63
a.	Formwechselnde Umwandlung in eine SE .....	63
b.	Gründung durch Verschmelzung .....	64
c.	Gründung einer Holding-SE oder einer Tochter-SE .....	64
d.	Berücksichtigung kraft Konzernzurechnung bestehender Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in Tochtergesellschaften .....	64
e.	Berücksichtigung kraft § 4 Abs. 1 MitbestG bestehender Beteiligungsrechte in der KG .....	66
3.	Umfang der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte .....	67
a.	Maßgeblichkeit der Mitbestimmungsquote .....	67
b.	Maßgeblichkeit der Gründungsform .....	68
c.	Normierte oder tatsächliche Mitbestimmung als Anknüpfungspunkt? .....	69
aa.	Wertung des § 96 Abs. 4 AktG .....	69
bb.	Wertung der SE-RL .....	70
cc.	Tatsächliche Mitbestimmung unter Vorbehalt eines Statusverfahrens .....	71

dd. Folge: Neuverhandlungen nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog bei erfolgreichem Statusverfahren nach Beendigung der Verhandlungsphase .....	72
[1] Regelungslücke bei erfolgreich beendetem Statusverfahren nach Beendigung der Verhandlungsphase .....	72
[a] Keine Regelung in § 18 Abs. 1 oder Abs. 3 SEBG .....	72
[b] Keine Abhilfe durch das Registergericht bei erfolgreicher Beendigung des Statusverfahrens vor Eintragung der SE .....	73
[2] Planwidrigkeit der Regelungslücke .....	74
[3] Vergleichbare Interessenlage .....	75
[4] Abwägung der betroffenen Interessen .....	76
d. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Eingreifen des Konservierungseffekts .....	77
aa. Zeitpunkt der Eintragung der SE .....	77
bb. Zeitpunkt des Endes der Verhandlungsphase .....	77
[1] Abhängigkeit der Verhandlungen vom Inhalt der Auffangregelung .....	78
[2] Wertung des § 5 Abs. 4 SEBG .....	78
[3] Folgebetrachtung: Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Mitbestimmung kraft Auffangregelung und Mitbestimmung kraft Vereinbarung .....	78
cc. Erforderliche Beschränkung der Kontrolle des Mitbestimmungsniveaus im Statusverfahren auf den Zeitpunkt des Endes der Verhandlungsphase .....	79
4. Entscheidung über die Form der Mitbestimmung .....	80
5. Sitzverteilung unter den Mitgliedstaaten und Besetzung der zugewiesenen Sitze .....	80
V. Zusammenfassung .....	81
C. Sonstiges Unternehmensmitbestimmungsrecht .....	82
I. Unternehmensmitbestimmung in der SCE .....	82

II.	Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen .....	83
1.	Richtlinienentwicklung im Bereich grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften .....	83
2.	Mitbestimmung in der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft .....	83
a.	Anwendbarkeit des Mitbestimmungsrechts des Sitzstaats .....	83
b.	Vorrangiges Verhandlungsmodell mit Auffanglösung .....	84
c.	Ausgestaltung der gesetzlichen Auffangregelung .....	85
3.	Die SE als an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft .....	85
4.	Mitbestimmungsbeibehaltung bei nachfolgender innerstaatlicher Verschmelzung .....	86
III.	Mitbestimmungsbeibehaltung bei grenzüberschreitendem Austausch von Anteilen und Einbringung von Unternehmensteilen .....	87
IV.	Ausblick: Mögliche Vereinheitlichung des Mitbestimmungsrechts bei grenzüberschreitenden Umwandlungen durch den Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	88
1.	Kein absehbarer Konsens über die Einführung eines einheitlichen europäischen Mitbestimmungsrechts .....	88
2.	Ausbleibende Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen .....	89
3.	Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen .....	90
a.	Zielsetzung des Richtlinienentwurfs mit Blick auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer .....	90
b.	Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung .....	91
aa.	Anwendbarkeit des Mitbestimmungsrechts des Sitzstaats .....	91
bb.	Anwendbarkeit des Verhandlungsmodells mit Auffanglösung .....	91
cc.	Durchführung des Verhandlungsverfahrens .....	92

dd. Ausgestaltung der gesetzlichen Auffangregelung .....	92
c. Mitbestimmungsbeibehaltung bei nachfolgenden grenzüberschreitenden oder innerstaatlichen Umwandlungsmaßnahmen .....	93
d. Vorkehrungen gegen Rechtsmissbrauch (präventiver Ansatz) .....	93
e. Erweiterung der Mitbestimmungsbeibehaltung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen .....	95

