

Titel:

Rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach Umwandlung einer AG in eine SE

Normenkette:

AktG §§ 97 ff.

SEBG § 21, § 35

Leitsätze:

1. Bei einer durch formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch aufgebauten Europäischen Gesellschaft (SE) richtet sich die im Rahmen eines gerichtlichen Statusverfahrens nach §§ 98, 99 AktG festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsorgans danach, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung richtigerweise zusammensetzen war. (Rn. 30 – 67)
2. Diese Anknüpfung an den rechtlich gebotenen Soll-Zustand gilt grundsätzlich nicht nur bei Anwendung der Auffangregelung über die Mitbestimmung kraft Gesetzes (§§ 34 ff. SEBG), sondern auch in Konstellationen, in denen eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer i.S.d. § 21 SEBG geschlossen wurde. (Rn. 30 – 67)
3. Sofern vor der Eintragung der durch Umwandlung gegründeten SE in das Handelsregister ein gerichtliches Statusverfahren noch nicht eingeleitet wurde, gilt dies jedoch nur, wenn und soweit im Zeitpunkt der Umwandlung ein solches jedenfalls hätte eingeleitet werden können. Dazu muss schon zum damaligen Zeitpunkt Streit oder Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestanden haben. (Rn. 30 – 67)

Schlagworte:

SE, Aktiengesellschaft, Umwandlung, Aufsichtsrat, Zusammensetzung, Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, Statusverfahren

Vorinstanz:

LG München I, Beschluss vom 16.07.2018 – 38 O 14272/17

Rechtsmittelinstanzen:

LG München I, Beschluss vom 02.12.2020 – 38 O 14272/17

BayObLG, Beschluss vom 14.09.2021 – 102 ZBR 68/21

Fundstelle:

BeckRS 2020, 5668

Tenor

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Landgerichts München I vom 16.07.2018 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen.
2. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 50.000,00 festgesetzt.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1

Die Beteiligten streiten über die rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin nach deren Umwandlung in eine SE.

2

Die börsennotierte Antragsgegnerin, Konzernobergesellschaft der ... Group, die im Bereich der IT-Infrastruktur tätig ist, wurde bis ins Jahr 2013 in der Rechtsform einer deutschen Aktiengesellschaft betrieben. Ihr Aufsichtsrat setzte sich bis dato ausschließlich aus Vertretern der Anteilseigner zusammen.

3

Aufgrund eines Umwandlungsplans vom 16.07.2012 wurde die Antragsgegnerin in eine dualistisch organisierte europäische SE umgewandelt, die Eintragung erfolgte im Februar 2013. Im Vorfeld der Umwandlung schlossen die AG und das besondere Verhandlungsgremium am 16.11.2012 eine Mitbestimmungsvereinbarung (Anl. AG 2), die in Ziff. 22 - Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat - wie folgt lautet: „Der Aufsichtsrat der ... SE ist weder paritätisch noch drittelparitätisch noch in sonstiger Weise mitbestimmt. Es gibt keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.“

4

Am 31.05.2012 beschäftigten die inländischen deutschen Gesellschaften der ... Group zusammen 1.815 Mitarbeiter. Die Geschäftsberichte für die Jahre 2011, 2012 und 2013 wiesen jeweils mehr als 2.000 Mitarbeiter aus.

5

Der Antragsteller ist Aktionär der Antragsgegnerin. In den vergangenen Jahren hat er deutschlandweit mehrere Statusverfahren betrieben. Allein beim erkennenden Senat waren parallel drei vom Antragsteller initiierte Statusverfahren, die die Umwandlung in eine SE betrafen, anhängig (31 Wx 278/18, 31 Wx 279/18 und 31 Wx 280/18).

6

Mit Antrag vom 02.10.2017 (Bl. 1/3 d.A.) begehrte der Antragsteller im vorliegenden Fall eine gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin nach § 98 AktG. Das Landgericht hat mit Verfügung vom 15.11.2017 (Bl. 11 d.A.) die Veröffentlichung des Antrags im Bundesanzeiger veranlasst und mit Verfügung vom 18.06.2018 (Bl. 37 d.A.) den Betriebsrat, Vorstand und Aufsichtsrat angehört, sowie den Beteiligten mehrere Fristen zur Erwidern, Replik und Duplik gewährt. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

7

Mit Beschluss vom 16.07.2018 (Bl. 37/47 d.A.), dem Antragsteller zugestellt am 21.07.2018 und im Bundesanzeiger veröffentlicht am 27.07.2018, hat das Landgericht den Antrag abgewiesen und der Antragsgegnerin die Gerichtskosten des Verfahrens auferlegt. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten wurde nicht angeordnet.

8

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des (zu diesem Zeitpunkt anwaltlich vertretenen) Antragstellers vom 30.07.2018 (Bl. 48/49 d.A.), eingegangen bei Gericht am selben Tag.

9

Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.08.2018 nicht abgeholfen (Bl. 50/52 d.A.) und die Akten dem Senat vorgelegt.

10

Mit Einverständnis der Beteiligten hat der Senat im Hinblick auf das zu dem Zeitpunkt beim Bundesgerichtshof anhängige Verfahren II ZB 20/18, das ebenfalls vom hiesigen Antragsteller eingeleitet worden war und ebenfalls die rechtmäßige Zusammensetzung eines Aufsichtsrats nach Umwandlung in eine SE betraf, mit Beschluss vom 06.02.2019 (Bl. 84/86 d.A.) das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Nachdem der BGH über das genannte Verfahren mit Beschluss vom 23.07.2019 entschieden hatte, wurde das Verfahren fortgeführt (Bl. 91 d.A.). Den Beteiligten wurde nochmals eine Stellungnahmefrist gewährt. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

B.

11

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der angefochtenen Entscheidung an das Landgericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung.

I.

12

Die Beschwerde ist zulässig.

13

1. Sie wurde insbesondere fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 99 Abs. 4 S. 4 AktG eingelegt und durch einen Anwalt unterzeichnet, § 99 Abs. 3 S. 4 AktG. Für den weiteren Fortgang des Verfahrens ist eine anwaltliche Vertretung nicht erforderlich (vgl. nur Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. <2018> § 99 Rn. 7).

14

2. Die Beschwerde ist darüber hinaus - ebenso wie die Einleitung des Verfahrens an sich - nicht aufgrund Rechtsmissbrauchs unzulässig. Selbst wenn der Antragsteller erst unmittelbar vor Einleitung des Verfahrens eine einzige Aktie der Antragsgegnerin erworben haben sollte, was vorliegend jedoch nicht abschließend festgestellt werden kann, bestehen auch unter Berücksichtigung der Vielzahl der durch den Antragsteller eingeleiteten Statusverfahren (siehe hierzu Übersicht über die Verfahren bei X./X., Das „...-Portfolio“ und das Mitbestimmungs-Screening der deutschen AG-Landschaft, AG 2018, 336 ff.) keine konkreten Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch, zumal die Rechtsauffassung des Antragstellers nunmehr - wenn auch in einer etwas anders gelagerten Konstellation - durch den BGH bestätigt wurde. Es handelt sich vorliegend vielmehr um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die einer (höchst-)richterlichen Klärung bedarf (siehe dazu auch C. III.).

15

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragsbefugnis des einzelnen Aktionärs sehr weit gefasst ist. Es reicht nach der Regelung des § 98 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AktG („jeder Aktionär“) aus, dass er zum Zeitpunkt der Antragstellung lediglich eine einzige Aktie innehält, diese kann auch unmittelbar vor Verfahrenseinleitung erworben sein. Auch ein bestimmtes rechtliches oder tatsächliches Interesse des Aktionärs ist nicht erforderlich (vgl. MüKoAktG/Habersack, AktG, 5. Aufl. <2019> § 98 Rn. 15).

