OLG München, Beschluss v. 26.03.2020 – 31 Wx 280/18

Titel:

Rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft nach deren Umwandlung in eine SE

Normenketten:

AktG § 97, § 98 Abs. 1, § 99 Abs. 4 S. 4

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 zusammenzusetzen war. (Rn. 29)

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. 61)

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. 67)

Schlagworte:

Aufhebung, Aufsichtsrat, Beschwerde, besonderes Verhandlungsgremium, Beteiligungsvereinbarung, Betriebsrat, Eintragung, Gesellschaft, Mitbestimmung, Mitbestimmungsvereinbarung, Rechtsbeschwerdegrund, Statusverfahren, Umwandlung

Fundstellen:

BB 2020, 1792

AuR 2020, 438

DB 2020, 943

BeckRS 2020, 5669

LSK 2020, 5669

Tenor

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Landgerichts München I vom 26.06.2018 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 wurde bis ins Jahr 2015 in der Rechtsform einer deutschen Aktiengesellschaft betrieben. Ihr Aufsichtsrat setzte sich bis dato ausschließlich aus Vertretern der Anteilseigner zusammen.

3
Die Antragsgegnerin war und ist als geschäftsleitende, selbst nicht operativ tätige Holding eines international agierenden Medienkonzerns tätig, der bereits im Jahr 2015 im Gesamtkonzern allein in Deutschland mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigte.

4
Aufgrund eines Umwandlungsplans vom 09.03.2015 wurde die Antragsgegnerin in eine dualistisch organisierte europäische SE umgewandelt, die Eintragung erfolgte am 07.07.2015. Im Vorfeld der Umwandlung schlossen die AG und das besondere Verhandlungsgremium am 27.02.2015 eine Beteiligungsvereinbarung (Anl. AG 2), die in § 24 - Mitbestimmung - wie folgt lautet: „Eine Mitbestimmung in Aufsichts- oder Verwaltungsorganen der Gesellschaft findet nicht statt."

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 01.11.2017 (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 03.11.2017 (Bl. 4 d.A.) die Veröffentlichung des Antrags im Bundesanzeiger veranlasst und den Betriebsrat der Antragsgegnerin angehört, sowie den Beteiligten mehrere Fristen zur Erwiderung, Replik und Duplik gewährt. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

7
Mit Beschluss vom 26.06.2018 (Bl. 59/68 d.A.), dem Antragsteller zugestellt am 02.07.2018 und im Bundesanzeiger veröffentlicht am 18.07.2018, 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. 69/70 d.A.), eingegangen bei Gericht am selben Tag.

9
Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.08.2018 nicht abgeholfen (Bl. 71/73 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 04.02.2019 (Bl. 118/120 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. 126 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 B./H., Das „E.b.-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 ungeachtet des unstreitigen Erreichens des Schwellenwertes von 2.000 Arbeitnehmern im Inland 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 Rechtsmäßigkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrats besteht, hat das Landgericht dementsprechend nicht getroffen.

20
Gleiches gilt für Feststellungen in Bezug auf die Struktur der unmittelbar bei der Antragsgegnerin als Konzernobergesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer, deren Aufgabenbereiche, Weisungsbefugnisse, etc.. In Bezug auf die einzelnen Tochterunternehmen bzw. Bereiche hat das Landgericht lediglich festgestellt, dass sich die Geschäftsaktivitäten in die drei Segmente „Broadcasting Germanspeaking“ mit Aktivitäten im

Bereich der Veranstaltung und Verbreitung von Fernsehsendungen in den deutschsprachigen Sendern in Deutschland, Österreich und der Schweiz, „C. Production & G. Sales“ mit der Produktion und dem Vertrieb von TV-Formaten für die Sender der Gruppe und internationale Fremd-Auftraggeber sowie „Digital & Adjacent“ mit Digital-Aktivitäten einschließlich der digitalen Verbreitung von Programminhalten der Gruppe über das Internet, einem Streaming-Portal und Beteiligungen im Bereich E-Commerce aufteilten. Welches quantitative oder qualitative Gewicht die einzelnen Bereiche haben, wurde nicht festgestellt. Auch eine weitere Konkretisierung der jeweiligen Bereiche, insbesondere der Tätigkeit im Bereich der TV-Sender und Programmfenster ist nicht erfolgt. Der Beschluss verweist zur Ergänzung des wechselseitigen Vorbringens allerdings unter anderem auf die den Schriftsätzen beigefügten Anlagen. Dort finden sich in Anlagen AG 7 - 9 auszugsweise die Geschäftsberichte der Antragsgegnerin für die Jahre 2014 und 2015, die weitere Informationen hinsichtlich Mitarbeiter- und Umsatzzahlen und nähere Umschreibungen der jeweiligen Bereiche enthalten.