## **§ 2 Bedeutung der SE für die mitbestimmungsrelevante Umstrukturierung von Unternehmen .....**

A. Veränderung der Mitbestimmungsquote ohne Einsatz einer SE .....	97
I. Bestehende Mitbestimmungsvermeidungsstrategien .....	97
1. Wechsel in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform .....	97
a. Innerdeutscher Wechsel der Rechtsform .....	97
b. Grenzüberschreitender Wechsel der Rechtsform innerhalb der EU .....	98
aa. Verschmelzung von Kapitalgesellschaften .....	98
bb. Umwandlungsmöglichkeiten im Übrigen nach geltender Rechtslage .....	99
[1] Uneingeschränkte Möglichkeit der Durch- führung grenzüberschreitender Formwechsel und Spaltungen .....	100
[2] Insbesondere: Entbehrlichkeit der Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sitzstaat .....	101
cc. Umwandlungsmöglichkeiten im Übrigen nach dem Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	102
2. Steuerung der Arbeitnehmerzahl .....	103
a. Reduzierung der Arbeitnehmerzahl durch Stellenabbau oder Vermeidung des Stellenausbaus .....	103
b. Reduzierung der Arbeitnehmerzahl durch Betriebsübertragungen (innerstaatlich und grenzüberschreitend) .....	104

aa.	Reduzierung der Arbeitnehmerzahl im Wege des „Asset Deals“ .....	104
bb.	Ungeeignetheit des „Share Deals“ zur Reduzierung der Arbeitnehmerzahl .....	105
c.	Reduzierung der Arbeitnehmerzahl durch Abschluss unechter Betriebsführungsverträge .....	105
d.	Steuerung der Arbeitnehmerzahl durch grenzüberschreitende Betriebsverlagerungen .....	106
3.	Vermeidung der Zurechnungsvorschriften nach § 2 DrittelbG und §§ 4, 5 MitbestG .....	107
a.	Vermeidung der Konzernzurechnungsvorschriften .....	107
aa.	Beendigung des Konzernverhältnisses .....	107
bb.	Speziell im Anwendungsbereich des DrittelbG: Aufspaltung in einen faktischen Konzern .....	108
cc.	Verlassen des räumlichen Anwendungsbereichs deutscher Mitbestimmungsgesetze durch die Tochter- oder Obergesellschaft .....	108
dd.	Verlassen des sachlichen Anwendungsbereichs deutscher Mitbestimmungsgesetze durch die Obergesellschaft .....	109
ee.	Gänzlicher Verzicht auf inländische Tochtergesellschaften zur Vermeidung des § 5 Abs. 3 MitbestG .....	109
b.	Vermeidung der Zurechnung innerhalb der Kapitalgesellschaft & Co. KG .....	110
aa.	Einsatz einer ausländischen Komplementärgesellschaft .....	110
bb.	Beseitigung der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG erforderlichen Mehrheitsverhältnisse .....	111
II.	Rechtmäßigkeit der bestehenden Mitbestimmungsvermeidungsstrategien .....	111
1.	Zulässigkeit der Mitbestimmungsvermeidung nach deutschem Recht .....	111
a.	Wertungen der deutschen Mitbestimmungsgesetze .....	111
b.	Wertungen des Umwandlungsgesetzes .....	113
c.	Möglicher Rechtsmissbrauchseinwand? .....	114

2.	Zulässigkeit der Mitbestimmungsvermeidung nach Unionsrecht .....	115
a.	EuGH: Fast uneingeschränkte Anerkennung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit .....	115
b.	Wertungen des unionsrechtlichen Mitbestimmungsrechts .....	117
c.	Mögliche zukünftige Entwicklungen durch den Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	117
3.	Zusammenfassung .....	118
III.	Zwischenergebnis: Entbehrlichkeit der SE für die Veränderung der Mitbestimmungsquote .....	119
B.	Veränderung der Mitbestimmungsquote unter Einsatz einer SE .....	120
I.	Konservierung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo .....	120
1.	Konservierung des Mitbestimmungsstatuts ohne Vorbereitungshandlungen .....	120
a.	Konservierungseffekt als Gründungsmotiv .....	120
b.	Gründung der SE vor dem Überschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte .....	121
c.	Gründung der SE vor dem Verlust des Tendenzschutzes .....	121
d.	Gründung der SE vor der gesetzesmäßigen Anpassung der Aufsichtsratsbesetzung? .....	122
2.	Konservierung des Mitbestimmungsstatuts mit Vorbereitungshandlungen .....	122
a.	Mehrstufigkeit der Umstrukturierungen als ihr besonderes Merkmal .....	122
b.	Beispiel: Übernahme einer deutschen Gesellschaft durch mitbestimmungsfreie EU-ausländische Gesellschaft mit anschließender Umwandlung in die SE	123
II.	Veränderung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo durch mehrstufige Umstrukturierungsmaßnahmen .....	123
1.	Bildung einer mitbestimmungsfreien Konzernspitze .....	124
a.	Repositionierung einer konzerninternen Tochtergesellschaft .....	124
b.	Verschmelzung der ehemaligen Obergesellschaft auf die repositionierte Tochtergesellschaft .....	125