16

Insofern ist es - jedenfalls an dieser Stelle - irrelevant, dass an der Beteiligungsvereinbarung auch Arbeitnehmervertreter mitgewirkt haben, also Personen, die nach § 98 Abs. 2 AktG grundsätzlich antragsberechtigt gewesen wären und dementsprechend etwaige Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch Einleitung eines Statusverfahrens schon vor der Umwandlung hätten ausräumen können bzw. müssen (siehe dazu aber unten B. II. 2. b) cc)).

II.

17

Die Beschwerde ist auch begründet. Sie hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg, da die Ausführungen des Landgerichts (dazu sogleich 1.) einer - rein rechtlichen - Nachprüfung durch den Senat nicht in allen Gesichtspunkten standhalten (dazu sogleich 2.). Mangels ausreichender Feststellungen ist die Sache daher an das Landgericht zurückzugeben (dazu sogleich 3.).

18

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass eine Mitbestimmung nicht zu erfolgen habe, da bei der Umwandlung in eine SE nicht an den „Soll-Zustand“, sondern an den „Ist-Zustand“ anzuknüpfen sei. Dies ergebe sich insbesondere aus Sinn und Zweck des Kontinuitätsprinzips des § 96 Abs. 4 AktG, sowie aus der Formulierung „erworbene Rechte“ im Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2001/86/EG und aus Art. 4 Abs. 4 der genannten Richtlinie, der ebenfalls im Präsens formuliert sei. Dementsprechend sei auch für eine anderweitige richtlinienkonforme Auslegung der Regelungen des SEBG kein Raum.

19

Feststellungen in Bezug auf den Zeitpunkt des Aktienerwerbs durch den Antragsteller bzw. die Frage, seit wann Streit oder Ungewissheit über die Rechtmäßigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats besteht, hat das Landgericht dementsprechend nicht getroffen.

20

Das Landgericht ist in der angefochtenen Entscheidung der Ansicht, es habe nicht abschließend darüber entscheiden müssen, ob überhaupt der Schwellenwert des § 1 Abs. 1 MitbestG, überschritten sei, wobei nach h.M. nur inländische Mitarbeiter mitzuzählen seien. Insbesondere habe nicht entschieden werden müssen, ob auf einen bestimmten Stichtag oder einen Zeitraum abzustellen sei. Etwaige Feststellungen zur Prognose der regelmäßigen Mitarbeiterzahl in den kommenden 17 Monaten hätten sich daher erübrigt.

21

Auch eine Mitbestimmung nach dem DrittelbG scheidet aufgrund des Abstellens auf den „Ist-Zustand“ aus, zumal sich dem Beschluss des BGH vom 07.02.2012 - II ZB 14/11 nicht entnehmen lässt, dass für eine arbeitnehmerlose Holding-Gesellschaft die dort entwickelten Grundsätze nicht zur Anwendung gelangen könnten.

22

2. Diese Ausführungen des Landgerichts halten den Angriffen der Beschwerde nicht in allen Punkten stand.

23

a) Zutreffend ist das Landgericht dabei zunächst davon ausgegangen, dass eine vorrangige ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht besteht.

24

Nach § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG sind die Gerichte für Arbeitsachen ausschließlich zuständig für Angelegenheiten aus dem SEBG mit Ausnahme der §§ 45 und 46 und nach den §§ 34 bis 39 nur insoweit, als über die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan sowie deren Abberufung zu entscheiden ist. Auch wenn die Vorschrift redaktionell in Bezug auf die Reichweite der Einschränkung im letzten Halbsatz nicht eindeutig ist, ist nach h.M. anerkannt, dass nicht nur im Rahmen der Auffangregelung der §§ 34 ff. SEBG, sondern auch bei Vorliegen einer Mitbestimmungsvereinbarung (lediglich) alle prozeduralen und wahlbezogenen Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmensmitbestimmung den Arbeitsgerichten vorbehalten sind. Die vorgelagerte Frage der grundsätzlich richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist hingegen im Rahmen des Statusverfahrens zu entscheiden (so auch LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 21.12.2017 - 3-05 O 81/17, GWR 2018, 276 ff.; LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 08.02.2010 - 1 HKO 8471/09, BB 2010, 1113 ff.; vgl. NK-ArbR/Mauer, 1. Aufl. <2016> § 21 Rn. 31; Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, 2. Aufl. <2016> SEBG § 21 Rn. 37, 73; BeckOK ArbR/Poeche, 52. Ed. <01.06.2018> ArbGG § 2a Rn. 14; GMP/Matthes/Schlewing, 9. Aufl. <2017> ArbGG, § 2a Rn. 33; MüKoAktG/Jacobs, 4. Aufl. <2017> SEBG § 35 Rn. 28; a.A. Löw/Stolzenberg, NZA 2016, 1489, 1493 f.).

25

Insofern ist auch kein Widerspruch zur Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.02.2017 - 6 TaBV 1585/16, BeckRS 2017, 103234 erkennbar. Dort hatte eine Gewerkschaft die Feststellung der Unwirksamkeit der Beteiligungsvereinbarung aufgrund falscher Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums geltend gemacht. Um die Frage der gesetzmäßigen Aufsichtsratszusammensetzung und damit um die Abgrenzung zum Statusverfahren ging es dort nicht, weswegen im Übrigen in der genannten Entscheidung auch keine weiteren Ausführungen zum richtigen Rechtsweg gemacht wurden.

26

Letztlich gilt in Bezug auf die Aufsichtsratsbesetzung in einer SE nichts anderes als bei der deutschen AG. Auch dort stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen dem Statusverfahren einerseits und dem arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG andererseits. Dort ist allgemein anerkannt, dass im Rahmen des Statusverfahrens über die grundsätzliche Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats entschieden wird, während Fragen der personellen Zusammensetzung, der Wahlberechtigung, etc. den Arbeitsgerichten vorbehalten sind, wobei letztere an die grundsätzliche Entscheidung im Rahmen des Statusverfahrens gebunden sind (vgl. BAG, Urt. v. 16.04.2008 - 7 ABR 6/07, BeckRS 2008, 55723; MüKoAktG/Habersack, a.a.O., § 98 Rn. 10 f.; Spindler/Stilz/Spindler, 4. Aufl. <2019>, AktG, § 98 Rn. 2; NK-ArbR/Mauer, a.a.O. Rn. 21; Hauck/Helml/Biebl/Hauck, ArbGG, 4. Aufl. <2011> § 2a ArbGG Rn. 19).

27

Dass für die SE nichts anderes gilt, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung zum SEEG. Dort heißt es bezüglich der Änderung des § 2a ArbGG: „wie nach Nummer 3“ (BT-Drs. 15/3405, S. 58). In Bezug auf die monistisch organisierte SE heißt es dort in Bezug auf den Verwaltungsrat weiter: „Zweifelsfragen bezüglich der rechtlichen Grundlage der Zusammensetzung [...] können deshalb nur im Statusverfahren nach §§ 25 und 26 geklärt werden (BT-Drs. 15/3405, S. 37). Rechtliche Grundlage der Zusammensetzung ist einerseits das Gesetz, andererseits aber auch eine etwaige Beteiligungsvereinbarung (vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 SEAG;

Habersack/Drinhausen/Verse, SE-Recht, 2. Aufl. <2016> § 25 SEAG Rn. 3), die dementsprechend im Rahmen des Statusverfahrens auf ihre Wirksamkeit hin geprüft werden muss.