21
2. Diese Ausführungen des Landgerichts halten den Angriffen der Beschwerde nicht in allen Punkten stand.

22
a) Zutreffend ist das Landgericht dabei zunächst davon ausgegangen, dass eine vorrangige ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht besteht.

23
Nach § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen 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.).

24
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.

25
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).

26

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.

27
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.

28
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).

29
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.

30
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).

31
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.

32
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).

33
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 zusammenzusetzen 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.).

34
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:

35
(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).

36
Aus der Tatsache, dass aus dem Kontinuitätsprinzip nicht die grundsätzliche Maßgeblichkeit des „Ist-Zustands“ hergeleitet werde 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).

37
(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.

38
(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.

39
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.

40
(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).

41
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 ergangen 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.

42
(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.

43
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.

44
(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.

45
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.

46
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.

47
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).

48
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.

49
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.

50
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 zusammenzusetzen 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.

51
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.

52
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 festgezurrt 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).

53
(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).

54
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).

55
(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.).

56

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).

57
dd) Auch die in Literatur und Rechtsprechung geäußerten Bedenken konkret betreffend die Konstellationen, bei denen Beteiligungsvereinbarungen abgeschlossen wurden, vermögen letztlich nicht durchzugreifen.

58
(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.

59
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.

60
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.

61
(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 vertretener 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).

62
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.

63
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 (§ 28 der Beteiligungsvereinbarung) 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).

64
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.

65
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 zusammenzusetzen 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 Beteiligungsvereinbarung 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.

66
ee) Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass die aktuelle BGH-Rechtsprechung auch auf Fallkonstellationen mit abgeschlossener Beteiligungsvereinbarung 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.

67
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.

68
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).

69
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.

70
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.

71
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.

72
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 unstreitige Tatsachen, die nach dem oben Gesagten berücksichtigungsfähig wären, liegen ebenfalls nicht vor.

73
So hat zwar die Antragsgegnerin unbestritten vorgetragen, dass der Antragsteller seinerzeit nicht Aktionär gewesen sei, sondern erst unmittelbar vor Einleitung des Statusverfahrens eine Aktie erworben habe (Bl. 32 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 08.11.2017 (Anl. ASt. zum Schriftsatz vom 08.11.2017) geht lediglich hervor, dass der Antragsteller zum 01.11.2017 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 2015 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).

74
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.

75
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.

76
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 hätte erfolgen müssen.

77
Unstreitig waren allein in Deutschland zum maßgeblichen Zeitpunkt deutlich mehr als 2.000 Mitarbeiter im Gesamtkonzern, auf den insofern maßgeblich abzustellen ist (vgl. § 5 Abs. 1 MitbestG), beschäftigt. Dies gilt ungeachtet etwaiger weiterer Streitigkeiten in Literatur und Rechtsprechung zur Frage des exakt maßgeblichen Zeitpunkts/Zeitraums zur Bestimmung der Mitarbeiterzahl (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 26.03.2020 - 31 Wx 279/18) oder der Frage, ob Leiharbeiter mitzuzählen sind (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 26.03.2020 - 31 Wx 278/18), so dass sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.

78

Offen ist jedoch, ob der Tendenzschutz des § 1 Abs. 4 MitbestG zur Anwendung gelangt.

79
Der Antragsgegnerin ist zwar darin zuzustimmen, dass die sich aus den Geschäftsberichten ergebenden Zahlen vom Antragsteller nicht bestritten wurden, aber selbst bei Unterstellung dieses Vortrages vermag der Senat eine abschließende Entscheidung über die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 4 MitbestG nicht zu treffen. Es kann daher dahinstehen, ob die allgemeine Bezugnahme auf sämtliche Schriftsätze samt Anlagen im landgerichtlichen Beschluss ausreichend ist oder ob es sich hierbei um unstreitigen Vortrag handelt, der nach den oben genannten Kriterien ausnahmsweise auch ohne entsprechende Feststellung in der erstinstanzlichen Entscheidung zu berücksichtigen wäre.