c. Erwerb einer Konzernobergesellschaft durch eine (Vorrats-)SE .....	125
d. Erwerb der Tochtergesellschaften durch eine (Vorrats-)SE .....	125
2. Errichtung einer SE & Co. KG .....	126
a. Bestellung einer (Vorrats-)SE als Komplementärin .....	126
b. Nachfolgende Umstrukturierung der SE & Co. KG zur SE .....	127
C. Mehrwert der SE für die Mitbestimmungsvermeidung .....	127
I. Qualitativer Mehrwert der SE für die Mitbestimmungsvermeidung durch uneingeschränkten Zementierungseffekt .....	128
II. Quantitativer Mehrwert der SE für die Mitbestimmungsverringerung oder -abschaffung .....	129
D. Ergebnis .....	129
I. Potenzielle Verstöße gegen § 43 SEBG und Identifikation erheblicher Interpretationsfragen .....	129
1. Präventive Gründung der SE zur Mitbestimmungskonservierung (mit oder ohne Vorbereitungshandlungen) .....	129
2. Veränderung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo durch mehrstufige Umstrukturierungsmaßnahmen .....	130
II. Zusammenfassende Aufstellung der Interpretationsaufgaben im Anwendungsbereich des § 43 SEBG .....	131
<b>§ 3 Einfluss unionsrechtlicher Vorgaben auf die Interpretation von § 43 SEBG .....</b>	<b>133</b>
A. Erfordernis richtlinienkonformer Interpretation des § 43 SEBG .....	133
I. Grad der Interpretationsbedürftigkeit des § 43 SEBG .....	133
1. Auslegung und Konkretisierung als unterschiedliche Interpretationsmethoden .....	133
a. Grenzen der Interpretationsmethode der Auslegung .....	133
b. Konkretisierung jenseits der Grenzen der Auslegung .....	134
c. Generalklauseln als ein Beispiel konkretisierungsbedürftiger Normen .....	135

2.	Konkretisierungsbedürfnis der Tatbestandsmerkmale des § 43 SEBG .....	135
a.	Ausfüllung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale .....	136
b.	Insbesondere: Ausgleich der Ziele der SE-RL und der SE-VO .....	136
3.	Konkretisierungsbedürfnis der Rechtsfolgenseite des § 43 SEBG .....	137
II.	Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Interpretation von Umsetzungsgesetzen .....	137
1.	Richtlinienkonforme Auslegung und Konkretisierung von Umsetzungsgesetzen .....	137
2.	Besonderheiten richtlinienkonformer Interpretation mitgliedstaatlicher Umsetzungsgesetze .....	139
a.	EuGH: Sinn und Zweck der Richtlinie als Schwerpunkt der Auslegung .....	139
b.	Berücksichtigung des Art. 11 SE-RL im Rahmen der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung des § 43 SEBG .....	139
B.	Erfordernis unionsrechtsautonomer Interpretation des Art. 11 SE-RL .....	140
I.	Grad der Interpretationsbedürftigkeit des Art. 11 SE-RL .....	140
1.	(Partielle) Unergiebigkeit der Auslegung des Art. 11 SE-RL auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite .....	140
a.	Unbestimmte wertausfüllungsbedürftige Begriffe auf Tatbestandsseite .....	140
b.	Gestaltungsauftrag auf Rechtsfolgenseite .....	141
2.	Bedürfnis einer Referenzordnung für das Treffen von Wertentscheidungen .....	141
3.	Art. 11 SE-RL als konkretisierungsbedürftige Generalklausel im unionsrechtlichen Sinn .....	142
II.	Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Interpretation unionsrechtlicher Vorschriften .....	143
1.	Unionsrechtsautonome Auslegung unionsrechtlicher Vorgaben durch mitgliedstaatliche Gerichte .....	143
2.	Besondere Berücksichtigung des Regelungszwecks und der Systematik der Unionsvorschrift .....	144