28

Eine unterschiedliche Behandlung der deutschen Aktiengesellschaft einerseits und der europäischen (dualistisch organisierten) SE andererseits rechtfertigt sich in der vorliegenden Konstellation auch nicht aus der Formulierung des § 98 AktG, welcher nur auf die Zusammensetzung nach gesetzlichen Vorschriften, nicht aber nach etwaigen vertraglichen Vereinbarungen Bezug nimmt. Dies würde dazu führen, dass über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Fall der Auffangregelung der §§ 34, 35 SEBG die ordentlichen Gerichte und im Fall der Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG die Arbeitsgerichte entscheiden würden. Ein sachlicher Grund für eine derartige Gerichtswegaufspaltung betreffend dieselbe Fragestellung ist nicht ersichtlich, zumal die Beteiligungsvereinbarung ihre Grundlage auch im Gesetz - hier insbesondere in der Regelung zum Mindeststandard der Mitbestimmung in § 21 Abs. 6 SEBG - hat. Es handelt sich mithin auch im Fall der Mitbestimmungsvereinbarung um die Überprüfung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats entsprechend der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, für die die ordentlichen Gerichte im Rahmen des Statusverfahrens zuständig sind.

29

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der aktuellen Entscheidung des BGH betreffend eine SE-Gründung durch Umwandlung ohne Mitbestimmungsvereinbarung. Dort heißt es zwar: „Sofern vor der Umwandlung keine Vereinbarung über die Mitbestimmung geschlossen wurde, erfordert eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsorgans zur Umsetzung der vor der Umwandlung rechtlich gebotenen Mitbestimmung die Durchführung eines Statusverfahrens nach §§ 97 ff. AktG.“ (BGH, Beschluss vom 23.07.2019 - II ZB 20/18, Rn. 32, NJW-RR 2019, 1254, ZIP 2019, 1762). Dass im Umkehrschluss im Fall des Vorliegens einer Mitbestimmungsvereinbarung - den der BGH nicht zu entscheiden hatte - das Statusverfahren unzulässig sein soll, kommt hierdurch nicht zum Ausdruck, zumal in den Fundstellen u.a. auf Seibt (Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der SE, ZIP 2010, 1057 ff.) verwiesen wird, der ausdrücklich darauf hinweist, dass mit dem Statusverfahren nicht nur überprüft werden könne, ob die Zusammensetzung des Organs mit den Regelungen der Beteiligungsvereinbarung bzw. der Auffangregelung übereinstimmt, sondern auch ob diese Regelungen zur Größe und Zusammensetzung überhaupt wirksam seien (Seibt, a.a.O. S. 1064).

30

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist für die Frage der Wirksamkeit der Beteiligungsvereinbarung aber nicht darauf abzustellen, ob der Aufsichtsrat im Zeitpunkt der Umwandlung tatsächlich mitbestimmt war oder nicht. Die grundsätzliche Frage nach der Anknüpfung an den „Ist-“ bzw. „Soll-Zustand“ (dazu sogleich aa)) ist unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH (dazu sogleich bb)) und den Besonderheiten des vorliegenden Verfahrens (kein bereits eingeleitetes gerichtliches Statusverfahren, dazu sogleich cc) und Vorliegen einer Beteiligungsvereinbarung, dazu sogleich dd)) vielmehr dahingehend zu beantworten, dass es entscheidend darauf ankommt, ob es bereits im Zeitpunkt der Umwandlung ein prozessual durchsetzbares Recht auf Mitbestimmung gegeben hätte.

31

aa) Ausgangspunkt ist vorliegend die Regelung des § 21 Abs. 6 SEBG, wonach in der Vereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Ist dies nicht der Fall, ist die Beteiligungsvereinbarung in diesem Punkt unwirksam, da sie an einem relevanten materiellen Mangel leidet (MüKoAktG/Jacobs, a.a.O., § 21 SEBG Rn. 12; NK-ArbR/Adam, a.a.O., § 21 SEBG Rn. 40; Löw/Stolzenberg, Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren bei der SE-Gründung, NZA 2016, 1489, 1493; in diese Richtung wohl auch Habersack, Das Mitbestimmungsstatut der SE: „Ist“ oder „Soll“, AG 2018, 823, 825, 826), mit der Folge, dass die entstehende Lücke im Wege der ergänzenden Auslegung, i.d.R. unter Rückgriff auf die Auffanglösung, hier also des § 35 Abs. 1 SEBG zu schließen ist (vgl. NK-ArbR/Adam, a.a.O.; MüKoAktG/Jacobs, a.a.O.; grds. zustimmend auch Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. <2018> 21 SEBG Rn. 74; Gaul/Ludwig/Forst/Kuhnke/ Hoops, Europäisches Mitbestimmungsrecht, 1. Aufl. <2015> § 2 Rn. 269, 391, 392).

32

In der Auffangregelung des § 35 Abs. 1 SEBG heißt es sodann, dass, sofern eine Gründung durch Umwandlung vorliegt, die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat.

33

Sowohl im Geltungsbereich des § 21 Abs. 6 SEBG als auch im Rahmen der Auffangregelung des § 35 Abs. 1 SEBG stellt sich daher die Frage der Anknüpfung an den „Soll-Zustand“ oder „Ist-Zustand“, die in Literatur und Rechtsprechung höchst umstritten ist, wobei teilweise danach differenziert wird, ob eine Beteiligungsvereinbarung geschlossen wurde und/oder ob bereits ein Statusverfahren eingeleitet wurde, teilweise aber auch allgemein auf die Geltung des „Ist-“ bzw. des „Soll-Zustands“ abgestellt wird (vgl. zum Meinungsstand nur BGH, a.a.O. Rn. 29, 30).

34

bb) Der BGH hat die Frage nach der grundsätzlichen Anknüpfung an den „Soll-“ oder „Ist-Zustand“ in seiner Entscheidung vom 23.07.2019 ausdrücklich offengelassen (BGH, a.a.O., Rn. 31). Nur für den Fall, dass keine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung nach § 21 SEBG vorliegt und bereits vor der Umwandlung ein Statusverfahren eingeleitet worden war, hat er unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des SEBG und der zugrunde liegenden Ergänzungsrichtlinie entschieden, dass es in dieser Konstellation selbst bei unterstellter Maßgeblichkeit des „Ist-Zustands“ darauf ankomme, wie der Aufsichtsrat nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammengesetzt gewesen wäre, da die Einleitung des Statusverfahrens vor der Umwandlung ein tatsächlicher Umstand sei, der den bestehenden „Ist-Zustand“ maßgeblich mitpräge (BGH, a.a.O., Rn. 34 ff.).

