



## **Praxisinfo Gesellschaftsrecht: Urteil des OLG Frankfurt zur SE-Umwandlung**

28. Februar 2019



Die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) eröffnet Spielräume bei der Ausgestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat kürzlich zu einer in diesem Zusammenhang wichtigen und umstrittenen Frage Stellung bezogen. Wir möchten Ihnen mit dieser Praxisinfo einen kurzen Überblick über die aktuellen Entwicklungen geben.

### **(Noch) Zeit für die SE?**

Wurde die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea, kurz „SE“) bei ihrer Einführung zum Jahresende 2004 von vielen mit Argwohn beäugt, erfreut sie sich heute großer Beliebtheit.

Zahlreiche börsennotierte Unternehmen wie die Allianz, e.on oder ARAG haben den Weg in die SE längst gewählt. Doch nicht allein bei den großen kapitalmarktorientierten Unternehmen „boomt“ die verhältnismäßig junge Rechtsform. Auch mittelständische Unternehmen sind immer häufiger in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft anzutreffen. Für Mittelständler ist die SE deshalb eine echte Alternative zur GmbH, weil sie es einem starken Gesellschafter bei Wahl der monistischen Führungsstruktur (also mit einem Verwaltungsrat statt Vorstand und Aufsichtsrat) im Gegensatz zur AG erlaubt, maßgeblichen Einfluss auf das Tagesgeschäft und die Entscheidungen der Geschäftsführung auszuüben. Wer mit der Rechtsform der SE liebäugelt, sollte in Anbetracht eines aktuellen Urteils des OLG Frankfurt möglicherweise zügig handeln.

### **Warum ist die SE so beliebt?**

Wird der Schritt in die SE in Pressestatements von PR-Abteilungen gerne mit der „Internationalität“ der Rechtsform begründet, sollte dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Wahl häufig gerade deshalb auf die Rechtsform der SE fällt, weil sie die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat in vielen Fällen verhindern kann. Wie ist das möglich?

### **Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz finden keine Anwendung auf die SE**

Die SE unterliegt nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht. Die wichtigsten Mitbestimmungsgesetze sind das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) und das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG). Beide Gesetze sehen die Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat vor. Nach dem DrittelbG hat der Aufsichtsrat zu einem Drittel, nach dem MitbestG zur Hälfte aus Arbeitnehmervertretern zu bestehen. Anwendung finden diese Gesetze ab einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern. Die Aufgreifschwelle liegt beim DrittelbG bei 500 Arbeitnehmern, beim MitbestG bei 2.000 Arbeitnehmern. Erfasst werden von beiden Gesetzen enumerativ aufgezählte Gesellschaftsformen wie die AG und die GmbH. Die SE fehlt in der abschließenden Aufzählung indes.

### **Stattdessen: Verhandlungslösung**

Dass die deutschen Mitbestimmungsvorschriften auf die SE keine Anwendung finden, bedeutet nun aber nicht, dass die SE in jedem Fall völlig mitbestimmungsfrei wäre. Vielmehr setzt das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) auf eine Verhandlungslösung. Das SEBG ermöglicht es Arbeitgeber und Arbeitnehmern, die Mitbestimmungsform zu verhandeln und an die konkreten Bedürfnisse des Unternehmens anzupassen. Einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht, so sieht das SEBG Auffangregelungen vor. Anzuwenden sind diejenigen Regelungen, die im nationalen Recht bei Gesellschaften mit entsprechender Mitarbeiterzahl Anwendung fänden. Hat also eine Gesellschaft bei Wechsel in die Rechtsform der SE 2.500 Arbeitnehmer und scheitern die Verhandlungen, so findet als Auffanglösung die paritätische Beteiligung nach dem MitbestG Anwendung.

## **In welchen Fällen ist die SE aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht also interessant?**

Hat die Gesellschaft derzeit weniger als 500 Arbeitnehmer, so werden die Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern lediglich über die Zusammensetzung und die Rechte des Betriebsrats geführt, nicht jedoch über die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Selbst für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und den Arbeitnehmern finden nach der Auffanglösung weder das DrittelbG noch das MitbestG Anwendung. Der Aufsichtsrat bleibt beim Wechsel in die SE also mitbestimmungsfrei. Wächst das Unternehmen nach erfolgter Umwandlung in die SE und überschreitet die mitbestimmungsrelevanten Schwellen von 500 oder 2.000 Arbeitnehmern, so ändert das nichts an der Mitbestimmungsfreiheit des Aufsichtsrats. Der mitbestimmungsrechtliche Status Quo vor der Umwandlung ist „eingefroren“ worden.

## **Wird der Ist-Zustand oder der Soll-Zustand eingefroren?**

Unterschiedlich beurteilt wurde bislang folgender, in der Praxis häufiger Fall: Ein Unternehmen hat 550 Arbeitnehmer. Ein mitbestimmter Aufsichtsrat ist trotz Überschreitens der Schwelle des DrittelbG nicht gebildet worden. Wird durch die Umwandlung in die SE nun der faktische Ist-Zustand (kein mitbestimmter Aufsichtsrat) oder der rechtliche Soll-Zustand (Aufsichtsrat nach dem DrittelbG) eingefroren?

Zwei Landgerichte (LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23.11.2017, Az. 3-05 O 63/17, sowie Beschl. v. 21.12.2017, Az. 3-05 O 81/17 und LG München I, Beschl. v. 26.6.2018, Az. 38 O 15760/17) hatten zunächst entschieden, dass der tatsächliche Zustand entscheidend sei. Das bisherige Mitbestimmungsniveau nach dem bestehenden Zustand bleibe damit auch dann erhalten, wenn bei der Gesellschaft in ihrer Ausgangsrechtsform zu Unrecht kein mitbestimmter Aufsichtsrat gebildet worden sei.

Das OLG Frankfurt ist dem nun entgegengetreten: Für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sei der rechtlich gebotene Soll-Zustand zum Zeitpunkt der Umwandlung entscheidend, nicht der tatsächliche Ist-Zustand (Beschl. v. 27.8.2018, Az. 21 W 29/18). Durch die SE-Umwandlung könne sich ein zu Unrecht nicht mitbestimmtes Unternehmen nicht dauerhaft aus der Mitbestimmung stehlen.

## **Folgerungen für die Praxis**

Rechtssicher kann die Mitbestimmung durch den Schritt in die SE in Ansehung des Urteils des OLG Frankfurt nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Umwandlung vor dem Erreichen der Schwellen von 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmern geschieht. Besteht also die Aussicht, durch organisches Wachstum zeitnah die genannten Schwellen zu überschreiten, so ist eine rasche Entscheidung darüber geboten, ob das Rechtskleid der SE eine Option sein kann.

Für Fragen zum Thema stehen Ihnen unsere Ansprechpartner für **> Gesellschaftsrecht** gerne zur Verfügung.