3.	Berücksichtigung des Effektivitätsprinzips (Art. 4 Abs. 3 EUV) und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	145
a.	Pflicht zur Berücksichtigung des effet utile im Rahmen der teleologischen Auslegung .....	145
b.	Grenze des Effektivitätsprinzips: Verhältnismäßigkeit .....	146
c.	Konkretisierung der Rechtsfolgen des Art. 11 SE-RL unter Berücksichtigung des Effektivitätsprinzips .....	147
4.	Berücksichtigung von Regelungsvorschlägen und Entwürfen .....	148
III.	Bestimmung des anzuwendenden Konkretisierungsmaßstabs: Unionsrechtsautonome Konkretisierung des Art. 11 SE-RL? .....	149
1.	Anzuwendender Konkretisierungsmaßstab in Abhängigkeit der Konkretisierungshoheit .....	150
2.	Konkretisierungsakteure unionsrechtlicher Generalklauseln .....	150
a.	Konkretisierungskompetenz der mitgliedstaatlichen Legislative und Judikative .....	150
b.	§ 43 SEBG als (unvollständige) legislative Konkretisierung des Art. 11 SE-RL .....	151
c.	Konkretisierungskompetenz des EuGH .....	152
3.	Konkretisierungshoheit des EuGH? .....	152
a.	Integrationswirkung einer Konkretisierungshoheit des EuGH .....	152
b.	Charakter der Richtlinienvorschrift als Generalklausel ....	153
c.	Bedeutung der Vorlagepflicht für die Konkretisierungshoheit des EuGH .....	153
aa.	Reichweite der Vorlagepflicht .....	153
bb.	Rechtliche Beschränkung der Jurisdiktion des EuGH .....	154
cc.	Tatsächliche Beschränkung der Jurisdiktion des EuGH .....	155
d.	Abwesenheit von Referenzordnung und normativem Wertungsrahmen .....	155
aa.	Mögliche Kompetenzdelegation an mitgliedstaatliche Gerichte .....	156

bb. Unionsrechtliches Mitbestimmungsbeibehaltungsrecht als normativer Wertungsrahmen .....	157
cc. Zwingend notwendiger Rekurs auf mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht? .....	157
[1] Beispiel: Einschränkung der Konkretisierungskompetenz des EuGH bei Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie .....	158
[2] Unerheblichkeit mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsrechts für die Konkretisierung des Art. 11 SE-RL .....	158
e. Intensität der intendierten Rechtsangleichung .....	159
aa. Vollharmonisierung oder Mindestharmonisierung als Indiz für die intendierte Rechtsangleichungsintensität .....	159
bb. Vollharmonisierende Wirkung des Art. 11 SE-RL .....	160
[1] Ausgeschlossener Rückgriff auf mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht nach Art. 13 Abs. 2 SE-RL .....	160
[2] Ausdrückliche Delegation der Ausgestaltung des Art. 11 SE-RL an die Mitgliedstaaten .....	161
[3] Unvereinbarkeit einer mindestharmonisierenden Wirkung des Art. 11 SE-RL mit den Zielen der SE-VO .....	162
[4] Berücksichtigung der Ermächtigungsgrundlage der SE-RL (Art. 352 Abs. 1 AEUV) .....	163
IV. Zwischenergebnis .....	164
1. Unionsrechtsautonome Auslegung und Konkretisierung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 11 SE-RL .....	164
2. Mitgliedstaatliche Konkretisierung der Rechtsfolgende des Art. 11 SE-RL .....	165
C. Das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot als Konkretisierungsmaßstab .....	165
I. Rechtsmissbrauch in der Rechtsprechung des EuGH .....	165
1. Umgehung nationaler Vorschriften unter (missbräuchlicher) Berufung auf Unionsrecht .....	165

2.	Missbrauch von Vorschriften des sekundären Unionsrechts .....	167
3.	Missbrauch nach Vorschriften des sekundären Unionsrecht .....	170
II.	Zum Vergleich: Rechtsmissbrauchseinwand in Deutschland .....	171
1.	Dogmatisches Fundament und methodische Herleitung .....	171
2.	Erfassung des Rechtsmissbrauchseinwands mittels abgrenzbarer Kriterien .....	172
3.	Etablierte Kategorisierung: Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch .....	173
4.	Berücksichtigung früheren Verhaltens bei der Identifikation von Rechtsmissbrauch .....	174
a.	Rechtsgedanke des § 162 BGB .....	174
b.	Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsposition .....	174
c.	Verhinderung einer Rechtsposition der Gegenpartei .....	175
5.	Rechtsfolgen des Rechtsmissbrauchs nach deutschem Recht .....	175
III.	Entwicklung eines eigenen Rechtsmissbrauchsinstituts durch den EuGH? .....	176
1.	Keine Fallgruppenbildung durch den EuGH .....	176
2.	Keine Erfassbarkeit der Missbrauchserwägungen des EuGHs mittels abgrenzbarer Kriterien .....	177
a.	Abgrenzbarkeit eines Rechtsinstituts als sein wesentliches Merkmal .....	178
b.	Keine Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsmissbrauch .....	178
c.	Keine Differenzierung zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung .....	179
d.	Zwischenergebnis .....	179
IV.	Zwischenergebnis: Unionsrechtliches Missbrauchsverbot als normativer Wertungsrahmen .....	180
1.	Anwendung des Art. 11 SE-RL unter Rückgriff auf das allgemeine unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot .....	180
2.	Aber: Nur ergänzender Rückgriff auf das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot .....	181
3.	Insbesondere: Pflicht zur Berücksichtigung der konstitutiven Wirkung des Art. 11 SE-RL .....	181
D.	Ergebnis .....	183