35

Diese Konstellation unterscheidet sich demnach in zwei wesentlichen Punkten vom vorliegenden Fall: Vorliegend wurde eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung nach § 21 SEBG geschlossen und vor der Umwandlung wurde kein (gerichtliches) Statusverfahren eingeleitet. Insofern ist die Entscheidung nicht unmittelbar übertragbar, dennoch lassen sich aus den Gründen wesentliche - allgemeingültige - Rückschlüsse auch für das hiesige Verfahren ziehen, ohne dass es auf ebendiese Unterschiede ankommt:

36

(1) Soweit das Landgericht und die Antragsgegnerin in Übereinstimmung mit zahlreichen Literaturmeinungen (vgl. MüKoAktG/Jacobs, a.a.O., § 34 SEBG Rn. 5 m.w.N.; Habersack, AG 2018, 823, 826) darauf abstellt, dass sich bereits aus dem Kontinuitätsprinzip des § 96 Abs. 4 AktG die grundsätzliche Maßgeblichkeit des „Ist-Zustands“ ergebe, kann dem nicht gefolgt werden. Der BGH hat insofern klargestellt, dass aus diesem Prinzip lediglich folge, dass die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats erst mit dem Abschluss des Statusverfahrens wirksam werde und der gewählte Aufsichtsrat bis dahin in seiner konkreten Zusammensetzung rechtmäßig bestehen bleibe, was im Übrigen auch für die hiesige Konstellation gilt (siehe dazu sogleich). Die Frage nach der grundsätzlichen Anknüpfung an den „Ist-“ bzw. „Soll-Zustand“ werde hiermit jedoch nicht beantwortet (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 32, 33; sowie Vorinstanz OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 27.08.2018 - 21 W 29/18, BeckRS 2018, 21944 Rn. 22, so auch Rombey/Vogt, SE-Aufsichtsorgan, NZG 2019 1412, 1414).

37

Aus der Tatsache, dass aus dem Kontinuitätsprinzip nicht die grundsätzliche Maßgeblichkeit des „Ist-Zustands“ hergeleitet werden kann, folgt aber nicht, dass das Prinzip vorliegt überhaupt nicht zur Anwendung gelangt. Vielmehr ist § 96 Abs. 4 AktG durchaus auch hier über die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) ii) bzw. über die Verweisung der § 17 Abs. 4 SEAG anwendbar, mit der Folge, dass die in der Beteiligungsvereinbarung geregelte Zusammensetzung des Aufsichtsrats solange als rechtmäßig gilt, bis das Statusverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Der gerichtliche Beschluss entfaltet keine Rückwirkung für etwaige im Aufsichtsrat ergangenen Entscheidungen. Insofern überzeugt die in der Literatur geäußerte Kritik in Bezug auf Aspekte der Rechtssicherheit nicht. Es wird - auch nach der hier vertretenen Auffassung - keinesfalls der aktuellen Aufsichtsratszusammensetzung rückwirkend der Boden entzogen (so aber Schatz, Anm. zu LG Berlin, Beschluss vom 01.04.2019, 102 O 120/17, EWIR 2019, 655, 656).

38

(2) Soweit Habersack ferner kritisiert, dass der Zweck des Statusverfahrens nicht darin bestehe, eine „historische“, längst überholte Aufsichtsratsverfassung dahingehend zu überprüfen, ob der Aufsichtsrat in der Vergangenheit nach den zum damaligen Zeitpunkt einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtig

zusammengesetzt gewesen sei, sondern vielmehr darin, die aktuelle Zusammensetzung zu überprüfen (Habersack, AG, 2018, 823, 827), mag dies zwar für die Anwendung der §§ 98, 99 AktG auf die deutsche AG zutreffen, in Bezug auf die SE, wird jedoch in § 21 Abs. 6 SEBG (und ebenso in § 35 Abs. 1 SEBG) ausdrücklich auf den Zeitpunkt vor der Umwandlung, also einen „historischen“ Zeitpunkt abgestellt. Auch in dem vom BGH entschiedenen Fall ist das Landgericht Frankfurt nunmehr aufgrund der Zurückverweisung gehalten zu prüfen, ob zu einem Zeitpunkt, der bereits mehrere Jahre zurückliegt, die Schwellenwerte des MitbestG überschritten waren oder nicht (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O. Rn. 31 f.). Im Übrigen ist in der vorliegenden Konstellation mit abgeschlossener Beteiligungsvereinbarung zwar vordergründig ein „historischer“ Zeitpunkt zu prüfen, im Kern geht es aber um die Frage, ob die aktuell bestehende Mitbestimmungsvereinbarung wirksam ist oder nicht.

39

(3) Der BGH hat unter Berufung auf Ziel und Zweck des SEBG und der diesem Gesetz zugrundeliegenden Ergänzungsrichtlinie 2001/86/EG ausgeführt, dass bei der vorliegenden SE-Gründung durch Umwandlung das Vorher-Nachher-Prinzip besonders streng gelte (vgl. BGH a.a.O., Rn. 36 ff.). Eine SE-Gründung durch Umwandlung liegt aber auch in der hier zu entscheidenden Konstellation mit abgeschlossener Beteiligungsvereinbarung und ohne anhängiges gerichtliches Statusverfahren vor. Insofern ist auch diese Argumentation übertragbar.

40

cc) Sämtliche Bedenken, die sodann gegen eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung konkret auf den Fall, dass noch kein gerichtliches Statusverfahren eingeleitet wurden, geäußert werden, greifen jedenfalls dann nicht durch, wenn im Zeitpunkt der Umwandlung ein solches Verfahren hätte eingeleitet werden können.

41

(1) Erwägungsgrund 18 der genannten Ergänzungsrichtlinie lautet in der deutschen Fassung: „Die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen ist fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie. Die vor der Gründung von SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE (Vorher-Nachher-Prinzip) sein.“ (so auch Gesetzesbegründung zum SEBG, BT-Drs. 15/3405, S. 41).

42

Soweit in diesem Zusammenhang zum Teil vertreten wird, ein „erworbenes Recht“, sei nur ein solches, das mittels eines Statusverfahrens durchgesetzt wurde, ist diese Auffassung mit der ergangenen BGH-Entscheidung nicht in Einklang zu bringen, denn auch dort war das Statusverfahren - wenn auch eingeleitet - noch nicht abgeschlossen und das Recht damit noch nicht abschließend durchgesetzt. Dennoch hat der BGH dieses Recht als „erworben“ angesehen.

43

(2) Seitens des Landgerichts bzw. der Antragsgegnerin werden sodann weitere Passagen der Richtlinie genannt, aus denen sich vermeintlich etwas anderes ergebe (so z.B. Erwägungsgrund 3: „Beseitigung oder Einschränkung der Gepflogenheiten, die in der Gesellschaft herrschen“, Erwägungsgrund 7: „Sofern es Mitbestimmungsrechte gibt, sollten diese erhalten bleiben“ oder Erwägungsgrund 11: „Sofern und soweit es Mitbestimmungsrechte gibt, sollten diese erhalten bleiben“). Letztlich verdeutlicht dies aber nur, dass verschiedenste Formulierungen, die zum Teil an tatsächliche Umstände und zum Teil an etwaige Rechtspositionen anknüpfen, uneinheitlich verwendet werden. Ein zwingender Schluss kann hieraus nicht gezogen werden.

44

Im Übrigen wäre eine Wortlautinterpretation der deutschen Fassung der Richtlinie angesichts der Tatsache, dass in der EU derzeit 24 Amts- und Arbeitssprachen bestehen und alle Sprachfassungen gleichermaßen verbindlich sind, ohnehin nicht ohne weiteres möglich. Vielmehr wäre ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen unter Berücksichtigung systematischer und vor allem teleologischer Argumente erforderlich (vgl. EuGH, Urt. v. 12.11.1969 - Rs. 29/69 u. Urt. v. 28.03.198 - Rs. 100/84 Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 5. Aufl. <2016> Art. 55 Rn. 4; Schroeder, JuS 2004, 180). Exemplarisch sei auf Erwägungsgrund 18 der englischsprachigen Fassung verwiesen, in der von „employee rights in force“ die Rede ist, was sowohl ein rechtskräftig festgestelltes Recht, als eben auch ein grundsätzlich gültiges Recht meinen kann.