80
Nach § 1 Abs. 4 MitbestG gilt das MitbestG nicht bei Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend entweder nach Ziff. 1 politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder nach Ziff. 2 Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG anzuwenden ist, dienen. Eine unmittelbare Tendenzverfolgung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Unternehmenszweck selbst auf diese ausgerichtet ist und das Unternehmen nicht lediglich die Tendenzverfolgung durch andere wirtschaftlich fördern soll (MüKoAkt/Annuß MitbestG, 5. Aufl. <2019> § 1 Rn. 33; NK-ArbR/Lunk, 1. Aufl. <2016> BetrVG § 118 Rn. 8). Überwiegend ist die Tendenzverfolgung nach zutreffender Ansicht, wenn sie quantitatives Übergewicht hat, wenn also der größere Teil der personellen (und ggf. sonstigen) Betriebsmittel für die Tendenzverwirklichung eingesetzt wird (vgl. Senat, Beschluss vom 09.05.2019 - 31 Wx 428/18; BAG, Beschluss vom 27.07.1993 - 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329; BAG, Beschluss vom 15.03.2006 - 7 ABR 24/05, NZA, 1006, 1422; MüKoAkt/Annuß, a.a.O. Rn. 35; NK-ArbR/Heither/von Morgen, 1. Aufl. <2016> MitbestG § 1 Rn. 25). Insofern steht die Tatsache, dass zum Konzern auch Tochtergesellschaften aus dem Bereich E-Commerce, Travel, Home & Living, etc. gehören der Annahme des Tendenzschutzes grundsätzlich nicht entgegen, selbst wenn die Tendenzbereiche, wie der Antragsteller ausführt, als Hebel für die übrigen Bereiche genutzt werden sollen. Entscheidend ist allein, dass die Tendenzverfolgung nach den oben genannten Kriterien überwiegt.

81
Anders als für die Frage der Anzahl der Mitarbeiter kommt es für die Beurteilung des Tendenzschutzes jedoch nicht auf den Gesamtkonzern, sondern auf die einzelnen Unternehmen an, so dass im Konzern für die einzelnen konzernzugehörigen Unternehmen das Eingreifen des Tendenzprivilegs jeweils gesondert zu beurteilen ist (vgl. MüKoAktG/Annuß, a.a.O. Rn. 36; ErfK/Oetker, MitbestG, 19. Aufl. <2019> § 5 Rn. 16). Dies gilt nicht nur für die einzelnen Tochtergesellschaften, sondern grundsätzlich auch für die hier zu beurteilende Konzernobergesellschaft. Auch diese kann trotz des Umstands, dass sie selbst nicht operativ tätig ist, Tendenzunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 4 MitbestG sein, denn auch die Ausübung von Leitungsmacht in Form von inhaltlichen Vorgaben, Personalentscheidungen, etc. in tendenzgeschützten Bereichen kann Ausdruck unmittelbarer Tendenzverfolgung sein. Das alleinige Abstellen auf die Tendenzqualität der Tochterunternehmen wird hingegen dem Merkmal der Unmittelbarkeit nicht gerecht (OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.02.2013 - 6 Wx 5/12, ArbRAktuell, 2013, 429; Habersack/Henssler/Habersack, MitbestG, 4. Aufl. <2018> § 5 MitbestG Rn. 60; MüKoAktG/Annuß, a.a.O. Rn. 37; Rieble, AG 2014, 224, 229; missverständlich LG München I, Beschluss vom 31.08.2018 - 5 HKO 11323/15, EWiR 2018, 587 Rn. 15).

82
Es kommt daher entscheidend darauf an, ob die Antragsgegnerin insbesondere durch inhaltliche Vorgaben, Personalentscheidungen, etc. die Tendenzverwirklichung der jeweiligen Töchter bzw. Bereiche - die dementsprechend inzident geprüft werden muss - lenken kann und ob diese Lenkungsfunktion quantitatives Übergewicht hat. Die Beantwortung dieser Fragen ist dem Senat jedoch mangels genauerer Feststellungen zur Konzernstruktur bzw. zu den einzelnen Bereichen und Tochtergesellschaften nicht möglich. Es bedarf insofern einer weiteren Sachverhaltsaufklärung durch das Landgericht.

83
Das Landgericht wird insbesondere aufzuklären haben, wie viele der unmittelbar in der Konzernobergesellschaft angestellten Mitarbeiter für welche Bereiche der Tochtergesellschaften zuständig sind. Des Weiteren hat es zu klären, welche Steuerungs- und Führungskompetenzen dort jeweils bestehen. Die Satzung der P.S.Sat.1 M. AG, die dem Senat jedoch nur auszugsweise vorliegt, gibt insofern wenig

Aufschluss. Dort heißt es unter § 3 Nr. 3 lediglich, dass die Gesellschaft berechtigt sei, weitere Unternehmen zu gründen und diese sodann zu leiten und zu verwalten. Die Gesellschaft kann sich ausweislich dieser Regelung aber auch auf die Verwaltung des eigenen Vermögens beschränken, was grundsätzlich gegen die Annahme von Tendenzschutz sprechen würde (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10.08.1995 - 3Z BR 149/93, BeckRS 1995, 5715; OLG Brandenburg, a.a.O., jeweils zu karitativen Einrichtungen).