<b>§ 4 Anwendung des Grundsatzes unionsrechtsautonomer Interpretation auf den Tatbestand des Art. 11 SE-RL .....</b>	<b>185</b>
A. Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern .....	185
I. Legaldefinition in Art. 2 lit. h) SE-RL .....	185
II. Berücksichtigungsfähigkeit der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer im Konzern .....	185
1. Verteilung von Beteiligungsrechten und mitbestimmtem Aufsichtsorgan auf verschiedene Gesellschaften .....	185
2. Ziel der SE-RL: Bestandsschutz für das Mitbestimmungsstatut der Gründungsgesellschaft .....	186
3. Systematik der SE-RL: Mittelbare Berücksichtigung der Konzernzurechnung bei der Auffangregelung .....	187
4. Systematik der SE-RL: Ausdrückliche Differenzierung zwischen Gründungsgesellschaften und Tochtergesellschaft an anderen Stellen .....	189
III. Berücksichtigungsfähigkeit der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der KG .....	189
B. Entziehen von Beteiligungsrechten .....	190
I. Sprachliche Bedeutung von „Entziehen“ .....	190
II. Entziehen von Beteiligungsrechten durch die Gründung der SE .....	190
1. Notwendiger Verursachungsbeitrag der Gründung der SE .....	190
2. Ermittlung der richtigen Bezugspunkte für den Vorher-Nachher-Vergleich .....	191
a. Teleologische Auslegung: Schutz der vor der Gründung der SE bestehenden Beteiligungsrechte durch die SE-RL .....	191
b. Systematische Auslegung: Das Ende der Verhandlungsphase als richtiger Bezugspunkt für die „Vorher“ bestehenden Beteiligungsrechte .....	191
c. Die Eintragung der SE als richtiger Bezugspunkt für die „Nachher“ bestehenden Beteiligungsrechte .....	192
III. Entziehen von Beteiligungsrechten durch Vorgänge nach Eintragung der SE .....	192
1. Anwendung des Vorher-Nachher-Prinzips bei strukturellen Änderungen .....	192

2.	Konkretisierung der berücksichtigungsfähigen Vorgänge in gegenständlicher Hinsicht .....	193
a.	Teleologische und systematische Auslegung: Berücksichtigung von Vorgängen jeder Art? .....	194
b.	Grammatikalische Auslegung: „Strukturelle“ Änderungen .....	194
c.	Historische Auslegung: Missbrauchspotenzial der Gründungsverfahren der SE .....	194
d.	Bestätigung durch die Wertung des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	195
3.	Konkretisierung der berücksichtigungsfähigen Vorgänge in zeitlicher Hinsicht .....	196
a.	Grammatikalische und teleologische Auslegung: Keine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht .....	196
b.	Ausgleich der Ziele der SE-VO und der SE-RL: Keine zeitliche Begrenzung erforderlich .....	196
IV.	Kein Entziehen von Beteiligungsrechten durch Vorgänge vor dem Ende der Verhandlungsphase .....	197
C.	Vorenthalten von Beteiligungsrechten .....	198
I.	Sprachliche Bedeutung von „Vorenthalten“ .....	198
II.	Vorenthalten von Beteiligungsrechten durch die Gründung der SE .....	198
1.	Notwendiger Verursachungsbeitrag der Gründung der SE .....	198
2.	Berücksichtigungsfähigkeit von Entwicklungen nach Gründung der SE .....	198
a.	Teleologische Auslegung: Schutz bereits erworbener Rechte durch die SE-RL .....	199
b.	Grammatikalische und systematische Auslegung: Unterscheidung zwischen Vorenthalten und Entziehen .....	199
c.	Systematische Auslegung: Zementierung der Mitbestimmungsfreiheit als Bestandteil des Konzepts der SE-RL? .....	200
d.	Bestätigung durch die Wertungen der IntVerschmRL und des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	201