45

(3) Wenn Sinn und Zweck der Normen die strenge Geltung des Vorher-Nachher-Prinzips im Rahmen einer SE-Gründung durch formwechselnde Umwandlung ist, bedarf es zur Beantwortung der Frage, ob in der vorliegenden Konstellation dieses Prinzip verletzt wird, einer genaueren Analyse der „Vorher-Situation“, die durch die Umwandlung erhalten bleiben soll.

46

Konkret gab es vor der Umwandlung weder ein rechtskräftig abgeschlossenes, noch ein anhängiges gerichtliches Statusverfahren. Hieraus lässt sich jedoch nicht zwangsläufig der Schluss ziehen, es habe insofern keinerlei tatsächliche Umstände gegeben, die den bestehenden „Ist-Zustand“ maßgeblich geprägt hätten.

47

Wenn zum damaligen Zeitpunkt nach den konkreten Gegebenheiten ein gerichtliches Statusverfahren hätte eingeleitet werden können, sei es, weil es bereits eine entsprechende Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 AktG gab oder weil Streit bzw. Ungewissheit über die rechtmäßige Zusammensetzung i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestand, hätte auch dies einen den zum damaligen Zeitpunkt bestehenden „Ist-Zustand“ prägenden Umstand dargestellt.

48

Für die erste Konstellation ergibt sich dies bereits indirekt aus der aktuellen Entscheidung des BGH. Zwar war dort tatsächlich bereits ein gerichtliches Verfahren eingeleitet, doch spricht der BGH stets allgemein von einem „anhängigen bzw. eingeleiteten Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG“ (vgl. BGH a.a.O. Leitsatz, Rn. 32, 34, 35, 38). „Statusverfahren“ meint nach allgemeinem Verständnis aber nicht nur das gerichtliche, sondern eben auch das außergerichtliche Verfahren nach § 97 AktG (vgl. MüKoAktG/Habersack, a.a.O., § 97 Rn. 1; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, a.a.O., § 97 Rn. 1).

49

Dies erscheint auch inhaltlich sachgerecht. Es ist nicht ersichtlich, warum nur ein gerichtlicher Streit, nicht aber die Bekanntmachung des Vorstands über die seiner Auffassung nach gesetzeswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats relevant sein soll. In beiden Fällen kann nicht „sehenden Auges“ eine ggf. rechtswidrige Aufsichtsratszusammensetzung perpetuiert werden.

50

Der Vorstand hat bei Zweifeln über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats grds. ein Wahlrecht: Er kann eine Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 S. 1 AktG herausgeben oder unmittelbar ein Statusverfahren einleiten, da in dem Fall auch Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestehen würde (MüKoAktG/Habersack, a.a.O. § 98 Rn. 5; Spindler/Stilz/Spindler, a.a.O. § 98 Rn. 7). In beiden Fällen gilt das oben Gesagte. Bestehen (sogar) beim Vorstand Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, darf die Eintragung der SE die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung derselben nicht vereiteln. Andernfalls käme es zufallsabhängig zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob zuerst das Gerichtsverfahren anhängig gemacht wird oder die Eintragung der SE erfolgt.

51

Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG liegt aber nicht nur dann vor, wenn der Vorstand sich selbst nicht sicher ist, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist, sondern auch, wenn der Vorstand sich zwar seiner eigenen Auffassung gewiss ist, jedoch damit rechnet, dass im zeitlichen Nachgang zu seiner Bekanntmachung eine nach § 98 Abs. 2 AktG antragsberechtigte Person eine gerichtliche Entscheidung beantragen wird, also die konkrete Möglichkeit zukünftiger Streitigkeiten besteht (MüKo/Habersack, a.a.O.; Hüffer/Koch, a.a.O., § 98 Rn. 3). Setzen sich Vorstand und Antragsberechtigter bereits ernsthaft über die Rechtmäßigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats außergerichtlich auseinander, liegt sodann Streit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG vor.

52

Auch in diesen beiden Fällen, in denen zwar nicht beim Vorstand, aber bei einem anderen Beteiligten Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der Aufsichtsratszusammensetzung bestehen, über die bereits außergerichtlich gestritten wird bzw. konkrete Anhaltspunkte für einen derartigen zukünftigen Streit bestehen, muss das Recht auf Einleitung eines Statusverfahrens ebenfalls bestehen bleiben, zumal der Vorstand auch in dem Fall die Möglichkeit hätte, nach § 97 Abs. 1 AktG vorzugehen. Auch in diesen

Konstellationen erscheint es nicht sachgerecht, die Korrekturmöglichkeit durch Eintragung der SE zu vernichten. Die Eintragung könnte bewusst schneller vorangetrieben werden, wenn bekannt wird, dass beispielsweise ein Aktionär Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Aufsichtsratszusammensetzung hat, etwa um der Einleitung eines gerichtlichen Statusverfahrens zuvorzukommen.

53

Allen genannten Konstellationen ist gemeinsam, dass die aktuelle Aufsichtsratszusammensetzung bereits in Frage gestellt und der Weg für die Einleitung eines Statusverfahrens geebnet wurde. Die bestehenden und bereits nach außen getragenen Zweifel über die Gesetzmäßigkeit der aktuellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats dürfen unter dem Aspekt der Vermeidung einer „Flucht aus der Mitbestimmung“ nicht durch die Eintragung in eine SE festgezurr werden. Auch hier wurde das Mitbestimmungsstatut bereits „auf den Prüfstand gestellt“ und die Eintragung der SE ins Handelsregister vor rechtskräftigem Abschluss des Statusverfahrens würde eine gerichtliche Überprüfung vereiteln (vgl. BGH a.a.O. Rn. 38).

54

(4) Dabei wird nicht verkannt, dass eine gewisse „Flucht aus der Mitbestimmung“ bei der SE durchaus strukturell verankert ist, da die SE nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG grundsätzlich den nationalen Mitbestimmungsregeln entzogen ist (vgl. Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp, EBRG, 1. Aufl. <2014> § 47 SEBG Rn. 1 ff.; NK-ArbR/Sagan, 1. Aufl. <2016> § 47 SEBG Rn. 4). An die Stelle des MitbestG bzw. des DrittelbG tritt das SEBG, das jedoch keinen zwingenden, an bestimmte Schwellenwerte anknüpfenden Mitbestimmungsstand kennt. Daher gilt für eine einmal mitbestimmungsfrei errichtete SE - sofern sie zum Zeitpunkt der Errichtung auch nicht mitbestimmt hätte sein müssen -, dass sie dauerhaft mitbestimmungsfrei bleibt, auch wenn sich nachträglich die Umstände ändern, z.B. eine Gesellschaft den Tendenzschutz verliert oder die Schwellenwerte nunmehr überschritten werden (vgl. Rieble, Tendenz-SE, AG 2014, 224, 231; Kessler/Schneider, Aktuelles zur SE, GWR 2018, 461, 461; Löw/Stolzenberg, a.a.O., NZA 2016, 1489, 1490).