84
In Bezug auf die Tendenzverwirklichung in den jeweiligen Tochtergesellschaften bzw. Unternehmensbereichen wäre darüber hinaus zu berücksichtigen, dass zwar ausweislich des Geschäftsberichts der weit überwiegende Teil der Mitarbeiter im Bereich „Broadcasting Germanspeaking“ tätig ist, doch kann der Auffassung der Antragsgegnerin, dass der gesamte Bereich dementsprechend tendenzgeschützt sei, nicht uneingeschränkt gefolgt werden. So hat der Senat zwar in einem Verfahren betreffend einen abonnementbasierten Sreaming-Anbieter entschieden, dass grundsätzlich nicht nur die Produktion und Ausstrahlung von Eigenproduktionen, sondern auch die Ausstrahlung von Fremdproduktionen unter Art. 5 GG fallen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 09.05.2019 - 31 Wx 428/18, BAG, Beschluss vom 27.07.1993 - 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329), wobei entgegen der Auffassung des Antragstellers unerheblich ist, dass mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt wird (vgl. BAG, Urt. v. 14.11.1975 - 1 ABR 107/74; Richardi/Forst, BetrVG, 16. Aufl. <2018> § 118 Rn. 59 m.w.N.). Entscheidend ist jedoch, dass es sich vorliegend anders als im zuvor entschiedenen Verfahren um einen Free-TV-Sender handelt, der sich ganz überwiegend aus Werbeeinnahmen finanziert.

85
Wie viele Mitarbeiter der Veranstaltung und Verbreitung von (eigenen oder fremden) Fernsehsendungen und wie viele von ihnen dem Werbegeschäft zuzuordnen sind, steht bislang nicht fest. Aus dem Geschäftsbericht ergibt sich lediglich, dass die Begleitung der Werbekunden und Agenturen von der Ideenfindung über die Konzeption bis hin zur Umsetzung zum Kerngeschäft dieses Bereichs gehört (vgl. Geschäftsbericht 2015, S. 90, Anl. AG 8).

86
Insofern erscheint der Tendenzschutz jedoch fraglich. Dabei verkennt der Senat nicht, dass sich der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen und reine Wirtschaftswerbung erstreckt und insbesondere auch die Veröffentlichung fremder Werbeanzeigen in den Schutzbereich aufgenommen ist (vgl. BVerfG, Urt. v. 12.12.2000 - 1 BvR 1762/95, NJW 2001, 591 ff.), es stellt sich jedoch die Frage zur Abgrenzung der bloßen Unterstützung und Förderung einer fremden Tendenztätigkeit zur eigenen - unmittelbaren - tendenzbezogenen Tätigkeit. So hat das BAG beispielsweise für Anzeigenredakteure entschieden, dass deren Tätigkeit unmittelbar tendenzbezogen sei, da sie durch eigene Veröffentlichungen sowie die Auswahl und Bearbeitung von Beiträgen und Texten Dritter an der Gestaltung der Tageszeitung mitwirkten. Außerdem seien sie nicht den Weisungen der Anzeigenkunden unterlegen (BAG, Urt. v. 20.04.2010 - 1 ABR 78/08, BB 2010, 2766). Ob vergleichbare eigene Tendenztätigkeiten im Werbebereich des Segments „Broadcasting Germanspeaking“ ebenfalls vorliegen, kann ohne weitere Feststellungen hierzu nicht beurteilt werden.

87
Gleiches gilt für die Berufung auf die Kunstfreiheit. Auch hier ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass Werk- und Wirkbereich, also auch die Darbietung und Verbreitung fremder Kunstwerke vom Schutzbereich erfasst sind, doch stellt sich auch insofern die Frage, ob eine eigene unmittelbare oder nur die Förderung einer fremden Tendenztätigkeit vorliegt. Insofern ist durchaus ein Unterschied zwischen der Ausstrahlung fremder Film- bzw. Serienproduktionen einerseits und der Ausstrahlung von Werbespots im Rahmen eines Werbeblocks zu sehen. Bei ersteren besteht bereits eine gewisse redaktionelle bzw. künstlerische Eigenleistung darin, dass jedenfalls über das sog. EPG (Electronic Program Guide) von der Antragsgegnerin verfasste Zusammenfassungen und Hintergrundinformationen abgerufen werden können (vgl. Senat, Beschluss vom 09.05.2019 - 31 Wx 428/18). Eine vergleichbare unmittelbare eigene Tendenztätigkeit erscheint im Werbebereich dagegen fraglich.

88
Soweit sich die Antragsgegnerin auch in den übrigen Segmenten jedenfalls teilweise Tendenzschutz beruft (so z.B. in Bezug auf den Streaming Dienst im Bereich „Digital & Adjacent“) bedarf es auch hier - sofern es

hierauf noch entscheidend ankommen sollte - weiterer Feststellungen insbesondere zum quantitativen Gewicht der einzelnen Bereiche und der jeweils übergeordneten Leitungstätigkeit bei der Konzernobergesellschaft.

89
Die Sache ist daher ggf. auch unter diesem Gesichtspunkt zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

C.

I.

90
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.

91
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.

92
Die Rechtsbeschwerde ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen, § 70 FamFG.

93
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).

94
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.