aa.	Einschränkung des Zementierungseffekts bei grenzüberschreitenden Umwandlungen .....	202
bb.	Präventive Missbrauchskontrolle auch bei bestehender Mitbestimmungsfreiheit .....	202
e.	Zulässigkeit der Berücksichtigung eines hypothetischen Kausalverlaufs unter Annahme gleich bleibender Bedingungen .....	203
f.	Zeitlich unbegrenzte Berücksichtigung von Entwicklungen nach Gründung der SE .....	204
III.	Kein Vorenthalten von Beteiligungsrechten durch strukturelle Änderungen der SE .....	205
1.	Umfassender Schutz der Arbeitnehmer der betroffenen Gesellschaften? .....	205
2.	Begrenzter Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals des Vorenthalten .....	205
IV.	Kein Vorenthalten von Beteiligungsrechten durch Vorgänge vor dem Ende der Verhandlungsphase .....	206
D.	Missbrauch der Rechtsform der SE .....	207
I.	Erfordernis zusätzlicher Kriterien für einen missbräuchlichen Einsatz der SE .....	207
II.	Objektives Tatbestandsmerkmal .....	207
1.	Zweckwidrigkeit des Einsatzes der SE .....	207
a.	Grammatikalische und teleologische Auslegung .....	207
b.	EuGH: Gesamtwürdigung aller objektiven Umstände bei der Feststellung der Zweckwidrigkeit .....	208
c.	Bestätigung durch die Wertung des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	209
2.	Berücksichtigung der rechtlichen Bewertung alternativer Mitbestimmungsvermeidungsmaßnahmen mit gleichem Effekt .....	209
a.	Teleologische und historische Auslegung der SE-RL: Isolierte Missbrauchsprüfung? .....	209
b.	Ausgleich der Ziele der SE-VO und der SE-RL .....	210
c.	Folge: Erforderliche Berücksichtigung der Wertungen der IntVerschmRL und zukünftig des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	211

aa. Alternative Maßnahmen zur Veränderung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo .....	211
bb. Alternative Maßnahmen zur Konservierung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo .....	212
III. Subjektives Tatbestandsmerkmal .....	213
1. Erfordernis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals für einen missbräuchlichen Einsatz der SE .....	213
2. Anforderungen an das subjektive Tatbestandsmerkmal für einen missbräuchlichen Einsatz der SE .....	213
a. Grammatikalische Auslegung: Absichtliches Entziehen oder Vorenthalten von Beteiligungsrechten .....	213
b. Teleologische Auslegung: Niedrigere Anforderungen zum Schutz der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer? ....	214
c. Ausgleich der Ziele der SE-VO und der SE-RL: Absichtliches Entziehen oder Vorenthalten von Beteiligungsrechten .....	214
d. EuGH: Absichtliches Verschaffen eines unionsrechtlich vorgesehenen Vorteils .....	214
3. Feststellung des subjektiven Tatbestandsmerkmals: Umfassende Würdigung des Einzelfalls .....	215
a. Zeitlich unbegrenzte Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls .....	215
b. Erforderlicher subjektiver Zusammenhang zwischen den erheblichen Umständen des Einzelfalls .....	215
4. Entkräften des subjektiven Tatvorwurfs durch andere Gründe für das fragliche Verhalten .....	216
a. EuGH: Fehlende andere Gründe für das fragliche Verhalten als Anzeichen für ein absichtliches Handeln ....	216
b. Wertung des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132: Rechtfertigungsmöglichkeit der Beeinträchtigung der Arbeitnehmerrechte .....	216
c. Effet util: Berücksichtigungsfähigkeit nur wesentlicher anderer Gründe für das fragliche Verhalten .....	217
E. Ergebnis .....	218

<b>§ 5 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 43 Satz 1 SEBG</b> .....	219
A. Strafrechtliche Rechtsfolgen .....	219
I. § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG als legislative Konkretisierung des Art. 11 SE-RL auf Rechtsfolgenseite .....	219
II. Verfassungsmäßige Rechtmäßigkeit des § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG .....	219
1. Kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG .....	219
2. Kein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG .....	221
III. Strafverfahren .....	222
1. Antragsbefugnis § 45 Abs. 4 SEBG .....	222
a. Abschließende Auflistung der antragsberechtigten Personen .....	222
b. Bestätigung des Auslegungsergebnisses durch die Wertung vergleichbarer Regelungen .....	224
2. Ermittlungsbehördliche Kompetenzen .....	224
B. Zivilrechtliche Rechtsfolgen .....	225
I. Nichtigkeit der geltenden Mitbestimmungsvereinbarung nach § 134 BGB .....	225
1. Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 BGB: Mitbestimmungsvereinbarung .....	225
2. Gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB; § 43 Satz 1 SEBG ....	226
3. Verstoß der Mitbestimmungsvereinbarung selbst gegen § 43 Satz 1 SEBG? .....	226
II. Anpassung des anzuwendenden Mitbestimmungsstatuts .....	227
1. Erforderlichkeit der Rechtsfortbildung auf Rechtsfolgenseite des § 43 SEBG .....	227
2. Unzulässige Ausübung des fraglichen Mitbestimmungsstatuts nach § 242 BGB? .....	228
3. Anspruch der Arbeitnehmer auf Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG (analog) i.V.m. § 242 BGB .....	229
a. Unmittelbare Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 SEBG bei missbräuchlichem Entziehen von Beteiligungrechten durch strukturelle Änderungen der SE .....	229
aa. Ausdrückliche Neuverhandlungsmöglichkeit nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG .....	229