55

Dass dieselbe Gesellschaft in der Rechtsform einer deutschen Aktiengesellschaft aufgrund ebendieser strukturellen Änderungen strengeren Mitbestimmungsregeln unterworfen wäre, ist vor der klaren Regelung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG irrelevant und stellt keinen Verstoß gegen das Vorher-Nachher-Prinzip dar, da es sich insofern allenfalls um ein zukünftiges, nicht aber um ein bereits „erworbenes“ Recht handelt, das durch die Umwandlung verloren geht. Durch das Prinzip soll nur verhindert werden, dass ein aufgrund der tatsächlichen Umstände bei Umwandlung bereits bestehendes - wenn auch noch nicht gerichtlich durchgesetztes - Recht auf Mitbestimmung durch die Umwandlung erlischt. Mit anderen Worten: die Umwandlung in die SE soll zwar die Möglichkeit eröffnen, das geltende Mitbestimmungsstatut, nicht aber einen (bekannten) rechtswidrigen Zustand „einzufrieren“. Nur letzteres ist als „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Umwandlung in eine SE anzusehen, die nach Möglichkeit unterbunden werden soll (BGH a.a.O. Rn. 37).

56

(5) Vor diesem Hintergrund überzeugen auch die Ausführungen des LG Berlin nicht, wonach, die Antragsteller nicht schutzwürdig seien, da sie es während des Bestehens der AG in der Hand gehabt hätten, die Rechtswidrigkeit der fehlenden Mitbestimmung gerichtlich feststellen zu lassen und sie daher nunmehr nicht ohne jegliche Befristung auch Jahre nach der Umwandlung die Fehlerhaftigkeit der Aufsichtsratsbesetzung rügen könnten (LG Berlin, Beschluss vom 01.04.2019 - 102 O 120/17, ZIP 2019, 2057 ff.).

57

Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass es die Gesellschaft ist, die angesichts des bereits bestehenden Streits bzw. der bestehenden Ungewissheit nicht schutzwürdig ist. Der Umstand, dass im Übrigen keinerlei Befristung besteht, also die zum Streit führenden Tatsachen bereits Jahre bestanden haben können, bevor erste Schritte i.S.d. §§ 97 ff. AktG eingeleitet werden, ist vom Gesetzgeber gewollt und gilt im Übrigen ebenso für die deutsche AG (vgl. Spindler/Stilz/Spindler, AktG, a.a.O., § 98 Rn. 6, 26; Hölters/Simon, AktG, 3. Aufl. <2017> § 98 Rn. 6, 39; MüKoAktG/Habersack, AktG, a.a.O., § 98 Rn. 3, 30).

58

dd) Auch die in Literatur und Rechtsprechung geäußerten Bedenken konkret betreffend die Konstellationen, bei denen Beteiligungsvereinbarungen abgeschlossen wurden, vermögen letztlich nicht durchzugreifen.

59

(1) Zunächst ist nicht ersichtlich, inwieweit aus der Formulierung „zumindest“ in § 35 Abs. 1 SEBG einerseits und der Formulierung „mindestens“ in § 21 Abs. 2 SEBG, die laut Duden synonym verwendet werden können (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/zumindest), auf einen unterschiedlichen Maßstab geschlossen werden soll (so aber Rombey/Vogt, a.a.O., NZG 2019, 1412, 1415). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der weiteren Formulierungsunterschiede. Es erscheint zweifelhaft, ob „der Erhalt einer Regelung zur Mitbestimmung, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat“ tatsächlich ein „Mehr“ gegenüber der Formulierung „Gewährleistung des gleichen Ausmaßes in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung“ ausdrücken will.

60

Dabei ist auch ein Rückgriff auf die in § 2 SEBG genannten Begriffsbestimmungen nicht zielführend. Zwar wird dort in Abs. 8 und Abs. 9 zwischen „Beteiligung“ einerseits und „Beteiligungsrechten“ andererseits unterschieden, doch werden eben diese Begrifflichkeiten in den genannten Normen gerade nicht konsequent verwendet. Im Übrigen zeigt beispielsweise die Vorschrift des § 21 Abs. 4 SEBG, dass die Formulierungen sogar synonym verwendet werden. So heißt es dort, dass in der Vereinbarung festgelegt werden soll, dass „auch vor strukturellen Änderungen der SE Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE aufgenommen werden“. Gemeint waren aber offensichtlich Verhandlungen über Beteiligungsrechte.

61

Letztlich zeigt auch diese Wortlautanalyse lediglich, dass verschiedene Begrifflichkeiten für dieselben Vorgänge bzw. anders herum verwendet werden. Gerade auch vor dem Hintergrund der europäischen Ergänzungsrichtlinie auf der das SEBG beruht, ist eine derartige wortlautorientierte Auslegung daher jedenfalls kritisch zu hinterfragen.

62

(2) Es ist zutreffend, dass im Hinblick auf eine an Sinn und Zweck des SEBG orientierten Auslegung in Konstellationen, in denen eine Beteiligungsvereinbarung geschlossen wurde insbesondere auch der Grundsatz des Vorrangs der Verhandlungslösung, der in § 1 Abs. 2 S. 1 SEBG zum Ausdruck kommt (vgl. Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, a.a.O., § 1 SEBG Rn. 6; MüKo/Jacobs, a.a.O., § 1 SEBG Rn. 4), berücksichtigt werden muss. Hieraus kann entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht jedoch nicht gefolgert werden, dass ein Abstellen auf den Soll-Zustand (unter den oben genannten Voraussetzungen) die Verhandlungsautonomie der Parteien über Gebühr einschränken würde (so aber Rombey/Vogt, a.a.O., NZG 2019, 1412, 1416).

63

Bereits im Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2001/86/EG heißt es diesbezüglich: „Die vor der Gründung von SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE (Vorher-Nachher-Prinzip) sein.“ Wenn die Gestaltung der Beteiligungsrechte aber vorrangig durch den Abschluss von Beteiligungsvereinbarungen erfolgt, dann muss auch dort das Vorher-Nachher-Prinzip entsprechend gelten. Eine grundsätzliche Verdrängung des Vorher-Nachher-Prinzips durch den Vorrang der Verhandlungslösung kann jedenfalls nicht erkannt werden.

64

Im Übrigen ist im Hinblick auf die Wahrung der Verhandlungsautonomie zu berücksichtigen, dass der Senat vorliegend lediglich von einer Teilnichtigkeit der Beteiligungsvereinbarung ausschließlich betreffend die Regelung bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung ausgeht. Warum stattdessen von einer Gesamtnichtigkeit der Beteiligungsvereinbarung, die neben der Aufsichtsratsbesetzung auch noch zahlreiche weitere Punkte - insbesondere zum SE-Betriebsrat - regelt, ausgegangen werden sollte, ist auch vor dem Hintergrund des § 15 Abs. 5 SEBG nicht ersichtlich, zumal dies auch der in der Beteiligungsvereinbarung vorhandenen salvatorischen Klausel (Ziff. 30 der Mitbestimmungsvereinbarung) zuwiderlaufen würde. Die Regelungen zum SE-Betriebsrat sind inhaltlich nicht mit der Regelung zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat verknüpft, so dass eine klare Trennung erfolgen kann (vgl. Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni, a.a.O., § 21 SEBG, Rn. 7; MüKoAktG/Jacobs, a.a.O. § 21 Rn. 12).

65

Insofern stellt sich auch das Problem der ggf. vorrangigen analogen Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG nicht (so aber LG Berlin, Beschluss vom 01.04.2019 - 102 O 120/17, ZIP 2019, 2057, 2061, das allerdings

auf die gegenteilige Auffassung in Gaul/Ludwig/Forst/Kuhnke/Hoops, Europäisches Mitbestimmungsrecht, a.a.O. verweist; in diese Richtung auch Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. <2018> § 21 SEBG Rn. 75, 79; Habersack, AG 2018, 823, 825, 826). Anders wäre dies ggf. zu beurteilen, wenn z.B. eine falsche Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums und somit ein Fehler, der die gesamte Mitbestimmungsvereinbarung betrifft, vorlag (so bei LAG Berlin-Brandenburg, a.a.O.). Dies ist aber in der hiesigen Konstellation gerade nicht der Fall.