[1] Strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG .....	229
[2] Mindern von Beteiligungsrechten durch Entziehen nach § 43 SEBG .....	230
[3] Kein Mindern von Beteiligungsrechten durch Vorenthalten nach § 43 SEBG .....	231
[4] Folge: Teleologische Reduktion des § 43 Satz 2 SEBG .....	232
bb. Ermessensreduzierung auf Null: Neuverhand- lungspflicht nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG i.V.m. § 242 BGB .....	233
b. Im Übrigen: Analoge Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 SEGB .....	234
aa. Neuverhandlungsmöglichkeit nach § 18 Abs. 3 SEBG analog .....	235
bb. Ermessensreduzierung auf Null: Neuverhand- lungspflicht nach § 18 Abs. 3 SEBG analog i.V.m. § 242 BGB .....	236
c. Anerkennung eines eigenen Anspruchs der Arbeitnehmer auf Neuverhandlungen .....	236
d. Gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs der Arbeitnehmer auf Neuverhandlungen .....	237
aa. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts nach § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG .....	237
bb. Antragsbefugnis der Leitung der SE, des SE- Betriebsrats und der einzelnen Arbeitnehmer .....	238
III. Unterlassungsanspruch der Arbeitnehmer nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 BGB .....	238
IV. Keine Verweigerung der Eintragung der SE durch das Registergericht .....	239
1. Keine Prüfung des § 43 SEBG durch das Registergericht .....	239
a. Keine vorgeschriebene Prüfung des § 43 SEBG bei der SE-Gründung durch Verschmelzung .....	239
b. Keine vorgeschriebene Prüfung des § 43 SEBG bei der SE-Gründung im Übrigen .....	240
c. Keine Prüfung des Rechtsmissbrauchseinwands nach § 242 BGB i.V.m. § 43 SEBG .....	241

aa.	Wertungen der deutschen Rechtsmissbrauchslehre nach § 242 BGB .....	241
bb.	Bestätigung durch das Effektivitätsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	242
cc.	Ungeeignetheit der Prüfung des § 43 SEBG im registerrechtlichen Eintragungsverfahren zur Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs .....	243
dd.	Bestätigung durch die Wertung des Vorschlags zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 .....	244
2.	Keine Berücksichtigung der arbeitsgerichtlichen Feststellung eines Verstoßes gegen § 43 SEBG durch das Registergericht .....	245
3.	Keine Aussetzung des Eintragungsverfahrens durch das Registergericht .....	246
a.	Keine Voreingrifflichkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens für die Eintragungsentscheidung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 FamFG) .....	247
b.	Kein sonstiger wichtiger Grund kraft richterlicher Rechtsfortbildung des § 43 Satz 1 SEBG i.V.m. § 21 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 FamFG .....	247
V.	Keine Nichtigerklärung oder Auflösung der SE .....	248
1.	Keine Nichtigerklärung der SE wegen eines Verstoßes gegen § 43 Satz 1 SEBG .....	248
2.	Keine Auflösung der SE wegen eines Verstoßes gegen § 43 Satz 1 SEBG .....	249
3.	Keine Nichtigerklärung oder Auflösung der SE kraft richterlicher Rechtsfortbildung .....	250
C.	Ergebnis .....	250

## **§ 6 Mitbestimmungsrelevante Umstrukturierungsmaßnahmen im Anwendungsbereich des § 43 SEBG .....**

A.	Konservierung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo .....	253
I.	Konservierung des Mitbestimmungsstatuts ohne Vorbereitungshandlungen .....	253
1.	Vorenthalten von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG .....	253

2.	Missbrauch der Rechtsform der SE nach § 43 Satz 1 SEBG .....	253
II.	Konservierung des Mitbestimmungsstatuts mit Vorbereitungshandlungen .....	254
1.	Vorenthalten von Teiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG .....	254
2.	Missbrauch der Rechtsform der SE nach § 43 Satz 1 SEBG .....	254
a.	Objektive Zweckwidrigkeit des Einsatzes der SE .....	254
b.	Missbrauchsabsicht .....	256
3.	Zwischenergebnis .....	257
B.	Veränderung des mitbestimmungsrechtlichen Status Quo durch mehrstufige Umstrukturierungsmaßnahmen .....	258
I.	Bildung einer mitbestimmungsfreien Konzernspitze .....	258
1.	Repositionierung einer konzerninternen Tochtergesellschaft ....	258
a.	Berücksichtigungsfähigkeit der Teiligungsrechte der Arbeitnehmer im Konzern nach § 43 SEBG .....	258
b.	Entziehen von Teiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch die Gründung der SE .....	259
aa.	Anforderungen an ein Entziehen von Teili- gungsrechten durch die Gründung einer SE .....	259
bb.	Kein Entziehen von Teiligungsrechten durch die Gründung der SE .....	259
c.	Entziehen von Teiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen einer SE .....	260
aa.	Anforderungen an ein Entziehen von Teili- gungsrechten durch strukturelle Änderungen einer SE .....	260
[1]	Umwandlungsmaßnahmen unter Beteiligung der SE .....	260
[2]	Sonstige Veränderungen der gesellschafts- rechtlichen Verfassung der SE .....	261
bb.	Kein Entziehen von Teiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch den Erwerb der Anteile der Obergesellschaft .....	263
d.	Zwischenergebnis .....	263
2.	Verschmelzung der ehemaligen Obergesellschaft auf die repositionierte Tochtergesellschaft .....	264