66

Dies deckt sich im Übrigen auch mit der Regelung bei Statusverfahrens betreffend eine monistisch organisierten SE nach §§ 25, 26 SEAG. Dort ist in § 26 Abs. 3 SEAG geregelt, dass der neue Verwaltungsrat nach den in der Entscheidung angegebenen Vorschriften zusammzusetzen ist, wenn die aktuelle Zusammensetzung nicht der gerichtlichen Entscheidung entspricht. Dieser Gleichlauf mit § 98 Abs. 4 S. 1 AktG gilt uneingeschränkt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich der Verwaltungsrat nicht nur nach den jeweiligen gesetzlichen, sondern bei Abschluss einer participationsvereinbarung eben auch nach den maßgeblichen vertraglichen Vorschriften richten kann (vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 SEAG; s.o.). Dass im Fall einer unwirksamen vertraglichen Vereinbarung keine gerichtliche Entscheidung über die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrats ergehen, sondern vielmehr zunächst eine Neuverhandlung erfolgen müsse, geht aus dem Gesetz an keiner Stelle hervor.

67

ee) Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass die aktuelle BGH-Rechtsprechung auch auf Fallkonstellationen mit abgeschlossener participationsvereinbarung und im Zeitpunkt der Umwandlung noch nicht eingeleitetem gerichtlichen Statusverfahren übertragen werden kann, sofern zu diesem Zeitpunkt die rechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats unter den Voraussetzungen der §§ 97 ff. AktG bereits hätte geltend gemacht werden können.

68

3. Vorliegend kann der Senat eben dies - Bestehen eines prozessual durchsetzbaren Rechts auf Mitbestimmung im Zeitpunkt der Umwandlung - jedoch aus mehreren Gründen nicht abschließend beurteilen, weswegen die Sache zur weiteren Behandlung und erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückzugeben ist.

69

a) Im Unterschied zur Vorschrift des § 65 Abs. 3 FamFG, wonach in der Beschwerdeinstanz neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können und eine (im Rahmen der Beschwerdeeinlegung) umfassende Prüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgt (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl. <2020> § 65 Rn. 9), kann die Beschwerde in einem Statusverfahren nach § 99 Abs. 3 S. 3 AktG nur auf die Verletzung des Rechts gestützt werden und ist somit Rechtsbeschwerde (OLG Hamburg, Beschluss vom 04.07.2017 - 11 W 19/17, AG 2018, 87; MüKoAkt/Habersack, AktG, a.a.O., § 99 Rn. 21; Spindler/Stilz/Spindler, AktG, a.a.O., § 99 Rn. 13).

70

Danach kann Tatsachenvortrag eines Beteiligten nur berücksichtigt werden, wenn dieser in die erstinstanzliche Entscheidung aufgenommen wurde oder ausnahmsweise, wenn es sich um neue Tatsachen handelt, die sich erst in der Beschwerdeinstanz ereignen, unstreitig sind und keine schützenswerten Belange der Verfahrensbeteiligten verletzen (BGH, Urt. v. 03.04.1998 - V ZR 143/97, NJW-RR, 1998, 1284; Spindler/Stilz/Spindler, a.a.O.; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. <2018> § 99 Rn. 7; Hölters/Simon, AktG, 3. Aufl. <2017> § 99 Rn. 14). Das ist vorliegend nicht der Fall.

71

b) Zunächst ist unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ungewiss, ob aus formeller Sicht bereits zum damaligen Zeitpunkt überhaupt ein Statusverfahren hätte eingeleitet werden können. Die Sache ist daher bereits unter diesem Aspekt an das Landgericht zurückzuverweisen.

72

Vorliegend bestand offensichtlich im Zeitpunkt der Antragstellung Streit zwischen den Beteiligten über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats, weswegen der Antrag grundsätzlich zulässig und nicht bereits mangels Rechtsschutzbedürfnis abzuweisen ist. Hier geht es aber um die Frage, welche tatsächlichen Umstände bei Umwandlung vorgelegen und dementsprechend zum damaligen Zeitpunkt den

Ist-Zustand geprägt haben, also ob bereits im Zeitpunkt der Umwandlung Streit oder Ungewissheit in Bezug auf die Aufsichtsratszusammensetzung bestand.

73

Dies kann durch den Senat jedoch nicht abschließend beurteilt werden. Feststellungen in Bezug auf die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt der Umwandlung hat das Landgericht nicht getroffen. Etwaige unstrittige Tatsachen, die nach dem oben Gesagten berücksichtigungsfähig wären, liegen ebenfalls nicht vor.

74

So hat zwar die Antragsgegnerin unbestritten vorgetragen, dass der Antragsteller seinerzeit nicht Aktionär gewesen sei, sondern erst im Jahr 2017 die Aktien erworben habe (Bl. 96 d.A.), doch ergibt sich dies weder aus dem festgestellten Sachverhalt noch aus den Anlagen, auf die der landgerichtliche Beschluss Bezug nimmt. Aus der Bankbestätigung vom 26.08.2017 (Anl. ASt. zum Schriftsatz vom 10.10.2017) geht lediglich hervor, dass der Antragsteller zum 02.10.2017 Aktieninhaber war, nicht aber, wann die Aktien erworben wurden. Sollte der Antragsteller im Zeitpunkt der Umwandlung tatsächlich noch nicht Aktionär der Antragsgegnerin gewesen sein, erscheint es äußerst fraglich, ob bereits im Jahr 2012 zwischen den Beteiligten Streit bestanden hat. Die dem Senat vorliegende außergerichtliche Korrespondenz zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin beginnt jedenfalls erst im Jahr 2017 (vgl. Anl. ASt 1, 2).

75

Ob sonst Streit oder Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestand, erscheint angesichts der Tatsache, dass keiner der am Abschluss der Beteiligungsvereinbarung beteiligten Personen während des Umwandlungsverfahrens Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Besetzung des Aufsichtsrats geäußert hat - jedenfalls ist entsprechendes nicht vorgetragen worden - ebenfalls zweifelhaft, kann jedoch mangels Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden.

76

Sollte im Zeitpunkt der Umwandlung tatsächlich kein Streit bzw. jedenfalls Ungewissheit über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestanden haben, hätte zu diesem Zeitpunkt auch nicht die Möglichkeit der Einleitung eines Statusverfahrens bestanden und es hätte in der Tat keinen Umstand gegeben, der den „Ist-Zustand“ maßgeblich mitgeprägt hätte, bzw. hätte der Vorher-Nachher-Vergleich bereits aus diesem Grund ergeben, dass durch den Abschluss der Beteiligungsvereinbarung keinerlei bestehende Rechte verkürzt worden wären.

77

c) Sofern ein Statusverfahren nach dem oben Gesagten schon damals hätte eingeleitet werden können, ist weiterhin offen, ob bei der Antragsgegnerin tatsächlich eine Mitbestimmung nach dem MitbestG bzw. DrittelbG hätte erfolgen müssen.

78

Das Landgericht hat lediglich festgestellt, dass zum 31.05.2012 1.815 Mitarbeiter bei der Antragstellerin beschäftigt gewesen seien. Der Geschäftsbericht für das Jahr 2012 habe eine Arbeitnehmerzahl von über 2.000 im Durchschnitt des Jahres 2012 ausgewiesen (Bl. 38 d.A.). Dabei bleibt offen, ob es sich hierbei um die Mitarbeiter im Gesamtkonzern, in den deutschen Gesellschaften oder tatsächlich nur bei der Antragsgegnerin, also der ursprünglichen ... AG handelt.

79

Der Antragsteller hatte in diesem Zusammenhang unter Bezugnahme auf die Geschäftsberichte vorgetragen, dass die Antragsgegnerin in den Jahren 2011 und 2012 über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt habe, im Jahr 2013 seien es 2.360 Arbeitnehmer gewesen (Bl. 3 d.A.). Die Antragsgegnerin hat diese Zahlen nicht bestritten, jedoch darauf hingewiesen, dass es sich dabei jeweils um die Zahlen zum 31.12. handle (Bl. 9 d.A.). Die Geschäftsberichte liegen dem Senat nicht vor.

80

Die Antragsgegnerin behauptet weiterhin, dass zum 31.05.2012 unmittelbar bei der ... AG weniger als 500 Mitarbeiter beschäftigt gewesen seien und in Bezug auf die Tochtergesellschaften kein Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung in sonstiger Weise vorgelegen habe (Bl. 10 d.A.). Wie viele Mitarbeiter unmittelbar bei der ... AG angestellt waren, ist dem Senat nicht bekannt. Weiterer Vortrag bzw. Feststellungen zur Konzernstruktur und der Anzahl der Mitarbeiter in den jeweiligen Tochtergesellschaften

sind ebenfalls nicht vorhanden. Lediglich aus der Anlage AG 3 ergibt sich, dass bei der ... AG im Mai 2012 43 Mitarbeiter angestellt waren, was jedoch in einem gewissen Widerspruch zu den Ausführungen des Landgerichts zur „arbeitnehmerlosen Holding“ steht.

81

Diese Feststellungen reichen zunächst nicht aus, um die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 MitbestG abschließend prüfen zu können, da entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin maßgeblich auf eine Prognose für einen gewissen Zeitraum abzustellen ist (wobei der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht und der h.M. in der Literatur davon ausgeht, dass lediglich die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer mitzuzählen sind, vgl. Senatsbeschlüsse vom 04.07.2018 - 31 Wx 219/18 und 220/18 (nicht veröffentlicht), OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 25.05.2018 - 21 W 32/18, ZIP 2018, 1175 ff.).

82

Zwar besagt § 4 Abs. 4 SEBG ausdrücklich, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der Zahl der Arbeitnehmer der Zeitpunkt der Information nach Absatz 2 sei, welcher nach h.M. aufgrund praktischer Schwierigkeiten regelmäßig durch Monatsend- bzw. Quartalszahlen ausgedrückt werden kann (vgl. MüKoAktG/Jacobs, a.a.O., § 4 SEBG Rn. 26; Löw/Stolzenberg, NZA 2016, 1489, 1491 f.), doch handelt es sich hierbei nicht um den Zeitpunkt, der für die Prüfung des Erreichens des Schwellenwertes nach § 1 Abs. 1 MitbestG relevant ist. Der in § 4 Abs. 4 SEBG genannte Zeitpunkt ist für sämtliche im SEBG genannten Normen, die wiederum auf die Mitarbeiteranzahl abstellen, relevant, insbesondere also für die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums (vgl. § 5 Abs. 1, 4 SEBG), die qualifizierten Mehrheiten bei Abstimmungen innerhalb dieses Gremiums (vgl. § 15 Abs. 3 SEBG) und die Auffangregelung des § 34 Abs. 1 Nr. 2 SEBG, nicht aber für die Bestimmung eines bestimmten Zeitpunkts/Zeitraums nach anderen Gesetzen.

83

Vorliegend geht es um die Frage, ob in der Beteiligungsvereinbarung im Sinne des § 21 Abs. 6 SEBG in Bezug auf die Arbeitnehmerbeteiligung das gleiche Ausmaß gewährleistet wird, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Es geht mithin um die Beurteilung des bisher geltenden nationalen Mitbestimmungsstatus, genauer um die Frage der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 MitbestG. Dieser besagt, dass das Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen muss. In diesem Zusammenhang ist allgemein anerkannt, dass eine Prognose für einen gewissen Zeitraum (ca. 17 - 20 Monate) anzustellen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.1994 - 19 W 2/94 AktE; ErfKArbR/Oetker, 19. Aufl. <2019> § 1 MitbestG Rn. 13; Heidel/Wichert, AktR, 5. Aufl. <2020> § 1 MitbestG Rn. 20). Eine solche kann ohne entsprechende Feststellungen jedoch nicht getroffen werden.

84

Sollte danach im maßgeblichen Prognosezeitraum der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern nicht erreicht sein, wären darüber hinaus weitere Feststellungen zu § 1 DrittelbG erforderlich. Insofern gelten grds. die obigen Ausführungen entsprechend, es kann derzeit aber insbesondere nicht abschließend beurteilt werden, ob es sich tatsächlich um eine Altgesellschaft in Form einer arbeitnehmerlosen Holding handelt oder ob die Arbeitnehmer etwaiger Tochtergesellschaften zugerechnet werden müssen (vgl. allg. zu den Voraussetzungen Habersack/Henssler/Habersack, MitbestR, 4. Aufl. <2018> § 1 DrittelbG Rn. 17 ff., BGH, Beschluss vom 07.02.2012 - II ZB 14/11, NZG 2012, 421).

85

Die Sache ist daher zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

C.

I.

86

Die Kostenentscheidung bleibt dem Landgericht vorbehalten (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, a.a.O., § 69 Rn. 39a; BeckOK/Obermann, FamFG, 32. Ed. 01.10.2019, § 69 Rn. 18).

II.

87

Die Entscheidung über den Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 75 GNotKG. Besondere Umstände, die eine Abweichung vom dort genannten Regelgeschäftswert rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

III.

88

Die Rechtsbeschwerde ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen, § 70 FamFG.

89

Die hier zu entscheidende Rechtsfrage ist höchstrichterlich bisher nicht geklärt und in der Literatur sehr umstritten (s.o.). Dass das Verfahren von einem einzigen Antragsteller, der deutschlandweit diverse Statusverfahren eingeleitet hat, initiiert wurde, ist dabei irrelevant (vgl. insofern auch Senat, Beschluss vom 30.07.2018 - 31 Wx 257/18 zur Verneinung der Rechtsmissbräuchlichkeit eines solchen Antrags des hiesigen Antragstellers). Es handelt sich dennoch um eine klärungsbedürftige Rechtsfrage, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlich Entwicklung und Handhabung des Rechts betrifft (vgl. BGH, Beschluss vom 05.05.2004 - XII ZR 323/02, BeckRS 2004, 05797; MüKo/Fischer, 3. Aufl. <2018> FamFG, § 70 Rn. 26). Obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Problematik liegt - soweit ersichtlich - nicht vor. Das LG Berlin hat sich im Beschluss vom 01.04.2019 (102 O 120/17AktG) in einer vergleichbaren Konstellation zwar für die Maßgeblichkeit des „Ist-Zustands“ ausgesprochen, eine Entscheidung der Beschwerdeinstanz steht jedoch noch aus (KG - 14 W 45/19).

90

Eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV kommt nach der hier vertretenen Auffassung zur Anknüpfung an den „Ist-“ oder „Soll-Zustand“ hingegen nicht in Betracht, so dass sich weitere Ausführungen zum Verhältnis zwischen Rechtsbeschwerde und Vorabentscheidungsverfahren sowie zur Statthaftigkeit des Vorlageverfahrens erübrigen.