a.	Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderung der SE .....	264
b.	Folge: Neuverhandlungsmöglichkeit nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG .....	264
c.	Missbrauch der Rechtsform der SE nach § 43 Satz 1 SEBG .....	265
aa.	Objektive Zweckwidrigkeit des Einsatzes der SE und Missbrauchsabsicht .....	265
bb.	Missbrauchsvermutung nach § 43 Satz 2 SEBG .....	266
[1]	Umfang der Missbrauchsvermutung .....	266
[2]	Anforderungen an die Missbrauchsvermutung .....	267
[3]	Widerlegbarkeit der Missbrauchsvermutung .....	267
d.	Rechtsfolge: Neuverhandlungspflicht nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG i.V.m. § 242 BGB .....	268
3.	Erwerb einer Konzernobergesellschaft durch eine (Vorrats-)SE .....	268
a.	Exkurs: Gründung einer Vorrats-SE .....	268
aa.	Wesen und Vorkommen einer Vorrats-SE .....	268
bb.	Zulässigkeit der Gründung einer Vorrats-SE .....	269
cc.	Verhandlungspflicht bei wirtschaftlicher Neu- gründung einer Vorrats-SE nach ermessensredu- ziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog .....	270
[1]	Strukturelle Änderung durch wirtschaftliche Neugründung .....	270
[2]	„Erstverhandlung“ statt Neuverhandlung .....	273
[3]	Ermessensreduzierung auf Null .....	274
b.	Kein Entziehen oder Vorenthalten von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch die Gründung der Vorrats-SE .....	274
c.	Kein Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen der (Vorrats-)SE .....	274
d.	Verschmelzung der ehemaligen Obergesellschaft auf die neue Obergesellschaft in der Rechtsform der SE .....	275

aa.	Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen der SE .....	275
bb.	Missbrauch der Rechtsform der SE nach § 43 Satz 1 SEBG .....	276
cc.	Missbrauchsvermutung nach § 43 Satz 2 SEBG .....	276
dd.	Rechtsfolge: Neuverhandlungspflicht nach ermes- sensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG i.V.m. § 242 BGB ....	276
e.	Zwischenergebnis .....	277
4.	Erwerb der Tochtergesellschaften durch eine (Vorrats-)SE .....	277
a.	Kein Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderung der mitbestimmungsfrei gegründeten SE .....	277
b.	Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen der Vorrats-SE .....	277
c.	Folge: Erstverhandlungspflicht nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog .....	278
d.	Missbrauch der Rechtsform der Vorrats-SE nach § 43 Satz 1 und Satz 2 SEBG .....	278
e.	Rechtsfolge: Verhandlungspflicht nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog i.V.m. § 242 BGB .....	280
f.	Zwischenergebnis .....	280
II.	Errichtung einer SE & Co. KG .....	280
1.	Bestellung einer (Vorrats-)SE als Komplementärin .....	280
a.	Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen der mitbestimmungsfrei gegründeten SE .....	281
aa.	Erwerb der KG-Anteile der bisherigen Komple- mentärin .....	281
bb.	Verschmelzung der bisherigen Komplementärin auf die SE .....	281
cc.	Folge: Neuverhandlungsmöglichkeit nach § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG .....	281
b.	Entziehen von Beteiligungsrechten nach § 43 Satz 1 SEBG durch strukturelle Änderungen der Vorrats-SE .....	282

aa. Erwerb der KG-Anteile der bisherigen Komplementärin oder Verschmelzung der bisherigen Komplementärin auf die Vorrats-SE .....	282
bb. Folge: Erstverhandlungspflicht nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog .....	282
c. Missbrauch der Rechtsform der SE nach § 43 Satz 1 und Satz 2 SEBG .....	282
d. Rechtsfolge: Verhandlungspflicht nach ermessensreduziertem § 18 Abs. 3 SEBG analog i.V.m. § 242 BGB .....	283
e. Zwischenergebnis .....	283
2. Nachfolgende Umstrukturierung der SE & Co. KG zur SE ....	283
C. Ergebnis .....	284
<b>§ 7 Ergebnisse der Untersuchung .....</b>	<b>285</b>
A. Beantwortung der als erheblich identifizierten Interpretationsfragen .....	285
B. Ergebnisse im Übrigen .....	287
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>291</b>